PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Antônio Aurélio de Souza Viana

PRECEDENTES NO CPC/2015 E A MUTAÇÃO NO ÔNUS ARGUMENTATIVO

Belo Horizonte

2016

Antônio Aurélio De Souza Viana

PRECEDENTES NO CPC/2015 E A MUTAÇÃO NO ÔNUS ARGUMENTATIVO

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

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Viana, Antônio Aurélio de Souza
V614p Precedentes no CPC/2015 e a mutação no ônus argumentativo / Antônio Aurélio de Souza Viana. Belo Horizonte, 2016.
320 f.

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

1. Precedentes judiciais. 2. Argumentação jurídica. 3. Direito processual constitucional. 4. Direito - Filosofia. 5. Positivismo jurídico. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342

Antônio Aurélio de Souza Viana

PRECEDENTES NO CPC/2015 E A MUTAÇÃO NO ÔNUS ARGUMENTATIVO

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

Professor Dr. Dierle José Coelho Nunes – (orientador) – (Puc Minas)

Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior (Puc Minas)

Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG)

Professor Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron (Puc Minas)

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

O momento de fazer agradecimentos é especial e grandioso. Decorre de um verdadeiro turbilhão de pensamentos. É rigorosamente especial e grandioso porque agrega o indescritível sentimento do dever cumprido à profunda gratidão que tenho por tantas pessoas, que, de uma forma ou de outra, ajudaram-me a chegar até aqui.

Aliás, o singelo ato de impressão gráfica do trabalho em nada condiz com a árdua caminhada feita ao longo de três anos. Foram tempos difíceis... Eu seria injusto ao afirmar que eu lamentaria ter perdido eventos e festas por conta dos estudos. Sempre tive inclinação aos livros e, não raro, prefiro a companhia dos livros a uma boa festa. No entanto, fui, sim, privado do convívio de amigos e da família. A amizade com os livros cobrou seu preço, afastando tantos amigos queridos. Muitas pessoas são incapazes de compreender e admirar àqueles que voltam todos os seus esforços aos estudos. São tempos difíceis... Entre familiares e amigos, alguns, entretanto, se mantiveram admiravelmente fiéis, e converteram a possível mágoa da minha ausência em palavras e gestos de estímulo. Sou especialmente grato à minha mãe (esta que teve uma vida de privações em troca do bem-estar dos filhos e netos); aos meus irmãos (pelo apoio e parceria); ao meu pai, pois dele herdei a vocação ao Direito. A minha noiva Isabella que vem conseguindo suportar a minha irritante ausência, devido, claro, à escassez de tempo; pelo que sou muito grato. Agradeço também aos amigos, especialmente àqueles que puderam compreender que *"só se pode alcançar um grande êxito quando nos mantemos fiéis a nós mesmos"* (Nietzsche). Certamente não poderia deixar de agradecer pela ajuda do meu sócio e amigo Tiago Cunha, por ter feito tanto pelo escritório, diante do meu constante afastamento. Agradeço também às "meninas do escritório" (Camila e Marina) que, juntamente com Tiago, puderam me proporcionar tranquilidade de espírito necessária à conclusão da minha tarefa e também à Ana Caroline, pela cuidadosa revisão do texto.

No mestrado também fiz amigas e amigos. Companheiras e companheiros de jornada. À equipe dos "cobra-criadas", orientandos do professor Dierle Nunes: Guilherme Lage, Cristiano Duro, Jéssica Galvão, Isabella Fonseca, Érica Aragão, Natanael Lud e Giselle Couy, meu agradecimento especial pela parceria e pela troca de experiências. Ao meu amigo Luís Henrique Vieira Rodrigues, pelas sugestões e todo o incentivo. Como tantos nomes poderiam ser esquecidos, faço um agradecimento genérico aos colegas de mestrado, pelos riquíssimos momentos de convívio e amizade.

Sou imensamente grato aos professores Lucas Buril e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., pois, simpática e generosamente, recomendaram-me importante material bibliográfico.

No atual estágio de “passagem” – mantendo-me como aluno, mas, aos poucos, vou tornando-me professor – merecem especial agradecimento os professores que auxiliaram na caminhada. Não posso deixar de recordar o estímulo que recebi da professora Dra. Luciana Pimenta e do professor Dr. Dhenis Cruz Madeira. As aulas da professora Luciana Pimenta foram absolutamente inesquecíveis e estarão guardadas em minha memória para sempre. Abriu-me os caminhos ao estudo do direito democrático. Ela foi a primeira a oferecer-me a “pílula vermelha” e, com ela, pude mergulhar no empolgante mundo da filosofia do direito e da hermenêutica jurídica. O professor Dhenis Cruz Madeira foi meu orientador na graduação e na pós-graduação. Foi dele que partiu o estímulo ao estudo do direito processual. Ainda dos tempos de graduação, lembro que, ao seu término, no ano de 2010, fui agraciado com a medalha “Flávio Lúcio Pinheiro da Trindade”, representativa do título de destaque acadêmico do Curso de Direito da Puc, *campus* Contagem. Nunca tive oportunidade formal de agradecer aos professores, especialmente ao Decano Flávio Lúcio Pinheiro da Trindade. Registro aqui o agradecimento por tão distinta honraria. No programa de pós-graduação *strictu sensu* da Puc Minas, nota 06 na avaliação da Capes, convivi com mestres (no sentido genuíno da palavra) incomparáveis. Agradeço, nesse sentido, ao professor Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (por fazer-me entender o que é o Processo Constitucional); aos professores Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior pelas inesquecíveis lições e pela grande disposição em ajudar. Não posso deixar de fazer um agradecimento ao professor Dr. Rosemiro Pereira Leal, por ter-me convidado a secretariá-lo em atividades acadêmicas e pelas aulas de TGP e de Cátedra, sempre tão enriquecedoras quanto perturbadoras.

O último nome lembrado não é o menos importante. Ao contrário. Realmente, entre tantos insignes mestres, o professor Dr. Dierle José Coelho Nunes merece toda minha consideração e agradecimento. Não fosse por ele, o trabalho não teria sido concretizado. Na verdade, creio eu, não teria sido sequer iniciado. A genialidade de Dierle, ao conseguir explicar com simples palavras questões da mais alta complexidade, fez-me, enfim, compreender o real problema a ser investigado no presente trabalho. Agradeço muito pelo convívio, pelo material fornecido e indicado, pelo convite e pela companhia no Fórum Permanente de Processualistas Civis e também em tantas outras atividades acadêmicas. A orientação foi impecável. Dierle, indubitavelmente, a inspiração é em ti, mas a responsabilidade por imprecisões é só minha e como palavras não bastam, deixo apenas meu muito obrigado!

"Nada do que você vê no show é falso, é meramente controlado"

(O show de Truman – O show da vida)

RESUMO

Com a aprovação do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15 – não é mais possível fugir ao debate em torno do precedente judicial. Ainda que não se concorde com tal expressão, é imperativo reconhecer a existência de diversas técnicas e institutos que privilegiam o uso de decisões passadas como critério do julgamento de casos presentes e futuros. Nessa linha de raciocínio, o presente trabalho assumiu a tarefa de examinar a possível mutação do ônus argumentativo atribuído ao advogado em decorrência da estruturação de um sistema normativo de precedentes judiciais ou, se preferir, de provimentos vinculantes. Apesar de imprescindível ao estudo do precedente, os modelos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos não representam uma panaceia, principalmente porque estes partem, em linhas gerais, de premissas teóricas positivistas e realistas, inconciliáveis com o processo democrático. Ao contrário do que é comumente afirmado, não há uma divisão rígida entre as famílias jurídicas do *civil law* e *common law* e o Brasil não é alheio a essa realidade, vez que o direito jurisprudencial é aproveitado há longa data, ao menos desde o século XIX, muito embora se possa testemunhar um incremento do seu uso nas últimas décadas. Exatamente com base nesse fortalecimento que se percebeu a mudança de racionalidade do sistema, que promove silenciosamente a mutação do ônus argumentativo dos sujeitos processuais, pois a sistematização trazida pelo Código nada mais faz do que atribuir força a determinados padrões decisórios, que passam a gozar de presunção de aplicabilidade, o "precedente", portanto, repousa sobre o princípio da inércia argumentativa. No entanto, é preciso advertir que a análise não foi desenvolvida a partir de propostas teóricas analíticas que atribuem pesos abstratos a determinados princípios, como se vê em Robert Alexy; ou de roupagem retórica, voltada ao convencimento de um determinado auditório (Chaïm Perelman). O ônus argumentativo, em nossa visão, não deve ser compreendido como estratégia de esperteza das partes, como se o processo fosse um jogo, ao contrário, se inter-relaciona com a assunção de responsabilidades por parte dos sujeitos processuais e a argumentação jurídica se desenvolve a partir de uma comunidade de princípios, na qual o precedente possui força gravitacional.

Palavras-chave:

Precedente judicial. Argumentação jurídica. Ônus argumentativo. Processo constitucional. Teoria da comparticipação.

ABSTRACT

In 2015, with the approval of the new Civil Code of Procedure-Law 13,105 / 15, it is no longer possible to not discuss the legal precedent and its issues. Even, if one does not agree with this expression, it is imperative to recognize the existence of several techniques and institutes that privilege the use of past decisions as a criterion of the judgment, both present and future cases. Therefore, this work aims at analyzing the possible change of the argumentative burden, that is attributed to the lawyer due to the structuring of a system. Despite of being essential to the study of precedent, the legal models of England and the United States do not represent a panacea, specially, because they depart, in general terms, from realistic and positivist theoretical premises, what are not compatible with the democratic process. Instead of what is commonly stated, there is no clear division between the legal entities – civil law and common law, which is also true in the Brazilian Judiciary system, it is well known that the law of jurisprudence it has been used since, at least, the 19th century, nevertheless an increase use can be noticed in the last decades. Nowadays, the legal precedent it been consolidate, thereby it can be seen a clear change on the system rationality, that silently promotes the change of the argumentative burden of procedural subjects, once the systematization brought by the Code does nothing more than reinforce certain decision-making standards, the "precedent", therefore, rests on the principle of argumentative inertia. However, it should be highlighted that this work analysis was not developed from analytical theoretical proposals that attribute abstract weights to certain principles, as seen in Robert Alexy; or even rhetorically directed to the conviction of a certain auditorium (Chaïm Perelman). This work endorses that the argumentative burden, should not be understood as a clever strategy of the parties, as if the process were a game, on the contrary, it is associated to the assumption of responsibilities by the procedural subjects, thereby the legal argumentation develops based on a community of principles, in which the precedent has gravitational force.

Keywords: Legal precedent. Legal argumentation. Argumentantive burden. Constitutional Process. Theory of comparticipation

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 17

2 DAS ORIGENS DO *COMMON LAW* AO MODELO DE PRECEDENTES 25
2.1 Premissa historiográfica 25
2.2 A formação do *common law* no direito inglês 34
2.3 A atividade jurisdicional no centro da criação do direito 46
2.4 As universidades e a formação do jurista inglês 62
2.5 O precedente vinculante: uma criação despótica 71

3 DIÁLOGO DE TRADIÇÕES E A EXPORTAÇÃO DO *COMMON LAW* 91
3.1 A exportação do *common law* para os Estados Unidos da América 91
3.1.1 Alguns apontamentos históricos 91
3.1.2 A formação dos juristas e o precedente nos EUA 94
3.1.3 A importância da Suprema Corte norte-americana 106
3.2 A crise na diferenciação das famílias ou tradições jurídicas 111
3.2.1 O movimento de convergência entre civil law e common law 111
3.2.2 Porque há uma crise na diferenciação entre as famílias jurídicas? 117
3.3 Convergência de modelos e pilhagem 121
3.4 Apontamentos finais sobre as causas da crise na diferenciação das famílias jurídicas 129

4 O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL 133
4.1 Direito legicêntrico e a utilização da jurisprudência no Brasil: as bases para a compreensão do direito brasileiro frente às tradicionais famílias jurídicas do *civil law* e *common law* 133
4.2 O sistema de precedentes no CPC/2015 148
4.3 Noções fundamentais: precedente, enunciado de súmula e jurisprudência 153
4.4 Precedentes obrigatórios e Cortes Supremas 170
4.4.1 A ética dos precedentes 170
4.4.2 O paradoxo dos precedentes obrigatórios 184
4.5 Estruturação normativa das técnicas de formação e aplicação de precedentes no CPC/2015 193
4.6 A reforma da Lei 13.256/16 e outros dispositivos que versam o direito jurisprudencial 206

5 COMPARTICIPAÇÃO E O ÔNUS ARGUMENTATIVO DO ADVOGADO 217
5.1 A comparticipação normativa no CPC/2015 217
5.2 Direito fundamental à defesa técnica 243
5.3 Ônus argumentativo e ônus processuais: dois fenômenos distintos? 247
5.3.1 Argumentação e ônus argumentativo 247
5.3.2 Ônus processuais 263
5.4 Técnicas processuais e o ônus argumentativo no CPC/2015 269
5.4.1 Extração da ratio decidendi 272
5.4.2 Distinguish 279
5.4.3 Overruling 281

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 287

1 INTRODUÇÃO

De modo geral, se atribui grande importância à segurança jurídica e à previsibilidade. Por isso, o jurisdicionado costuma ver com muita estranheza o fato de casos iguais serem decididos de modo diferente.

A incerteza quanto ao destino dos casos exigiu a mudança do sistema processual e foi empreendida uma grande e paulatina reforma, por meio de diversos atos legislativos, objetivando-se uma maior uniformização na aplicação dos precedentes judiciais.

Realmente, devido à dispersão jurisprudencial – que por sua vez estimulava a formulação de ácidas críticas por parte de pensadores de renome – o sistema tendia ao colapso, a menos que se promovesse uma substancial alteração do estado de coisas, como de fato ocorreu, cuja mudança passaria por uma nova racionalidade do sistema jurídico, no qual os precedentes se tornaram vinculantes, a serem obrigatoriamente observados por outros juízes.

Esta poderia ser a descrição do sistema processual civil brasileiro, após a aprovação do CPC/2015, mas, na verdade, refere-se às mudanças ocorridas ainda no século XIX; o sistema jurídico é o inglês e os reluzentes pensadores mencionados são Thomas Hobbes e Jeremy Bentham.

Entretanto, importantes comparatistas vêm reconhecendo, há anos, a tendência de convergência entre famílias ou tradições jurídicas, isto é, o maior aproveitamento do direito jurisprudencial nos países da tradição do *civil law* e, em contrapartida, o aumento da produção legislativa nos países de *common law*[1].

O sistema processual brasileiro certamente não ficou imune à tal fenômeno. Constata-se, realmente, o paulatino reforço do direito jurisprudencial. Apesar disso, sobre esse aspecto, uma breve digressão deve ser feita.

Em primeiro lugar, é preciso apontar que a exportação de técnicas, institutos e até mesmo da mentalidade dos países de *common law* – principalmente Inglaterra e Estados Unidos – não se orienta pela simples busca por melhoria dos demais sistemas jurídicos ou, ainda, como um aperfeiçoamento da metodologia de aplicação dos direitos fundamentais em países chamados periféricos. Esse tipo de neutralidade e altruísmo nem de longe representa a verdade.

Verifica-se, ao contrário, a expansão de um macroprojeto de poder que exige a formação de um ordenamento jurídico capaz de proporcionar a segurança desejada por investidores

[1] NUNES, Dierle José Coelho; PICARDI, Nicola. **O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma.** Revista de Informação Legislativa, v. 190, p. 93-120, 2011, p. 107.

estrangeiros[2]. Torna-se de fundamental importância que o modo de funcionamento do direito esteja em "sintonia fina" com os interesses de grandes litigantes, dentre eles o próprio Estado, motivo pelo qual as decisões dos tribunais, principalmente daqueles que "mandam no país" (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), sejam plenamente previsíveis.

Portanto, a denominada convergência de tradições jurídicas, visualizada por muitos com entusiasmo, corresponde, na verdade, a um arranjo institucional e por isso deve ser vista com extrema cautela, de forma a não deturpar – ou mesmo piorar – o sistema interno, algo muito provável de ocorrer, principalmente se importarmos aquilo que os modelos estrangeiros têm de pior.

A propósito, o pano de fundo de aplicação dos precedentes judiciais na Inglaterra e nos Estados Unidos é, respectivamente, o positivismo jurídico e o realismo (ou suas repaginações), correntes estas que já escancararam todas as suas inconsistências e por isso se revelam inapropriadas ao Estado Democrático de Direito. Isso porque, compreendem a decisão judicial como ato de vontade e, assim, as escolhas tomadas, às vezes idiossincráticas, são vistas com naturalidade e o processo é deixado em segundo plano, tornando-se incapaz de promover a fiscalização dos atos decisórios.

Em segundo lugar, é preciso assinalar a problematização feita ao longo do trabalho em torno da própria noção de famílias e tradições jurídicas, com reflexos no exame do sistema processual brasileiro. Para parafrasearmos Michele Taruffo, é possível que os *icebergs* de *common law* e *civil law* nunca tenham existido[3].

Assim como não é possível acreditar na existência de modelos estrangeiros puros e impermeáveis, deve-se dar pouco crédito às afirmações doutrinárias segundo as quais o

---

[2] As diversas remissões feitas à autores da categoria de Dierle Nunes, Michele Taruffo, Ugo Mattei e Laura Nader, tornam mais segura a apresentação da proposição segundo a qual os Estados Unidos exportam técnicas, institutos e também extratos de sua mentalidade jurídica – **não há dúvida, a exportação é segmentada, remetendo-se o que lhes convém** – e, diante disto, espera-se que sejam afastados eventuais rótulos odiosos. Nos dias atuais, principalmente em razão da divisão política instaurada no Brasil, representada pelo extremo antagonismo dos simpatizantes e ou militantes, de um lado, os do Partido dos Trabalhadores (PT) e, de outro, os do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), as discussões sobre sistema político, financeiro, econômico, jurídico e educacional, enfim, praticamente sobre qualquer assunto que envolva o povo e coletividade, acabam por desaguar na discussão partidária e, por conseguinte, na defesa apaixonada de um ou outro partido ou coligação. Daí a advertência lançada, no sentido de que os apontamentos feitos e críticas formuladas ao sistema imperialista norte-americano, não representam uma visão esquerdista, socialista ou comunista do autor.

[3] TARUFFO, Michele. **Icebergs de *Common law* e *Civil Law*? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade.** *In:* TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 667. A imagem dos *icebergs* fornecida por Taruffo serve para contestar a aproximação das famílias jurídicas, na verdade, o autor desconfia da própria homogeneidade de cada um dos *icebergs*. O *civil law*, por exemplo, é composto de três modelos díspares entre si, o austro-alemão, o franco-italiano e o espanhol.

processo brasileiro teria se mantido afastado do direito jurisprudencial e somente nas últimas décadas tal aproximação teria ocorrido.

Em verdade, inúmeros elementos históricos demonstram a influência exercida pela jurisprudência antes mesmo da era Imperial e, para dizer o mínimo, pelo Decreto nº 848, do ano de 1890, surge a recomendação expressa de consulta à jurisprudência para aplicação do direito. Essa tendência invadiu o século XX e, mesmo com alguma dispersão, diversos textos legais estimularam o uso do direito jurisprudencial. Além do mais, ainda na década de sessenta, inventa-se o enunciado de súmula da jurisprudência dominante.

Não há dúvida em relação ao aumento da importância do direito jurisprudencial nas últimas décadas, algo facilmente demonstrável pela criação do instituto da súmula vinculante, no início do milênio (2004). No entanto, tantas modificações não foram suficientes para promover a plena sistematização da aplicação do direito e, nesse sentido, a insegurança jurídica e imprevisibilidade permaneceram como motivos de temor.

Demandou-se então a reformulação da legislação processual civil, agora projetada para o reforço do papel dos tribunais superiores. Pretendeu-se inaugurar um efetivo e funcional "sistema de precedentes", cujo intuito fica evidente pela leitura da Exposição de Motivos do CPC/2015, bem como do texto legal, notadamente após a alteração promovida pela Lei 13.256/16, uma vez que são criadas barreiras de acesso aos tribunais, tornando a revisão do "precedente" bastante dificultosa.

Aliás, o dito "sistema de precedentes" tende a promover uma reformulação nunca vista no direito processual e mesmo na teoria do direito brasileiro. Isso porque, um dos aspectos básicos de funcionamento do sistema é exatamente a conservação do precedente.

A replicação do precedente, dessa maneira, demanda menor esforço argumentativo, afinal, parte-se do pressuposto de que os motivos determinantes do caso anterior representam o produto de amplo debate argumentativo ou, para dizer o mínimo, que não há razões suficientes que indiquem a necessidade de seu afastamento. Portanto, a decisão anterior não deve ser perturbada, mantendo-se em repouso, pela atuação do princípio da inércia[4].

De modo diametralmente oposto, o afastamento do precedente reclama argumentação jurídica qualificada, seja para as partes ou para os juízes (também os tribunais), por algumas razões.

---

[4] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014.

Por certo, na hipótese de o órgão jurisdicional decidir com base em escassa argumentação, não há consequências tão danosas quanto no caso de a parte não argumentar suficientemente. Aliás, a rigor, a imposição mencionada não constitui tanto um dever, senão um ônus, pois acarreta consequências prejudiciais à parte em decorrência de sua não observância. Apenas para partir de um exemplo simplório, o CPC/2015 contempla a improcedência liminar do pedido, independentemente da citação da parte adversa, se a pretensão do autor contrariar um dos "precedentes" contidos no art. 332.

Se pudéssemos apresentar um quadro composto pelas dificuldades quanto ao manejo de precedentes, em primeiro lugar, há que se compreender o delineamento fornecido pelo CPC/2015 no que tange à obrigatoriedade da técnica da comparação de casos. No entanto, como condição necessária à essa aferição, é fundamentalmente indispensável dialogar com a própria noção de precedente judicial, pois desta forma é que se poderia alcançar os motivos determinantes do caso passado, isto é, o precedente.

Aquele quadro seria composto, na sequência, pela especial carga argumentativa no afastamento do precedente por distinção, isto é, na hipótese de o juiz considerar o precedente válido, mas não o aplicar em virtude de uma peculiaridade do caso a ser decidido que recomendem outra sorte.

O extremo do ônus argumentativo imposto àquele que pretenda se afastar do precedente pode ser visualizado na tentativa de superação (*overruling*), pois, nesse caso, o que está em jogo não se refere às miudezas de cada caso, mas, ao contrário, à própria preservação ou não do precedente, situação que exige a identificação e argumentação renovada sobre todos os pontos de imperfeição que recomendem a sua modificação.

Portanto, o núcleo do presente texto consiste em identificar a mutação do ônus argumentativo imposto à parte, mais especificadamente ao advogado, pois espera-se deste a qualificação técnica adequada para o exercício da carga argumentativa exigida no novo sistema processual.

Para viabilizar a pesquisa, ingressando-se agora nos pormenores metodológicos, foi indispensável a incursão no direito estrangeiro. Realmente, o texto foi estruturado de forma a elucidar o surgimento, o desenvolvimento e o alicerce teórico do direito inglês, berço do *common law*, sendo este o tema principal do capítulo segundo. Portanto, predomina, no referido capítulo, a narrativa histórica e, por essa razão, as passagens sobre o problema principal do

trabalho – *a mutação*[5] *do ônus argumentativo do advogado frente ao sistema de precedentes* – são raras.

Considerando-se diversos acontecimentos no século XX, dentre os quais se pode falar sobre o denominado giro linguístico; o surgimento das teorias do sistema e argumentação jurídica; a formulação da teoria do processo como procedimento em contraditório; e, por fim, a ampla constitucionalização do direito, principalmente no segundo pós-guerra, que gerou impactos consideráveis ao direito processual; não teria razão investigar, em minúcias, a evolução histórica do aqui denominado ônus argumentativo.

Tendo em vista as constantes referências por parte da processualística brasileira quanto à aproximação do nosso ordenamento ao modelo jurídico do *common law*, realmente não foi possível escapar ao estudo do direito inglês, afinal, constitui premissa imprescindível da comparação entre modelos a compreensão mínima destes[6]. Ademais, considerando-se a dificuldade na apreensão do conceito de precedente judicial, tendo o sistema de precedentes alcançado grande protagonismo, o estudo histórico serviu sobretudo para suprir a própria dificuldade conceitual.

A abordagem histórica do *common law* inglês foi guiada pela cronologia, mas a ordem de acontecimentos não é tão relevante, se levarmos em conta a historiografia adotada, aqui, a de Reinhart Koselleck, apta a problematizar a própria noção de tempo (passado, presente e futuro) e permitir uma releitura dos acontecimentos.

No terceiro capítulo analisa-se o diálogo de tradições ou famílias jurídicas, começando-se pelo transporte do *common law* inglês aos Estados Unidos e, ulteriormente, são mencionados alguns fatores que indicam a existência de uma crise na diferenciação daquelas famílias. Especificamente quanto aos Estados Unidos, este país absorve, com reservas, o *common law* inglês e, para além disso, o reinventa. Com efeito, abandona-se, em terras americanas, a aplicação do direito a partir da perspectiva do positivismo jurídico inglês e predomina o realismo jurídico.

O *common law* advindo dos Estados Unidos, em conjunto com o direito inglês, é modelar e indica os traços basilares da referida tradição jurídica. Por isso, cabe aqui as mesmas

---

[5] Entenda-se mutação como mudança; alteração; transformação.

[6] Para que fique claro, poder-se-ia adotar dois caminhos distintos. Pelo primeiro, poderíamos pressupor os contornos do denominado modelo de *common law* e, por conseguinte, do precedente judicial, sem analisar sua história, ignorando-se, também, os seus fundamentos teóricos. Nesse caso, é possível conjecturar que haveria certa superficialidade na abordagem do tema, até porque o próprio estudo nos conduziu à conclusão segundo a qual não é possível bem compreender o direito inglês, a tradição do *common law* e o instituto do precedente judicial, sem se valer da análise histórica. Por isso, adotou-se um segundo caminho, ou seja, uma análise mais meticulosa da formação do direito inglês, também com a imersão no direito norte-americano.

considerações já feitas sobre a pertinência de aprofundar no exame do direito inglês. No entanto, quanto ao *common law* norte-americano, há, ainda, um incentivo adicional na sua abordagem, já que um exame mais acurado conduz à percepção da tendência de exportação americana de técnicas, institutos e todo um conjunto cultural jurídico, capaz de absorver e se amoldar às propostas de natureza neoliberal, tão em voga em tempos atuais.

Tendo sido abordado o aspecto histórico dos direitos inglês e norte-americano, com foco específico na compreensão do instituto do precedente judicial naqueles países, forçoso foi examinar também a formação do direito jurisprudencial brasileiro, cuja apreciação se dá no capítulo quarto. Além do mote histórico, empreende-se uma análise da "sistematização dos precedentes" no CPC/2015.

O capítulo quarto ainda reservou espaço para a análise de algumas propostas doutrinárias de compreensão dos precedentes no Brasil, com especial enfoque na obra de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para os quais teria sido desenhado um sistema de precedentes obrigatórios não circunscritos aos indicados no art. 927 do CPC/2015, posicionamento que nos conduziu a abrir franca divergência.

No último capítulo foi desenvolvido o argumento central do trabalho, isto é, buscou-se demonstrar a alteração da racionalidade do sistema jurídico processual, algo que exige a reformulação da argumentação dos sujeitos processuais diante dos "precedentes judiciais" e, por conseguinte, impõe maior ônus argumentativo notadamente às partes.

Claro, a análise é feita a partir do marco teórico adotado. Por isso, a possível acusação de desprezo de importantes teóricos se dá em virtude da adoção de apenas dois referenciais, a saber, a teoria processual da comparticipação e, no âmbito da teoria do direito, a de Ronald Dworkin. A propósito, os aspectos metodológicos normalmente representam entraves aos estudantes e pesquisadores[7], pois nem sempre o material vocacionado a elucidar aquilo que possa ser compreendido como marco teórico alcança êxito. Nesse sentido, aqui, compreende-se por marco teórico, pura e simplesmente, a teoria ou teorias adotadas para filtrar dados e funcionar como base principal para a análise de todo o produto da pesquisa, possibilitando-se, por óbvio, a formulação de proposições e conclusões.

Desta forma, os dados bibliográficos acessados e consultados são cotejados com o marco teórico escolhido, autorizando-se, desta maneira, a formulação de enunciados, proposições e conclusões diversas. Estes, no entanto, podem ser próprios deste autor, afinal, homenageia-se o referencial teórico utilizado. Sendo assim, as eventuais referências feitas à

[7] Trata-se de uma confissão deste autor.

autores integrantes de perspectivas teóricas totalmente díspares entre si devem ser vistas com total naturalidade, uma vez que, insista-se, os dados coletados são postos lado a lado com o referencial teórico, pouco importando a origem, época, corrente ou escola a que pertença determinado autor citado.

Além disso, a premissa hermenêutica[8] adotada pelo autor do presente texto autoriza a obtenção de conclusões não rigorosamente coincidentes com as do marco teórico, claro, desde que seja observada a metodologia base da pesquisa, ou seja, a anteriormente mencionada comparação de dados *versus* referencial teórico.

Por fim, um brevíssimo apontamento se faz necessário. Ao iniciarmos o estudo do tema, deparamo-nos com grande dificuldade, já que há carência de material bibliográfico sobre o ônus argumentativo. Dada essa dificuldade, o trabalho é apenas provocativo, pois a apresentação de conclusões mais precisas demandaria trabalho doutoral.

[8] No capítulo seguinte é feito um esclarecimento sobre o modo pelo qual a hermenêutica foi relevante ao presente trabalho.

2 DAS ORIGENS DO *COMMON LAW* AO MODELO DE PRECEDENTES

2.1 Premissa historiográfica

Mostra-se oportuno, antes de mais nada, sublinhar os aspectos metodológicos da pesquisa. Convém esclarecer que um dos recortes metodológicos recaiu sobre a já tradicional investigação doutrinária que contrapõe o direito francês ao direito inglês (ou de modo mais amplo, o embate entre os modelos[9] ou tradições[10] do *civil law* e *common law*), privilegiando-se uma pesquisa mais panorâmica, portanto, sem foco numa abordagem detalhista de suas diferenças. Evitar, contudo, não é o mesmo que ignorar, isso porque deparamos com a necessidade de abordar o fenômeno denominado doutrinariamente como uma convergência de sistemas, assunto que não poderia ser tratado sem uma breve compreensão do *civil law* e *common law*, com foco no último.

Uma leitura afoita deste estudo poderia sugerir a presença de um grotesco deslize, vale dizer, a aparente incoerência com o marco teórico aqui adotado. Isso porque, a abordagem entre as famílias de *civil law* e *common law* parece rivalizar com as advertências de Dierle Nunes, pois, segundo afirma, é preciso permutar o estudo dos "velhos esquemas de famílias jurídicas (civil law versus common law)"[11] por uma comparação entre os modelos liberal *versus*

---

[9] Por vezes se empregará, aqui, as palavras modelo, família ou tradição jurídica com o mesmo sentido, correspondente a apuração de determinados elementos que acabam por formar um todo. Não se despreza os apontamentos de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, ao chamarem a atenção para a diferença entre sistema, que seria mais restrito e, por outro lado, uma tradição, caracterizada por ser "um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade". STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19-20. Conferir ainda: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 17-34. Entretanto, evitou-se, nos três capítulos iniciais, o uso das palavras paradigma e sistema. Referidas palavras são polissêmicas e, no direito, se tornaram vulgarizadas, acarretando um uso marcado de grande equivocidade. Entretanto, no campo da teoria ou epistemologia, as referidas palavras – paradigma e sistema – possuem importante lastro semântico, ao contrário do sentido popularesco a elas atribuído. Por essa razão, no capítulo quatro, espera-se elucidá-las.

[10] Colhe-se de Lucas Buril de Macêdo a acertada percepção de uma variável na definição de tradição jurídica a partir de determinados critérios. Afirma o autor: "Ao redor do mundo são identificáveis diversas tradições jurídicas, a identificação do número e da qualidade das tradições dependerá do critério utilizado para distingui-las e classificá-las. Nesse sentido, é possível dividir as tradições com base nos seguintes elementos: formação e influência histórica; teoria e estruturação das fontes do direito; metodologia dominante do raciocínio jurídico; os princípios estruturais do sistema, tanto os jurídicos como os filosóficos, políticos e econômicos; utilização de conceitos específicos". MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 28.

[11] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51. No mesmo texto, estribado em estudos de Michele Taruffo, Dierle José Coelho Nunes alerta sobre uma profunda crise na distinção entre sistemas de *civil law* e *common law*. Entende que essa distinção é obsoleta para um correto conhecimento dos ordenamentos processuais. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51. Esse tema será explorado em momento próprio, por ocasião da abordagem da convergência das famílias jurídicas.

socializador. A partir dessa dicotomia, Nunes apresenta a proposta de um modelo democrático ou comparticipativo de processo[12]. Por certo que os apontamentos de Nunes não são aqui ignorados. No entanto, principalmente em razão do estágio atual dos estudos processuais no Brasil, com recorrentes remissões ao *common law*, considerado, de fato, como gênese ou inspiração do sistema precedencialista implementado pelo Novo Código de Processo Civil, mostra-se pertinente insistir na contraposição entre essas tradições ou famílias ou, de outro modo dito, na oposição entre *civil law* e *common law*. Nesse sentido, o primoroso caminho seguido por Nunes, ao explorar os sistemas pré-liberais, liberais e socializadores e, ao final, propor o modelo democrático de processo, trará uma contribuição relevante ao presente trabalho, embora se mantenha aqui a menção às tradições de *civil law* e *common law*. Insista-se, mostra-se necessário, por rigor metodológico, uma incursão no esquema *civil law versus common law*, já que sem essa análise o presente estudo tornar-se-ia irremediavelmente desfigurado.

O problema central do trabalho – **a implementação de um sistema[13] precedencialista que exige furtivamente a ampliação do ônus argumentativo do advogado** – foi responsável por estimular a investigação histórica, marca indelével do presente trabalho, conforme se verá ao longo das próximas páginas. Por sua vez, a abordagem histórica não seria factível sem os registros extraídos do direito estrangeiro. Apesar disso, este não é um estudo comparativo[14], principalmente por razões de natureza metodológica.

Uma pesquisa com marca comparativista inevitavelmente debandaria para outros caminhos não pretendidos e atingiria um ponto muito distante do alvo desejado, falando-se de um modo bastante metafórico. Realmente, um estudo de direito comparado, e que se

---

[12] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 175-176.

[13] Aqui o uso da palavra sistema é mais adequado. Quanto ao tema, remete-se ao capítulo quatro.

[14] "Sempre existiu interesse pela comparação: se comparam pessoas, objetos, animais, etc., e, em isto o direito não foi exceção. O direito se comparava desde a antiguidade, e não por simples curiosidade, senão para beneficiar-se das experiências de outros países. A tradição atribui a Solón e a Licurgo em haver-se inspirado no direito estrangeiro para elaborar o sistema jurídico com o que, respectivamente, queriam dotar às cidades gregas de Atenas e Esparta. Aristóteles (384-322 a.C.) realizou um estudo científico-comparativo de 153 constituições da Grécia e de outras cidades com a finalidade de desenhar o perfil do melhor sistema de governo; sem embargo, ele não propôs uma forma de governo idônea aplicável a todas às sociedades, estava convencido, em vez disso, de que as constituições devem adaptar-se às necessidades de cada povo". Tradução livre, no original: "Siempre ha existido interés por la comparación: se comparan personas, objetos, animales, etc., y, en esto el derecho no ha sido la excepción. El derecho se comparaba desde la antigüedad, y no por simple curiosidad, sino para beneficiarse de las experiencias de otros países. La tradición atribuye a Solón y a Licurgo el haberse inspirado en el derecho extranjero para elaborar el sistema jurídico con el que, respectivamente, querían dotar a las ciudades griegas de Atenas y Esparta. Aristóteles (384-322 a.C.) realizó un estudio científico-comparativo de 153 constituciones de Grecia y de otras ciudades con el fin de trazar el perfil del mejor sistema de gobierno; sin embargo, no propuso una forma de gobierno idónea aplicable a todas las sociedades; estaba convencido, más bien, de que las constituciones han de adaptarse a las necesidades de cada pueblo". GUTIÉRREZ, Consuelo Sirvent. **Sistemas jurídicos contemporâneos**. Editorial Porruá, México, 2006, p. 1-2.

pretendesse minimamente honesto, exigiria uma demarcação metodológica rigorosa capaz de aglutinar e ao mesmo tempo discernir institutos ou até mesmo modelos processuais como um todo[15]. Mas o ponto de maior embaraço supera a exigência de esmero metodológico e diz respeito à própria comparação do significado dos termos em ordenamentos díspares, o que exigiria um estudo linguístico[16] dos mais penosos, por isso mesmo impraticável nessa sede.

Para Guido Fernando Silva Soares, em pesquisas de direito comparado, é exigível o conhecimento de cada termo isolado, de modo individual e específico, para que se viabilize, na sequência, a apreensão de valores comuns[17]. Nesse ponto, Guido Soares identifica um problema de natureza linguística, tendo em mente que os sistemas normativos são fruto da cultura e civilização de determinado povo[18]. Sugere, então, uma solução a partir da relação linguagem-metalinguagem, na qual o direito-norma constitui a linguagem e o direito-ciência configura-se como metalinguagem. Se é fácil reconhecer os entraves da apreensão do direito-norma fora do âmbito da língua do povo que o formou, é no direito-ciência (metalinguagem) que se espera alcançar o sucesso da comparação[19].

Exatamente em razão das barreiras metodológicas e linguísticas capazes de empobrecer a pesquisa, adotou-se a historiografia conceitual, abandonando-se, portanto, o aspecto rígido da linguística, típico das correntes filológicas[20].

---

[15] Por isso são pertinentes os apontamentos de Michele Taruffo, para quem: "Sem entrar aqui na discussão sobre os métodos e as finalidades da comparação jurídica, que se desenvolve na Itália e também no nível internacional, pode-se sinteticamente dizer que parece já superada a ideia segundo a qual confrontar ordenamentos diferentes consistiria em uma neutra (e quase <<passiva>>) aferição de analogias e diferenças entre os sistemas normativos, com o objetivo de estabelecer afinidades e diferenças entre as normas e os institutos. Ao contrário, reconhece-se hoje unanimemente que a análise comparada pode ser realizada tão-somente à base de um <<projeto cultural>> pressuposto e atuado por quem a efetua. Essa, pois, não é nunca passiva, neutra ou indiferente: é, ao invés, condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelas finalidades à vista das quais ele desenvolve o seu próprio trabalho". TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-12. Ainda segundo Taruffo, é comum o jurista empreender uma análise restrita às normas, mas a comparação, para o autor, torna-se mais interessante e frutífera na medida em que se comparam modelos processuais. TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 13.

[16] Conferir: WEEDWOOD, Bárbara. **História concisa da linguística.** São Paulo: Parábola Editorial, 2002; CHOMSKY, Noam. **Estruturas sintáticas.** Petrópolis: Vozes, 2015 (Coleção de Linguística).

[17] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

[18] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-22.

[19] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21-23. Foi essa dificuldade que nos conduziu à historiografia.

[20] Um estudo verdadeiramente comparado exigiria máximo rigor na tradução de palavras isoladas e expressões jurídicas. Um exemplo singelo vem a calhar. A palavra jurisprudência é utilizada frequentemente em pelo menos três sentidos distintos, a saber, jurisprudência como estudo do direito; ou, ainda, jurisprudência como pareceres dos jurisconsultos; e, por fim, jurisprudência como significado de conjunto de decisões. Segundo aponta Paulo Nader, ao tratar da polissemia da palavra jurisprudência: "Entre os romanos jurisprudentia significava Ciência do Direito ou *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* (conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto). Em stricto sensu, jurisprudência consiste na aplicação homogênea de disposições jurídicas por parte de um tribunal ou mais tribunais". NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** volume

Uma advertência secundária se revela importante. Trata-se de escancarar, desde logo, os motivos pelos quais se empreende uma investigação na história dos direitos inglês e norte-americano, sem qualquer foco no direito francês. A pesquisa não pode ser considerada obscurecida pela ausência de foco no último (ou, se preferir, no *civil law* ou direito Continental Europeu), tendo em vista o seu objetivo central. De modo simples, o que se busca é compreender a formação da cultura jurisprudencialista do direito[21], de tal modo que somente se fez remissões ao *civil law* quando estritamente necessário, ou seja, em sede de "comparação" dos modelos ou tradições. Não faria sentido explorar pormenorizadamente as chamadas características do *civil law*, pois estas já habitam o imaginário de juristas e mesmo estudantes de direito nele inseridos.

Acrescente-se, a cultura jurisprudencialista, transportada para os Estados Unidos por ocasião da colonização, sofreu uma séria mutação em ambos os países, na medida em que, ulteriormente, transmuda-se em um *sistema* precedencialista. Nos últimos dois séculos, os Estados Unidos abandonam a posição de receptores (colônia) do direito e assumem a função de protagonistas, pois passam à exportadores do modelo de precedentes, embora contem com o auxílio da Inglaterra para encaminhamento dessa tarefa[22].

1: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013, p. 91. BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil:** a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. Revista de Processo. vol. 253. ano 41. p. 347-385. São Paulo: Ed. RT, mar. 2016, p. 303-304; KIRCHMANN, Julio Germán. **El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 254-256. Em sentido estrito, busca-se um critério para configuração da jurisprudência, sendo um deles o critério quantitativo. Sobre esse critério (quantitativo) como elemento definidor do uso da palavra jurisprudência, conferir TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011, p. 142-143. Os entraves na pesquisa em direito comparado são salientados por Mauro Cappelletti, pois, segundo o autor: "à dificuldade da linguagem acrescentam-se a dos problemas, a dos conceitos e a das idéias" (sic). CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001, p. 14. Como advertido, optamos pela historiografia conceitual de Reinhart Koselleck pois, segundo o autor, é preciso reconhecer o engano na apuração meramente filológica ou positivista das palavras. Isso porque, os campos semânticos são alterados com o tempo. KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo:** estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014, p. 281-282. Nessa perspectiva, a historiografia conceitual propõe um "quadro de referências teoricamente definido", para que se viabilize uma espécie de tradução da linguagem (KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo:** estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014, p. 281). Isso já é suficiente para justificar a adoção da historiografia conceitual, tendo em vista a proposta desta teoria em lidar com a relação entre as palavras e seu tempo. Conferir ainda KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006. Sobre o quadro referencial teórico, pode-se extrair uma explicação adicional em PUNTEL, Lorenz B. **Estrutura e ser:** um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2008.

[21] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito:** reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

[22] Um inusitado dado histórico deve ser reportado. Ainda no século XIX e, portanto, pouco tempo após a importação da tradição do *common law*, o ensino jurídico dos Estados Unidos passa a ser visto, juntamente com o modelo do Continente, como exemplo a ser seguido na Inglaterra. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 167-169.

É o denominado modelo precedencialista que vem inspirando as últimas reformas na legislação processual no Brasil, notadamente porque inaugura uma nova racionalidade sistêmica, correspondente à imposição de maior ônus argumentativo ao advogado, embora ainda despercebido por muitos. Portanto, é essa busca específica – das origens da formação de um sistema distorcido no qual os juízes e tribunais assumem papel de protagonistas e passam a decidir com base em casos pretéritos, inserindo a lei em posição de coadjuvante no sistema jurídico e, ao mesmo tempo, tornando a decisão jurisdicional uma regra geral universalizável e vinculante – que afasta uma indesejada, mas possível alegação de superficialidade ou até mesmo leviandade na abordagem do direito inglês e ianque. Desse modo, para que fique ainda mais claro, muitos fatos históricos não serão aqui narrados, exclusão proposital e necessária, dada em decorrência dos precisos objetivos e corte metodológico do presente trabalho. Insista-se, o estudo não busca ofertar uma explicação exaustiva da formação do direito inglês e sua expansão aos diversos países do mundo, mas pretende apenas identificar o modo pelo qual, em grandes linhas, surgiu e se desenvolveu o precedente judicial. Precedente que, revigorado e ambientado em outros ordenamentos, ganha *status* vinculante.

Por outro lado, qualquer exame que envolva caracteres históricos é arriscado, pois a história pode ser lida de modos distintos e esse entrave inevitavelmente nos remete à problemática da historiografia, que se firma como condutora de todo o texto.

Com efeito, para que o resgate histórico não sirva de sustentáculo retórico e distorça a narrativa, em primeiro lugar, é preciso perceber a possibilidade de a mera documentação do passado representar uma transformação deste[23]. Esta constatação emerge principalmente porque, segundo lembra Reinhart Koselleck, "a perspectiva histórica adquirida a partir do respectivo ponto de vista leva a diferentes determinações de profundidades temporais daquilo que é descrito ou narrado". Conclui Koselleck, formidavelmente: "os aspectos objetivos são posicionados metodicamente no início de uma exposição, e, dependendo das perguntas, a história pode ser descrita de formas muito diferentes"[24].

---

[23] KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo:** estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014, p. 269.

[24] KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo:** estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014, p. 272. Em outro texto, Reinhart Koselleck recorda frase de Epiteto, a saber: "não são os fatos que abalam os homens, mas sim o que se escreve sobre eles". Tal afirmação traz à mente a relação entre "as palavras e as coisas, entre espírito e vida, entre consciência e existência, linguagem e mundo". KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006, p. 97. Atento a tal problema, Koselleck oferta uma proposta de investigação a partir da história dos conceitos e não apenas da história social. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006, p. 104-118. Koseleck esclarece de modo simples a sua proposta historiográfica. Segundo ele, "os métodos da história dos conceitos, por sua vez, provêm da história da terminologia filosófica, da gramática e filologia históricas, da semasiologia e da onomasiologia".

A historiografia conceitual permite uma releitura dos fatos históricos. Por certo, essa só é válida se se basear num elo entre a escrita e os fatos, portanto, não se trata de um escudo ou permissão generalizada de deturpação histórica.

Ora, a postura de levar em conta essa incerteza que permeia os relatos históricos não representa ceticismo, mas apenas nos insere em uma condição reflexiva e ao mesmo tempo despretensiosa, pois, assim, busca-se afastar o dogmatismo que poderia acarretar a reificação da história[25]. Mas, embora de riqueza inestimável, o problema historiográfico não é visto em minúcias, caso contrário, seríamos remetidos a discussões totalmente alheias aos objetivos aqui perseguidos, como a análise de metodologia e filosofia da história, diversas correntes historicistas, como o idealismo hegeliano, o positivismo, o materialismo histórico-dialético idealizado por Marx e tantas outras frentes[26].

O que se pretende, portanto, é, em primeiro lugar, deixar claro o falibilismo[27] da parte histórica aqui apresentada[28] e, além disso, justificar a escolha de uma historiografia

---

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006, p. 97.

[25] "Encontramo-nos, portanto, diante de um dilema que nenhum método pode resolver. Ele consiste em que, tanto no acontecer quanto depois de acontecida, toda história é algo diferente do que sua articulação linguística consegue nos transmitir; mais isso só pode ser percebido por intermédio da linguagem. Portanto, a reflexão sobre a linguagem histórica, sobre os atos linguísticos que ajudam a criar acontecimentos ou a constituir uma narrativa histórica, não podem reivindicar nenhuma prioridade concreta em relação às histórias com que se ocupa. Mas cabe à reflexão linguística reivindicar uma prioridade no plano da teoria e do método, frente a todo acontecer e frente à história. Pois as condições e os fatores extralinguísticos que entram na composição da história só podem ser apreendidos por meio da linguagem". KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006, p.268.

[26] Cita-se aqui a interessante passagem de Walter Benjamin, pois, neste autor, o estudo da história desempenha papel decisivo ao desenvolvimento de sua filosofia: "O historicismo se contenta em estabelecer um nexo causal entre vários momentos da história. Mas nenhum fato, meramente por ser causa, é só por isso um fato histórico. Ele se transforma em fato histórico postumamente, graças a acontecimentos que podem estar dele separados por milênios. O historiador consciente disso renuncia a desfiar entre os dedos os acontecimentos, como as contas de um rosário. Ele capta a configuração em que sua própria época entrou em contato com uma época anterior, perfeitamente determinada. Com isso, ele funda um conceito do presente como um "agora" no qual se infiltraram estilhaços do messiânico". BENJAMIN, Walter. **Magia, técnica, arte e política:** ensaio sobre literatura e história da cultura. 3a ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 232. Conferir também FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga:** estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009; VOLTAIRE. **A filosofia da história.** São Paulo: Martins Fontes, 2007; DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006. Conferir ainda a crítica popperiana do historicismo (que certamente não se confunde com a historiografia), especialmente em POPPER, Karl Raimund. **A miséria do historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1980.

[27] Conferir, entre tantos: POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo:** uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia; [São Paulo]: Editora da Universidade de São Paulo, 1975. (Coleção Espírito do nosso tempo; v. 13), especialmente p. 196-202, 242-248; POPPER, Karl Raimund. **Os Dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento.** 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. XXV; PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia.** São Paulo: Cultrix, 1972, p. 32-35; SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 187-188; LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 20-22; APEL, Karl-Otto. **Teoria de la verdad y etica del discurso**. Barcelona: Ediciones Paidos/Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, p. 37-44.

[28] Certamente que a refutabilidade não se restringe ao resgate histórico, mas a cada palavra aqui lançada.

conceitual[29], na qual os conceitos são relacionados com as narrativas históricas sobre o *common law*, cujo resgate se dá por autores que viveram em diferentes épocas. O confronto de obras de autores de épocas distintas foi intencional, pois, em certa medida, nos auxilia a enjeitar a herança ideológica daqueles autores[30], com a prevalência de uma história conceitual.

Além dos problemas inerentes à uma investigação histórica, que acarretam grande hesitação, não podemos esquecer também das dificuldades em se comparar institutos ou técnicas entre sistemas ou modelos jurídicos de diferentes países. Ora, ao se empreender uma investigação na história da formação do direito de determinado país, há, de modo embutido, uma comparação entre técnicas e institutos. Contudo, essa metodologia de comparação também envolve riscos e, por isso, Michele Taruffo desaconselha uma comparação restrita de normas específicas e, sendo mais adequada aquela feita a partir de modelos processuais, sem se esquecer do projeto cultural no qual o modelo está inserido. Para que tal tarefa tenha êxito, Taruffo propõe a análise a partir da construção de tipos ideais[31].

Ao levarmos a sério esse tipo de advertência, como apontada por Taruffo, vemos a dificuldade na análise dos temas e, com isso, somos conduzidos à adoção de uma proposta hermenêutica, de fundamental importância ao desenvolvimento do presente trabalho, servindo de base não apenas ao exame dos enunciados legais que versam o direito jurisprudencial, mas também para a análise crítica das propostas apresentadas pela processualística quanto ao uso do direito jurisprudencial.

---

[29] A mera adesão à história dos conceitos não apresenta respostas definitivas, na medida em que o conceito também varia, algo que definitivamente não poderia ser aqui tratado. Aliás, é preciso advertir, desde já, que a proposta conceitual se circunscreve à historiografia, motivo pelo qual o trabalho não se guia por um conceito de precedente, jurisprudência ou qualquer outro termo jurídico, pois tal proposta colidiria com o marco teórico da linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que versa o Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

[30] Acredita-se, verdadeiramente, que autores inseridos em épocas diversas possam dar uma contribuição ímpar ao estudo dos temas vinculados à história, pois essa mistura permite, de certo modo, que o pesquisador filtre as informações, de tal sorte que se diminua a interferência de diversos fatores externos, como interesses capazes de viciar e comprometer os estudos, dentre eles propensões pessoais, políticas, religiosas, econômicas, ideológicas etc.

[31] TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 12-14. A análise de direito comparado a partir de tipos ideais é adotada também por Mirjan Damaska, com base na obra de Max Weber. Conferir DAMAŠKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el Poder del Estado:** análisis comparado del processo legal. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000, p. 2-3; 22. Segundo Max Weber: "Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois trata-se de uma utopia. A atividade historiográfica defronta-se com a tarefa de determinar, em cada caso particular, a proximidade ou afastamento entre a realidade e o quadro ideal, em que medida, portanto o caráter econômico das condições de determinada cidade poderá ser qualificado como "economia urbana" em sentido conceitual. Ora, desde que cuidadosamente aplicado, esse conceito cumpre as funções específicas que dele se esperam, em benefício da investigação e da representação". WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber:** sociologia. 7. ed. São Paulo, SP: Ática, 1999, p. 106.

Trata-se de perceber que os problemas aqui levantados, ao fim e ao cabo, referem-se à problemática da linguagem e, nesse ponto, a hermenêutica fornece subsídios indispensáveis ao afastamento de dogmatismos.

Sobre a premissa hermenêutica aqui adotada[32], convém fazer algumas considerações. Obviamente, o intuito não é apresentar uma síntese da história da hermenêutica ou dos seus principais representantes, pois isso se tornaria algo incorrigivelmente superficial. Pretende-se, apenas, indicar a fonte da hermenêutica adotada, primando-se pelo afastamento do uso promíscuo das palavras[33]. Portanto, a exposição sumária que ora se inicia, se assemelha, de certo modo, à consulta de um dicionário ou enciclopédia, sem qualquer pretensão de aprofundamento.

Seria difícil traçar uma linha rígida de desenvolvimento da hermenêutica, no entanto, o caminho parece ter sido aberto, de modo mais contundente, por Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher[34]. Deste pensador decorre o projeto de uma hermenêutica geral como arte da interpretação[35]. Segundo Schleiermacher, a tarefa da hermenêutica consiste em afastar mal-entendidos que poderiam surgir da compreensão de um texto[36]. Visando alcançar a compreensão, busca-se "reconstruir do modo mais completo a inteira evolução interior da atividade compositora do escritor"[37]. Trata-se daquilo que Schleiermacher denominou de método divinatório, isto é, um "transferir-se para dentro da constituição completa do escritor"[38],

---

[32] Jürgen Habermas indica três alternativas que se oferecem à solução da difícil questão que envolve direito e moral, a saber, a hermenêutica jurídica; o realismo jurídico e o positivismo jurídico. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 247.

[33] A partir do seu mote histórico, a hermenêutica é visualizável em três estágios distintos. No primeiro dos estágios, tratava-se de uma técnica especial de interpretação; no segundo, de uma teoria geral da interpreção; e, no último, a hermenêutica transforma-se em hermenêutica fundamental. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 261-276.

[34] Há alguns precursores de Schleiermacher, como Giambatista Vico, Joham Georg Hamann, Joham Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt. Conferir: CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** São Paulo: Ed. USP, 1973, p. 28; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 211. Ademais, advita-se, a temática tem origem da hermenêutica bíblica, voltada à interpretação das Sagradas Escrituras. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 242-243

[35] SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação.** 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010 (Coleção Pensamento Humano), p. 47-48; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 254.

[36] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 255.

[37] SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação.** 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010 (Coleção Pensamento Humano), p. 39.

[38] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 257; PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15), p. 96; STRECK, Lenio

segundo Hans-Georg Gadamer, a contribuição mais original de Schleiermacher[39]. Fala-se em método divinatório exatamente porque envolve elementos psicológicos, de pura adivinhação[40].

Outro pensador que merece ser lembrado, por ter participado da construção da hermenêutica, é Wilhelm Dilthey. A preocupação de Dilthey se volta à busca pela forjadura de novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos para abarcar o que chamou de ciências humanas. Explicando um pouco melhor, a metodologia aplicada aos objetos naturais não tem validade nas ciências sociais, motivo pelo qual a "ciência do espírito" deveria formar seu próprio método, cujo aspecto central é a compreensão[41], com isso, a sua proposta hermenêutica.

Sem que se desconsidere a importância dos nomes anteriormente mencionados, o passo definitivo na constituição de uma proposta hermenêutica surgirá em Heidegger e posteriormente com seu discípulo, Hans-Georg Gadamer. Em Heidegger, a palavra hermenêutica é utilizada no contexto da busca por uma ontologia fundamental[42], na medida em que "a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser"[43]. Vale a advertência de Lenio Luiz Streck, pois, segundo afirma, "é necessário observar/advertir o leitor para a diferença que existe entre hermenêutica clássica, vista como pura técnica de interpretação (*Auslegung*), e a hermenêutica filosófica, de matriz gadameriana, que trabalha com um "atribuir sentido" (*Sinngebung*)"[44]. Vemos, portanto, que a noção de hermenêutica como simples método de interpretação de textos deve ser radicalmente abandonada.

Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 267.

[39] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 257.

[40] É importante esclarecer, a compreensão, em Schleiermacher, não passa apenas pelo método divinatório, algo que seria bastante estranho, por se basear em puro psicologismo. Segundo esclarece Coreth: "Schleiermacher quer compreender cada pensamento ou expressão a partir do conjunto de um "contexto vital", do qual provém. Aí faz distinção entre a compreensão "divinatória", só possível plenamente entre espíritos aparentados e significando uma adivinhação espontânea, oriunda de uma empatia viva, de uma vivência naquele que se quer compreender, e a compreensão "comparativa", que se apóia em uma multiplicidade de conhecimentos objetivos, gramaticais e históricos, deduzindo o sentido a partir da comparação ou do contexto dos enunciados. Enquanto a compreensão divinatória significa uma adivinhação imediata ou apreensão imediata do sentido, a compreensão comparativa consiste numa elaboração da compreensão por meio de múltiplos dados particulares. Que os dois métodos precisem atuar em conjunto, mostra-se já por uma espécie de círculo hermenêutico, no qual o momento divinatório significa a projeção espontânea de uma precompreensão, graças à qual se guia a elaboração comparativa." (sic) CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** São Paulo: Ed. USP, 1973, p.

[41] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15), p. 110-112.

[42] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15), p. 129.

[43] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 283.

[44] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 280.

Em Gadamer, fica claro que a linguagem não consiste numa terceira coisa entre o sujeito e o objeto[45], no mesmo sentido, abandona-se a concepção da hermenêutica como metodologia específica das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*)[46], como queria Dilthey.

De fundamental importância, ao presente trabalho, é perceber que Gadamer desconfia do método como caminho para a verdade[47], nesse sentido, podemos antecipar, a mera observância do método, por ocasião da formação de padrões decisórios ou precedentes judiciais, não assegura, por si só, a sua correção. A partir da matriz hermenêutica gadameriana, como lembra Lenio Luiz Streck, "não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição)"[48]. Outra significativa contribuição de Gadamer ao direito reside em sua crítica à busca por equiparação entre o intérprete e autor do texto – falou-se, em linhas anteriores, de um colocar-se no lugar do autor – contrariando, com isso, a perspectiva de Schleiermacher e Savigny[49].

Tendo em vista a estruturação trazida no CPC/2015, há riscos na elevação do precedente judicial à condição de mero texto, dado o seu caráter vinculante. Portanto, é de fundamental importância a visualização da linguagem[50] como condição de possibilidade[51], algo que permitirá a formulação de críticas aos enunciados normativos, sem que isso corresponda ao esquecimento arbitrário do texto.

Essas são, portanto, as linhas gerais orientadoras deste trabalho.

2.2 A formação do *common law* no direito inglês

Ao leitor brasileiro, à primeira vista, pode soar estranho e até enganoso, mas há elementos indeléveis, formados ao longo da história e que se arrastam até os dias recentes, capazes de traçar uma linha de diferenciação entre os sistemas jurídicos inglês e norte-

---

[45] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 294.
[46] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15), p. 168.
[47] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15), p. 168.
[48] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 305.
[49] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 305; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 428-429.
[50] É importante, claro, não confundir a linguagem com a linguística. Sobre a linguística, conferir: WEEDWOOD, Bárbara. **História concisa da linguística.** São Paulo: Parábola Editorial, 2002; CHOMSKY, Noam**. Estruturas sintáticas**. Petrópolis: Vozes, 2015 (Coleção de Linguística).
[51] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 164.

americano, embora ambos sejam nominados simploriamente de *common law*[52], rótulo abrangente que nem de longe elucida as marcantes disparidades entre os modelos jurídicos daqueles países. Aliás, como ficará claro ao final, os países divergem inclusive quanto ao pano de fundo que dá sustentação ao direito, já que, enquanto na Inglaterra a teoria de base que predomina é a do positivismo jurídico, nos Estados Unidos, por sua vez, a dinâmica de aplicação do *common law* é consideravelmente influenciada pelo realismo jurídico.

Entretanto, o mero destaque das diferenças do direito inglês e norte-americano se transformaria em algo sem propósito. Isso porque, embora aqueles países apresentem dessemelhanças em seus modelos jurídicos que não podem ser olvidadas, possuem, sem que isso configure um paradoxo, elementos de correspondência, de tal forma que a fronteira entre os direitos inglês e norte-americano não é tão patente a ponto de exigir um enfoque exaustivo em suas diferenças. Ao contrário, os modelos de *common law* inglês e norte-americano, a partir de uma matriz judicial, servem, juntos, de sustentáculo à exportação de uma *cultura* ou *sistema* precedencialista.

Feitas essas considerações de caráter preliminar, passa-se à breve análise da formação da tradição do *common law*[53], modelo que jamais pode ser confundido com a máxima *stare*

---

[52] Como será adiante demonstrado, uma diferença elementar entre direito inglês e norte-americano refere-se ao federalismo do último, com uma divisão de competência inexistente no sistema inglês, na qual os estados assumem papel de maior relevância na formação e julgamento do direito. Trata-se, portanto, de uma descentralização, imprescindível à compreensão daquele ordenamento.

[53] Para Guido Fernando Silva Soares: "A primeira acepção de common law é "direito comum", ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente". SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32. André Tunc e Suzanne Tunc afirmam, de modo aproximado: "Pode ser útil observar, a partir de agora, que as palavras common law podem ser usadas em diferentes significados. Em sentido próprio, a expressão refere-se a um sistema de direito desenvolvido ao longo dos séculos XI a XIII pelas cortes reais inglesas. Quando usado em oposição à expressão statute law (direito legislado) inclui, além do próprio common law e também do direito canônico e direito comercial, que com ele se fundiram, a equity, que é um sistema diferente. Quando, finalmente, se opõe common law e civil law, com a expressão common law designa-se toda a sua parte essencial, que é o sistema jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos que se opõe aos países do sistema de direito codificado". Tradução livre, no original: "Puede ser útil señalar, desde ahora, que las palabras common law pueden usarse en diferentes acepciones. En sentido propio, la expressión designa un sistema de derecho elaborado durante los siglos XI a XIII por los tribunales reales ingleses. Cuando se emplea en oposición a la expresión statute law (derecho legislado), comprende, al lado del common law propiamente dicho y además del derecho canónico y el derecho mercantil, que con él se fundieron, a la equity, que es un sistema diferente. Cuando, en fin, se oponen common law y civil law, con la expresión common law se designa al todo por su parte esencial, y es el sistema jurídico de Inglaterra y de los Estados Unidos el que se opone al sistema jurídico de los países de derecho codificado". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 151. Adiciona-se o esclarecimento de John Gilissen: "a expressão common law é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos comune ley (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o law French, até ao século XVIII". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 207.

decisis[54] e tem como países adotantes de maior destaque a Inglaterra e os Estados Unidos. Neste capítulo, foca-se no direito inglês.

Do século I ao V, parte da Inglaterra integrou o Império Romano[55]. Alguns relatos dão conta que "o direito anglo-saxônico ou germânico na Bretanha, como preferem alguns estudiosos, começa quando, no final do século VI d. C., a Inglaterra converte-se ao cristianismo"[56]. Embora a Inglaterra tenha sido parte do Império Romano, a romanização não deixou vestígios consideráveis no direito, na língua e em outras instituições dos períodos que se seguiram[57]. Antes dos anos 1000, conviviam no território britânico normas de diversas origens[58] e se aplicavam também os usos locais. Com a conquista normanda de 1066 inicia-se a unificação do direito[59].

Como aponta Harold J. Berman, um dos traços marcantes do direito inglês é a construção gradativa de institutos pelas cortes[60]. Em estudo bastante difundido, René David faz um resgate histórico do modelo do *common law*, adotando, como ponto de partida, o direito inglês, uma vez que lá surgiu[61]. Assim como Berman, anteriormente citado, René David situa o nascimento do *common law* no início do milênio, mas opta por promover uma divisão da história do direito inglês em quatro períodos, a saber: a) o período anterior à conquista

---

[54] Trata-se de uma redução da expressão *stare decisis et non quieta movere*. O termo completo significa, de modo aproximado, manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido. Conferir MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 61. Segundo Luiz Guilherme Marinoni: "não há que se confundir common law com stare decisis. Ora, o common law, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos Enghishmen, existiu, por vários séculos, sem stare decisis e *rule of precedent*. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33. Trata-se apenas de advertência inicial, pois o tema será desenvolvido com maior profundidade.

[55] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209

[56] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 183. Conferir LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323-324.

[57] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209; CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 182

[58] Origens germânicas, canônicas e até algumas oriundas do direito romano. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324.

[59] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324.

[60] BERMAN, Harold Joseph. **O fundamento histórico do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 13.

[61] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

normanda de 1066, no qual o direito inglês é conhecido como anglo-saxônico[62]; b) o segundo período, de efetiva formação do *common law*, que abrange o ano da conquista normanda de 1066 e se estende até 1485; c) o terceiro período, correspondente à convivência simultânea entre o sistema do *common law* e as "regras de equidade", fase ocorrida entre 1485 e 1832 e; d) o quarto e último período, denominado moderno, iniciado em 1832 e vigente até os dias atuais[63].

A palavra *common law* (ou *comune ley*) refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito marcadamente costumeiro aplicado por jurisdições locais. Daí a palavra *common*, porque valia para todo o reino[64], cujos tribunais, nos tempos nascentes, eram itinerantes[65]. Gary Slapper e David Kelly fazem uma importante advertência. Para eles, não se pode crer errônea e romanticamente que o c*ommon law* seria o direito do povo da Inglaterra e que os juízes teriam percorrido o país para estabelecer a paz do Rei com base nos costumes

[62] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

[63] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356. Essa divisão cronológica proposta por René David deve ser vista com cautela. Em primeiro lugar, porque o livro está desatualizado e não menciona a reforma do direito inglês ocorrida a partir dos anos 90, bem ilustrada pelas "*Reformas Woolf*", de 1998, instituidoras de um Novo Código de Processo Civil (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil:** formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. [Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 53-64), bem como a reorganização de todo o judiciário inglês, a partir dos anos 2000, que inclusive mudou a configuração da *House of Lords*, já que foi instituída a *Supreme Court of the United Kingdom* em substituição da *Appelate Committee* daquela. Sobre todo esse remodelamento do direito inglês e da função das cortes, ver: SLAPPER, Gary. KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187-189; MATTEI, Ugo. **Il modelo di common law.** Quarta edizione con la collaborazione di Emanuele Ariano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 63-67; ANDREWS, Neil. **The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements**. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399103 acesso em 02 de setembro de 2016, p. 2-6. Ademais, a adoção da historiografia conceitual enfraquece esse tipo de classificação voltada à demarcação cronologicamente rígida dos tempos passados. A interessante obra *Una dispotica creazione*, de Dolores Freda, deixa em evidência que o constructo por ciclos de tempo, apontados de modo exato, não correspondem aos fatos históricos habitualmente narrados por doutrinas históricas. Exemplo disso é que, antes de ser declarado *oficialmente* vinculante, já haviam decisões e doutrina que consideravam o precedente obrigatório, mesmo um século antes de sua "oficialização". Portanto, muitas vezes, o apontamento de datas (principalmente séculos e anos), deve se dar apenas como elemento de facilitação no ensino e não como critério de exatidão. Por isso, justifica-se a opção feita aqui pela história dos conceitos, vez que essa leva em consideração inúmeros fatores que fizeram determinado fato histórico progredir, o que normalmente não se relaciona apenas com um ano ou ciclo específico. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

[64] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4.

[65] Como esclarecem Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, Henrique II "judicializou" os conflitos na Inglaterra do século XII, situação na qual a Coroa cria os seguintes Tribunais: Tribunal das Causas Comuns (*Court of Common Pleas*); Tribunal do Tesouro (*Court of Exchequer)* e; Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), sendo que, no início, tais Tribunais eram *itinerantes*, acarretando, por conseguinte, um achatamento dos poderes dos tribunais locais, a cargo dos senhores feudais. Desse modo, "o rei, em pessoa, passou a emitir ordens sumárias, chamadas, desde então, de writs". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 29.

locais. **A peregrinação feita pelos juízes ingleses, na verdade, tinha por objetivo a centralização do poder do Estado**[66].

As raízes do *common law* revelam sua feição marcantemente pragmática[67], característica não apagada ao longo dos séculos, tendo, inclusive, norteado a formação dos juristas por incontáveis gerações[68]. Mas devemos avançar na explicação, de forma que essa representação do *common law*, como tradição delineada pela *práxis*, não se torne imperdoavelmente superficial e até caricata, algo que ocorreria se se colocasse um ponto final na abordagem. Por isso, prossegue-se no estudo do direito inglês e sua contextualização.

Uma gama de fatores (aumento da população, a reorganização dos Estados nacionais e a ascensão da burguesia), indica bem as mudanças sociais que marcaram a época nascente do direito inglês. Essa efervescência cultural dos séculos XII e XIII contribuiu para gerar reflexos no percurso quase milenar do *common law*. O início do crepúsculo do modelo feudal evidenciou a insuficiência do direito até então praticado, pois uma nova sociedade necessitava de um novo direito[69]. Nesse cenário de reviravoltas, o Continente Europeu[70] e a Inglaterra adotam soluções distintas.

Como assinalam Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, "a solução continental para esse desafio, como se sabe, foi a redescoberta dos institutos e das categorias do direito romano, a partir da síntese de Justiniano"[71]. Entretanto, a Inglaterra não recorreu ao direito romano,

---

[66] SLAPPER, Gary. KELLY, David. **O sistema jurídico inglês.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4. Essa perspectiva é lembrada por Mario G. Losano, ao citar S. F. C. Milsom, que havia enxergado o *common law* como subproduto de um triunfo administrativo. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324. "The common law is the by-product of an administrative triumph, the way in which the government of England came to be centralised and specialised during the centuries after the Conquest". MILSON, S. F. C. **Historical foundations of the common law**. London: Butterworths, 1969, p. 1.

[67] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

[68] Chegou-se a dizer que o direito inglês não poderia sequer ser ensinado, mas, sim, deveria ser *aprendido*, no tribunal ou em um escritório (*studio*) de advogado. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 109.

[69] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 30-31.

[70] Fala-se, simploriamente, em direito continental, principalmente para diferenciação do direito da ilha da Inglaterra. Tendo em vista que a divisão do direito por regiões geográficas pode se mostrar seriamente enganosa, remete-se à leitura de LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XXXVI-XL.

[71] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 34. JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hélcio Macial França Madeira – prólogo Pierangelo Catalano. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. René David lembra a íntima relação do direito francês com as categorias do direito privado e com um forte vínculo com a universidade. Afirma David: "O direito por excelência continua a ser, para nós, o direito privado, que rege as relações entre os particulares; o direito público, pelo qual os juristas romanos não se interessaram, só se afirma com certa dificuldade quando modelado à imagem do direito privado. Nossos conceitos e nossas categorias jurídicas permanecem essencialmente os conceitos e as categorias ensinados nas

podendo-se afirmar, no máximo, uma influência periférica daquele. Nas origens do *common law*, diferentemente do Continente Europeu, permita-se insistir, os juristas ingleses estavam preocupados com a prática e não com os ensinamentos extraídos das universidades[72]. Nota-se um entrelace entre os costumes e o direito[73].

O direito inglês, como produto das Cortes Reais, pode ser visto como um conjunto de regras processuais e materiais, por isso mesmo, bem distinto do direito francês, esse último com vocação à sistematização[74]. Mas é preciso sublinhar que o direito inglês era de acentuada feição processual, repleto de técnicas baseadas na preocupação de levar o processo ao seu termo. Por se mostrar cheio de ciladas processuais, o direito material era relegado ao segundo plano[75]. Apresentando um modo de funcionamento formalista, no qual à cada *writ* correspondia um processo, com exigência rigorosa do uso das palavras[76], o *common law* se apresentava como um "conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios", nos quais não se preocupava com a realização da justiça[77].

No fim do século XII o *common law* estava consolidado[78-79], mas já no século seguinte enfrenta sua primeira crise. Filipe II imprime uma derrota à Inglaterra, com perda de território

---

Universidades, tendo por base o direito romano". DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 2.

[72] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 35. Acrescenta-se: "Há ainda a ausência, do direito inglês, daquela feição erudita, associada ao saber praticado nas universidades, verificada no continente europeu. Os juristas no *common law* estavam insertos na pratica judiciária, tinham contato direto e instrução com profissionais experientes. E, por fim, o *common law* não representou uma separação entre o direito posto e o costume. Procurou, pelo contrário, incorporar os costumes locais ao direito comum". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 35.

[73] "No século XII, o costume permanece a única fonte do direito em Inglaterra: costumes locais anglo-saxônicos, costumes das cidades nascentes (*borough customs*), costumes dos mercadores (sobretudo os de Londres, os pie powder, os pés poeirentos), chamados a *lex mercatoria* (mais tarde: *ley merchant*, *merchant law*)" (sic). GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 209

[74] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3. A noção de sistema e sistematização será tratada mais adiante.

[75] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 6-7. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364.

[76] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 6-7. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363.

[77] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 365.

[78] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 35.

[79] Os contornos gerais do common law são assim sintetizados por John Gilissen: "Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz <<dizer o direito>>, declarar o que é direito; é a *declaratory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão. Na realidade, os juízes referiam-se a princípio (séc. XIII-XIV) sobretudo ao costume, designadamente ao <<costume geral imemorial do reino>> (*general immemorial custom of the Realm*); em seguida, pretendeu-se que um costume só era <<imemorial>> se existisse já antes de 1189 (data fixada por uma lei de 1275; mas o princípio não foi admitido senão no século XVIII). Os juízes deviam também aplicar as leis (*statutes*), sobretudo aquelas, muito numerosas, dos séculos XIII e XIV. A autoridade da lei em relação ao common

até então de domínio inglês. Esse fato acarretou uma mudança do cenário político e, por conseguinte, gerou reflexos na dinâmica do *common law*[80], adiante assinalados. Como fruto da guerra entre o rei João e os barões, surge a *Magna Carta Libertatum*, assinada em 15 de junho de 1215. Embora não deva ser vista como antecedente conteudístico das constituições modernas, aquele documento representou conteúdo e simbologia inovadores, pois inaugurara uma limitação ao poder real, principalmente quanto à tributação e o julgamento nos tribunais reais[81]. A Magna Carta é posteriormente reeditada, sendo a versão de 1225 a mais utilizada pelos juristas ingleses[82].

Conforme expõe Harold J. Berman, tudo indica que apenas no ano de 1557 se utilizou pela primeira vez o termo "precedente"[83]. Apesar disso, ainda no século XIII, em meio a grande turbulência, é possível identificar o germe do precedente judicial, pois, devido à tensão existente entre o rei e os barões, entraram em cena as Provisões de Oxford[84], datadas de 1258. Estas **proíbem** a criação de novos *writs*[85]. Entretanto, outro documento legal, o *Statute of Westminster II*, de 1285, passa a **permitir** a emissão de *writs*, desde que se estivesse diante de um caso **similar** ao anterior[86]. Esta passagem contém um dado histórico elementar, pois, além

law foi posteriormente contestada; pretendeu-se mesmo que uma lei apenas era obrigatória se o juiz a considerasse conforme o common law". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212. A fim de confirmar a agigantada produção de leis (*statutes*) naquele período do direito inglês, recorda Caenegem: "Na Inglaterra, o reinado de Eduardo I (1272-1307) assistiu a uma proliferação de estatutos sobre assuntos do direito público e privado; a extensão dessa atividade legislativa só foi ultrapassada no século XIX". CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 125.

[80] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 36.

[81] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 37-38.

[82] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 38-39.

[83] BERMAN. Harold Joseph. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition**. Cambridge-London: Harvard University Press, 2003. (Versão digital Kindle), p. 4331-4332.

[84] Visavam, de modo sintetizado, gerar compartilhamento do governo entre rei e barões. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 39.

[85] "Desde fines del siglo XII, bastó que una persona alegase que la conducta de otra turbaba la paz dei reino, para que las jurisdicciones reales pudiesen resolver el litígio. Se acude a ellas por medio de un writ, entregado a solicitud de un particular por la Cancillería dei rey y, en nombre del rey, dirigido a un sheriff o, en algunos casos, a un señor". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 154.

[86] "En 1258, las Provisiones de Oxford habían prohibido al Canciller la creación de nuevos writs, sin uma orden del rey tomada en Consejo. Esta regla tuvo que suavizarse, es cierto, por el segundo Estatuto de Westminster, en 1285; pero éste no permitió tampoco al Canciller la expedición de un writ al requirente, más que en casos semejantes (in consimili casu) a aquéllos en los cuales se otorgaba un writ ordinariamente". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 155. Aquela proibição de novos *writs*, esclarecem Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, decorria da insurgência dos barões contra a intromissão dos tribunais nos assuntos locais. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à

de identificar a estirpe do precedente, relaciona o *Statute of Westminster II* a uma busca por **coerência** empreendida pelo rei Eduardo I. Este que, segundo consta, "se notabilizou pelo esforço em conferir maior coerência às fontes esparsas do common law (e foi chamado, não sem exagero, de 'Justiniano inglês')"[87].

A inovação promovida pelo *Statute of Westminster II*, ao exigir o apontamento da semelhança entre o caso presente e o *writ*[88], prenuncia a técnica jurídica[89] do cotejo de casos, imersa na cultura do *common law* e capaz de ilustrar a dinâmica de funcionamento desse modelo, orientado por decisões pretéritas. Segundo Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, tal modo de limitação e aplicação comparada dos *writs* evoca o "reforço da feição argumentativa do *common law*".[90]

---

estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 39. Parece boa a síntese de Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, deixando clara a associação entre *writ* e precedente: "Como a legislação era escassa e não existia, à época, a concepção – típica do direito moderno – de que um direito depende de um ato normativo que o constitua e defina seu campo de aplicação, a construção do ordenamento jurídico, na Inglaterra, tornou-se dependente da própria atividade judicial. À medida que novos writs eram concedidos, os precedentes passavam a ser estudados e invocados em demandas futuras. Com isso, operou-se a fórmula típica dos primeiros tempos do *common law*. Na Inglaterra dos plantagenetas, *remedies precede rights"*. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 30. Uma compreensão complementar sobre os *writs* pode ser extraída de René David: "Submeter o seu caso às jurisdições reais não é, até esta data, um direito para os particulares. É um privilégio, para o qual é necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento de causa. Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um writ, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria. Além disso, pode ainda dirigir-se diretamente aos juízes através de queixas ou petições (querela, billa). Alguns writs parecem ter sido a simples cristalização de uma prática judiciária estabelecida com fundamento nestas queixas. Obter da Chancelaria real a outorga de um writ, ou convencer os juízes a julgarem a ação intentada pela via da queixa não é simples. A autoridade real no século XIII não é tal que o Chanceler possa outorgar um writ ou os juízes possam aceitar preceituar em todos os casos. Durante muito tempo foi necessário, antes de o fazer, ter em conta considerações de oportunidade, pelo que o número dos casos em que o writ era automaticamente concedido (brevia de cursu) não sofreu acentuado aumento, a primeira relação destes, estabelecida em 1227, compreende apenas 56 fórmulas-padrão, e elas serão apenas 76 em 1832, data em que o sistema foi profundamente reformado". DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 362. Colhe-se, ainda de René David: "O aspecto "direito público" do direito inglês aparece na técnica particular do writ, que marca o começo da ação diante dos tribunais. O writ não é uma simples autorização de agir dada ao autor. Apresenta-se, tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante". DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 368.

[87] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 40. Portanto, desde a origem do *common law*, deve-se rechaçar as afirmações que asseguram um distanciamento claro das tradições. Conferir: MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 318.

[88] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 40.

[89] Sobre técnica processual, conferir o último capítulo.

[90] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 40. Em complemento, afirmam os autores: "Em vez de simplesmente requerer a prolação de um novo writ para uma situação até então inaudita, os postulantes em juízo precisam justificar a semelhança entre o caso concreto e um writ anterior ao

A essencialidade das decisões passadas compele os práticos a conhecê-las e não por acaso são feitas compilações das sentenças, batizadas de *Year Books*. Estas contribuíram para que, aos poucos, o *common law* fosse aplicado de modo mais natural[91]. Com o passar do tempo, o *common law* toma corpo e cada litigante passa a poder invocar princípios anteriores, os quais o juiz se via obrigado a considerar[92].

Statute of Westminster II, o que torna ainda mais importante o recurso – **mediante argumentação** – ao precedente judicial". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 40. Conforme colaciona John Gilissen: "Para os práticos, os precedentes judiciários (os cases = casos julgados) foram sempre duma grande utilidade para a defesa dos interesses que lhes eram confiados: o facto de poder lembrar ao tribunal que já decidiu um litígio em tal sentido, dá ao advogado os melhores meios para ganhar seu processo. Foi assim sobretudo no domínio da interpretação extensiva, por semelhança, dos writs". (sic) GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 211.

[91] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 155. "El common law encontró un contenido más preciso cuando el número de las resoluciones dictadas fue mayor y el juez se halló ligado más o menos por esas decisiones. No gozaban éstas, es cierto, de ninguna fuerza obligatoria directa y únicamentte a fines dei siglo XIX el respeto al precedente se impone al juez como una regla jurídica rigurosa; pero el juez no podía negar un día el principio que había proclamado la víspera. Principio que, por otra parte, no era obra de él, sino que solamente declaraba que existía en el common law y que era razonable admitirlo, por lo cual, su deber de aplicar el derecho y de atenerse a la razón, le obligaba a aplicarlo en el segundo caso igual que en el primero". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 156. [...] No próprio século XII, foram publicados os primeiros Year Books, compilações de decisões judiciais para orientação para casos futuros. E, no fim do mesmo século, surge a primeira obra doutrinária sobre o common law, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, supostamente escrita por Glanville". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 30. Outras obras consultadas apontam para o surgimento dos *Year Books* no século XIII, ao contrário da passagem de Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, situando seu nascimento no século XII. Conferir DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 365; FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 53-54; TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 157. A historiografia assume papel relevantíssimo nesse momento. É difícil afirmar a presença do precedente judicial, ao menos da forma com que hoje é conhecido, na origem do *common law*, considere-o vinculante ou não. Realmente, o emaranhado de decisões e a influência dos costumes poderiam enfraquecer a afirmação de existência do precedente judicial nas origens do direito inglês. Entretanto, pela releitura histórica dos fatos, há identidade entre a antiga prática de remissão aos casos passados e a obtenção de um *writ*, com a dinâmica do precedente nos tempos atuais, ressalvado, certamente, algumas particularidades adiante exploradas. Ademais, a relevância do *case law*, segundo Rupert Cross e J. W. Harris, era clara deste os *Year Books*. Do mesmo modo, o raciocínio por analogia, que consiste na espinha dorsal da metodologia do direito jurisprudencial já era praticada desde a época de Bracton, portanto, ainda no século XII. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 46-47.

[92] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 156-157. Mesmo nas origens do *common law*, Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi acenam para a existência do precedente judicial, embora ainda não vinculante: "Desde a sua consolidação, ao longo dos séculos XII e XIII, o *common law* passou a adquirir maior consistência e sofisticação ao longo da práxis judiciária. Novas coleções de precedentes sucediam-se e contribuições doutrinárias originárias foram incorporadas ao direito inglês. Após a obra de Glanville, surgem os Tratados de Bracton (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, 1256), Fleta (Comentarius Juris Anglicani, fim do século XIII), John Fortescue (*De laudibus legum Angliae*, c. 1470) e John Littleton (*Of Tenures*, c. 1470). E, enfim, verifica-se um sensível aumento da produção legislativa: a partir do século XIII, os reis ingleses (sempre com o consentimento do Parlamento) passam a emitir um maior número de leis – chamadas, na tradição inglesa, de statute". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 40

O formalismo exacerbado do *common law,* conjugado com o inconformismo da parte perdedora[93], tornam-se responsáveis por uma sensível mudança teleológica, surgindo dessa novidade o caráter ambivalente do direito inglês ou, para dizer o menos, uma bifurcação da jurisdição daquele país. Vimos que o modo de concessão dos *writs* restringia o acesso aos Tribunais do *common law*, o que põe em relevo o direito como estratégia governamental[94]. Entretanto, a mudança anteriormente anunciada diz respeito ao uso do direito que, revigorado, transforma-se em *meio* de realização da justiça[95].

Eis que surge, então, a *equity*[96], como oposição ao *common law*. Houve, de fato, segundo relato de René David, o desenvolvimento da *equity* a partir da percepção das deficiências no modelo do *common law*[97]. Em razão dos obstáculos existentes nos Tribunais de Westminster, surge a possibilidade da modificação do destino do caso pelo uso de um recurso direto ao rei

---

[93] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370-371.

[94] STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

[95] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371. O uso da palavra justiça, aqui, é feito por mera fidelidade ao texto de René David, que fala em "solução justa aos litígios", advertindo-se sobre o caráter multifacetado do significado de justiça. Certamente que a concessão de medidas "justas", por parte do rei, configurar-se-iam, também, um instrumento de governo, mas o caráter ambivalente refere-se à maleabilidade no julgamento dos casos, sob a justificativa de se fazer o bem ao povo. Recordamos, nesse ponto, do livro "Força de Lei", de Jacques Derrida. Na referida obra, direito e justiça são confrontados e o direito é visto como elemento de cálculo. DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 30. Isso leva Derrida a fazer referência às duas formas de violência do direito, ou seja, a violência fundadora e a violência conservadora. DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 73.

[96] "Declarado pelos juízes, aceito pelos práticos, metodicamente apresentado pelos autores, apoiado pela corte real, o common law estava prestes a desaparecer em favor de um sistema mais moderno de direito: a equity. A origem da equity é muito antiga. É uma ideia admitida em todas as partes na Idade Média e popularizada por San Luis na França, fazendo justiça a Vincennes, que o rei é um soberano justiceiro. [...] O poder do rei, em matéria de justiça, é talvez excepcional, mas indiscutível e supremo. Ao fazer justiça em pessoa, o rei se inspira, certamente, nos costumes. É quase evidente, no entanto, que nem sempre se sente obrigado a aplicá-los escrupulosamente, como deveria fazer um juiz. Resolve, portanto, em certa medida, com equidade, dizendo o que lhe parece justo em cada caso". Tradução livre, no original: "Declarado por los jueces, recogido por los prácticos, metódicamente presentado por los autores, apoyado por la corte real, el common law estuvo a punto de desaparecer en beneficio de un sistema de derecho más moderno: la equity. El origen de la equity es muy antiguo. Es una idea admitida por todas partes en la Edad Media y popularizada por San Luis en Francia, haciendo justicia bajo la encina de Vincennes, que el rey es un soberano justiciero. [...] El poder del rey, en materia de justicia, es quizá excepcional, pero indiscutible y supremo. Cuando hace justicia en persona, el rey se inspira, ciertamente, en las costumbres. Es casi evidente, sin embargo, que no se siente obligado siempre a aplicarlas escrupulosamente, como debería hacerlo un juez. Resuelve, pues, en cierta medida, en equidad, diciendo lo que le parece justo en cada caso". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 158. O Chanceler, Counsellor ou *"the keeper of the king's conscience"* passa a assumir a função de conceder certas medidas e recursos. Com o tempo, sua competência é paulatinamente aumentada, surgindo, portanto, uma justiça paralela ao *common law.* SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

[97] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370.

que, de certo modo, fazia uma obra de caridade[98]. O rei era fonte de justiça e não permitia o mau funcionamento daquela em seu reino. Era possível a aplicação da moral no lugar do direito estrito[99], vez que este último se mostrava exuberantemente formalista. Nesse novo modelo, nem todas as petições eram julgadas pelo próprio rei, sendo direcionadas a um funcionário da Coroa (o Chanceler). Com as decisões do Chanceler formam-se as regras da equidade[100]. Esse cenário permite afirmar a existência de um dualismo no direito inglês, marcado pela convivência concomitante das regras do *common law* (obra dos Tribunais Reais de Westminster) e as soluções de *equity* (advindas do Tribunal da Chancelaria)[101]. A disputa por poder fez do Tribunal da Chancelaria um trunfo régio e havia, de certa forma, uma identidade entre a prática do Chanceler com o **pretor romano**, cabendo àquele a redentora tarefa de correção do *common law.*[102]

A retrospectiva histórica noticia a ocorrência de um certo desgaste que pairou sobre o *common law*. Como causas centrais, nota-se a inadequação do *common law* àquele momento de transformação social, bem como um esvaziamento do seu uso, em razão da maior utilização

---

[98] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371. Embora seja ousado, podemos tentar decifrar os motivos pelos quais o recurso passou a ser direcionado ao rei. Em primeiro lugar, exigia-se a centralização das decisões de caráter extraordinário nas mãos de uma só pessoa, ou seja, do próprio rei. Decisões esparsas poderiam **fragmentar** o poder monárquico. Além disso, o endereçamento do recurso ao rei passa a fazer maior sentido se pensarmos na forma com que o rei era visto naquela época, que correspondia a uma figura dúplice, incapaz de cometer erros, conforme espantosa descrição trazida por Ernst Hartwig Kantorowicz. KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei:** um estudo sobre teologia politica medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 18. Conferir CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31.

[99] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 7.

[100] DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 8.

[101] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 374-375. A palavra *equity* assume dois sentidos, a saber, equidade como fonte de inspiração e o próprio corpo de direito aplicado pelo Chanceler. TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas.** Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 160. A *equity* não foi a única jurisdição a conviver com o *common law*, haviam ainda as jurisdições eclesiásticas e uma corte para julgar casos de natureza mercantil. Conferir TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 161-162. "Aos Judicature Acts coube uma significativa mudança, ocorrida entre os anos de 1873-1875, pois suprimem a distinção formal dos tribunais da common law e do Tribunal de equity da Chancelaria". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 377. Sobre a *equity* extrai-se informações adicionais em R. C. van Caenegem: "Esse "direito comum" - Common Law - permaneceu a base do direito inglês e não foi afetado pela difusão do direito romano. Outros tribunais, no entanto, foram criados fora da jurisdição do Common Law. Estes desenvolviam sua própria jurisprudência e seus próprios princípios, que em muitos aspectos eram distantes do Common Law clássico e mais próximos do direito erudito continental, em especial do processo romano-canônico. Isso se aplica sobretudo à Equity (eqüidade), a jurisprudência do chanceler, que, na Idade Média, era quase sempre um bispo. Ele empregava um processo próximo ao romano-canônico, bem mais adequado a um bispo do que o Common Law dos tribunais. Mas o Court of Chancery e o Court of Requests (modelado a partir daquele) eram menos marcados pelo direito romano do que o Court of Admiralty, no qual os juízes aplicavam o puro ius commune. Havia também elementos canônicos no processo da Star Chamber". (sic) CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 99-100.

[102] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 160.

de outros meios de jurisdição (entre as quais a *equity*), e, por fim, uma certa estagnação, decorrente da ausência de reflexão e de compilação dos precedentes[103]. Registra-se, inclusive, no ano de 1535, o cerramento da publicação dos *Year Books*, estes que chegaram a desempenhar papel de importância para a firmação do *common law*[104].

Mas o abalo sofrido pelo modelo não se mostrou letal e a doutrina foi a responsável pela injeção de novo ânimo ao *common law*. Edward Coke, em 1628, através de seus *Institutes of the laws of England*, sinalizou uma proposta de organização do direito inglês que, de tão satisfatória, fez com que os juízes deixassem de recorrer a outras fontes[105]. À exemplo da obra de Coke, também os *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, datados de 1765 a 1769[106], fortaleceram a manutenção do modelo[107].

Na verdade, jamais poderia ficar encoberto que a consolidação do *common law* se guiou por uma grande variedade de fatores, muitos deles congênitos[108]. Todavia, convém retomar, nesse ponto, o nome de Edward Coke. Isso porque, este jurista não apenas carrega a autoria da elogiável obra de compilação de casos, mas, para além disso, antecipa o debate central do direito praticado no âmbito do *common law*, que se arrasta até os dias atuais. Coke, segundo relato de Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi, havia afirmado, "explicitamente, ser atribuição do *common*

---

[103] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 63-66.

[104] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 163. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 63-67. Como afirmam Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi: "A simples ausência de doutrina jurídica e de compilação de julgados já seria suficiente para comprometer a dinâmica do common law, exatamente pela sua natureza argumentativa e casuística. No século Tudor, essa carência foi mais sentida pelo fato de se tratar de uma época de modernização econômica e social. Assim, decisões recentes (à época) não circulavam entre os profissionais do direito, que persistiam recorrendo a precedentes mais antigos. O anacronismo do common law ficou evidenciado". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 67.

[105] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 163-164. Pelo relato dos autores, a obra de Coke tinha caráter persuasivo.

[106] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 163-164. Mais adiante, os autores recordam também dos Commentaries de Kent, datados de 1826 e 1830 e que colaboraram, ao lado dos outros, para a diminuição da hostilidade contra o *common law* nos Estados Unidos. TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 205.

[107] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 164. Diametralmente oposta é a doutrina de Jeremy Bentham. Embora tenha sido aluno de Blackstone, Bentham não nutriu admiração pelo *common law*. Na verdade, foi o responsável pela proposta de codificação do direito, assunto que será abordado com maior detalhamento em seguida. Conferir TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 164.

[108] Outros fatores serão mencionados nos próximos itens.

law, por meio dos juízes, controlar os atos do Parlamento e, se esses últimos fossem contrários ao *common law*, deveriam ser declarados nulos"[109].

Embora Coke tenha se valido da invocação da Magna Carta para afirmar a supremacia do *common law*[110], a passagem transcrita, insista-se, prenuncia um dos aspectos mais árduos do *common law* (escancarado com os discursos em favor dos precedentes vinculantes), **que se refere à limitação do poder exercido pelos juízes ou, em outros termos, ao duelo entre legislação e jurisdição.**

Nesse contexto duelístico, as anotações históricas até aqui desenvolvidas, extremamente sintetizadas, não teriam maior importância, senão com um foco específico, correspondente a compreensão do *precedente judicial* no direito inglês. Para que se alcance esse ponto, é preciso, antes, mencionar os contornos da atividade judicial e ainda a formação do jurista inglês, temas indispensáveis à compreensão do fenômeno do precedente judicial.

2.3 A atividade jurisdicional no centro da criação do direito

Antes de dar continuidade ao tema, se empreenderá um breve desvio argumentativo.

Após formalizar sua pretensão na petição inicial, endereçada ao Estado, exercendo assim o seu direito de ação (direito à jurisdição)[111], o autor é surpreendido, dias depois, com a intimação sobre a *improcedência liminar* do seu pedido, mesmo sem ter sido ainda citado o réu. A justificativa da ligeira improcedência cinge-se à indicação, pelo juiz, da contrariedade da pretensão do autor a um precedente obrigatório, ou seja, qualquer daqueles expostos no rol do art. 332 do CPC/2015[112]. Em outro caso, um recorrente tem seu recurso improvido monocraticamente, com impressionante rapidez, por contrariar um entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas[113].

---

[109] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 67.

[110] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 67-68

[111] Conferir, para nós, a melhor obra sobre a técnica da petição inicial: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 97-106; e ainda, com foco no CPC/2015: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do NCPC** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 100-109.

[112] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

[113] Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: [...]c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

Esse abrupto desvio, singular, porém proposital, serve para melhor contextualizar o problema, dotado de inquestionável importância no cenário jurídico dos nossos dias[114]. Os exemplos fornecidos nos remetem ao estudo do poder ou força obrigatória do precedente judicial e se o mesmo pode ser considerado como uma das fontes do direito. No Brasil, a temática ganha ênfase por aquilo que vem sendo chamado de sistema de precedentes. A dificuldade situa-se no crescente uso de decisões jurisprudenciais como fonte do direito[115]. Considerando-se a mixórdia conceitual sobre os precedentes no direito brasileiro, decorrente, de certo modo, do inexpressivo estudo sério da tradição precedencialista, chama-se de precedente o que de fato não é, como se dá nos casos de invocação de súmula[116], atribuindo a esta as características de abstração e generalização reservadas à lei. Revela-se, deste modo, uma idiossincrática prática no manejo do direito tribunalício.

Poder-se-ia defender que o legislador, democraticamente, teria elevado o precedente a condição de fonte do direito. Nesse caso, ter-se-ia por encerrada a discussão. Mas essa seria uma conclusão dada por um método heurístico[117] extremamente simplificador e, ironicamente,

---

[114] Mauro Cappelletti destaca o problema nas seguintes palavras: "O nexo entre processo e direito substancial, que as últimas gerações do processualismo italiano estão redescobrindo, depois de descurado por longo tempo em virtude da "excessivamente aclamada autonomia da ação e da relação processual", apresenta dois campos principais de exame. O primeiro, que será objeto específico deste trabalho, concerne ao problema da "criatividade" da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juízes. Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito". CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 13.

[115] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 304. Conferir: TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 18-26.

[116] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 304. Conferir STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55-62.

[117] De acordo com o Dicionário de Filosofia de Cambridge, heurística é "regra ou solução adotada para reduzir a complexidade de tarefas computacionais, reduzindo com isso as demandas de recursos tais como tempo, memória e atenção. Se um algoritmo é um procedimento que fornece uma solução correta para um problema, um procedimento **heurístico** pode não alcançar uma solução, mesmo que exista, ou pode dar uma resposta incorreta. A confiabilidade da heurística varia entre os domínios; os vieses resultantes são previsíveis e fornecem informações sobre o desenho do sistema. O xadrez, por exemplo, é um jogo finito com um número finito de posições possíveis, mas não há um algoritmo conhecido para encontrar o lance ótimo. Tanto os computadores quanto os humanos empregam heurística na avaliação de lances intermediários, baseando-se em algumas poucas indicações para a qualidade do jogo, tais como a segurança do rei, o balanço de material e o controle do centro. O uso desses critérios simplifica o problema, tornando-o computacionalmente tratável. São guias heurísticos, confiáveis, porém de sucesso limitado. Não há garantia de que o resultado será o melhor lance, nem mesmo bom. Apesar disso são satisfatórios para um xadrez competente". AUDI, Robert. **Dicionário de filosofia.** Título original: The Cambridge Dictionary of Philosophy. 2. ed., São Paulo: Paulus, 2011 (Coleção dicionários), p. 460. De significativa importância é, de fato, enxergar a heurística como método de simplificação das complexidades. Como assinala Imre Lakatos, pela heurística negativa, impede-se que o núcleo de determinado programa de pesquisa científica seja atacado pelo *modus tollens* (prova indireta), formando-se, ao contrário, uma espécie de cinto de proteção em torno do núcleo daquele programa. Como são muitas as anomalias de cada programa, utiliza-se também da heurística positiva. A partir dela, impede-se que o cientista se confunda no oceano de anomalias

positivista. Com base nesse tipo de raciocínio, tornar-se-ia supérflua qualquer tentativa de investigação dos fundamentos do precedente, já que o próprio legislador teria se incumbido de promover a sua positivação.

Contudo, caso não se tenha percebido, em um determinado ordenamento no qual o precedente é obrigatório, nem mesmo a lei, normalmente vista como um componente imprescindível à caracterização da própria democracia[118], goza de tamanho prestígio. E, se o precedente é inequivocamente vinculante, pode-se discutir a legitimidade de uma lei, mas não a do precedente[119]. E, com isto, por derivação lógica, a função do tribunal formador do precedente obrigatório poderia se tornar mais relevante do que a do legislador. O judiciário poderia não apenas interpretar a lei, mas, ainda, discricionariamente, a criar e a distorcer[120].

É verdade que o problema descrito não se restringe às fontes do direito, mas, à dificuldade do tema impede a adoção de conclusões por saltos. Perceba-se que, o inusitado quadro descrito no início desta seção, de esbarro da pretensão em um precedente, algo certamente inquietante, serve de estímulo ao prosseguimento da pesquisa histórica, afinal, para

---

LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 66-72. Portanto, a heurística pode ser visualizada como método de simplificação de respostas e como escudo visando melhor absorver os episódios de refutação. Conferir ainda: BAZERMAN, Max H. MOORE, Don. **Processo decisório.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 17-56.

[118] Sobre essa temática, certamente vinculada à teoria da separação dos poderes, remete-se à MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010 p. 203-234; GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?:** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003p. 279-285. Conferir, ainda, a associação feita por Jacques Derrida entre as leis e autoridade, ou, talvez de modo mais preciso, autoritarismo. DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 21. As leituras mencionadas nos fazem desconfiar da função legislativa como garantidora, *per si*, da democracia. A metodologia normativa (constitucional e regimental) de geração de leis não é sinônimo de implantação do Estado Democrático de Direito. Ademais, como lembra Giorgio Agamben, *"o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco"*. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção:** homo sacer, II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio). Conferir também: DEL NEGRI, André. **Técnica legislativa e Teoria do processo.** *In:* BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 23-46; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampl. E. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015; LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática.** Belo Horizonte: Forum, 2010.

[119] A dificuldade de rediscussão do núcleo da decisão formada no precedente obrigatório ficou evidenciada, principalmente com a alteração do texto do CPC/2015 pela Lei 13.256/16. Esse tema será objeto de atenção específica no presente trabalho.

[120] FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado democrático de direito,** volume 4. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014, p. 113.

que se possa compreender o presente e sobretudo criar um prognóstico do futuro[121], devemos saber como as coisas se deram no passado.

A peça central desse quebra-cabeça – a procura pelas fontes do direito – consiste em uma discussão bastante antiga[122], porém, ainda remanescente no âmbito da teoria do direito. Tanto é que, para Norberto Bobbio, a diferenciação das fontes do direito constitui um importante critério na definição daquilo que se possa compreender como direito positivo, em contraposição ao direito natural[123].

Consideramos não se tratar de uma discussão etérea principalmente se atentarmos para duas questões principais. Em primeiro lugar, porque há ataques de respeitadíssimos juristas contra o exercício de função legislativa por parte da magistratura. Em segundo lugar, não podemos esquecer que estamos na era dos enunciados, ou seja, são elaborados breves textos, em determinados grupos de trabalhos compostos por juízes ou estudiosos da ciência jurídica[124].

---

[121] KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo:** estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014, p. 189-204; KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006, p. 308-319

[122] É elucidativo, quanto à antiguidade da disputa entre as fontes do direito, a lembrança do filósofo Aristóteles (384-322 a. C.) já que, segundo afirma: "É, pois, sumamente importante que as leis bem-feitas determinem tudo com maior rigor e exatidão, e deixem o menos possível à decisão dos juízes. Primeiro, porque é mais fácil encontrar um ou poucos homens que sejam prudentes e capazes de legislar e julgar, do que encontrar muitos. Segundo, porque as leis se promulgam depois de uma longa experiência de deliberação, mas os juízos se emitem de modo imprevisto, sendo, por conseguinte, difícil aos juízes pronunciar-se retamente de acordo com o que é justo e conveniente. E, sobretudo, porque a decisão do legislador não incide sobre um caso particular, mas sobre o futuro e o geral, ao passo que o membro da assembleia e o juiz têm de se pronunciar imediatamente sobre casos atuais e concretos. Na sua apreciação dos fatos, intervêm muitas vezes a amizade, a hostilidade e o interesse pessoal, com a consequência de não mais conseguirem discernir a verdade com exatidão e de o seu juízo ser obscurecido por um sentimento egoísta de prazer ou de dor. Quanto ao mais, voltamos a dizê-lo, importa deixar à decisão soberana do juiz o mínimo de questões possível, mas não se lhe deve subtrair a tarefa de verificar se um fato ocorreu ou não, se virá ou não a ocorrer, se tem ou não existência real, pois não é possível que o legislador preveja todos esses casos". ARISTÓTELES. **Retórica.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento; v. 1), p. 58-59. Comparar com KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390-395.

[123] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22. Na filosofia do direito, a cada dia ganha mais força a compreensão segundo a qual o direito orbita sobre a noção de positivismo. Isso porque, de modo geral, existem duas grandes correntes, a primeira dos positivistas e a segunda dos não-positivistas. Os positivistas negam uma relação necessária entre direito e moral, enquanto os não-positivistas defendem exatamente o contrário, ou seja, uma conexão necessária entre direito e moral. Os dois grandes grupos comportam subdivisões, mas o fator predominante, nesse tipo de classificação, é a conexão ou não do direito com a moral. WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 95-99; ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 241-269; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016; SHAPIRO, Scott J. **Legalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 319-344; Rubens Limongi França cataloga oito correntes que de algum modo negam a existência de fundamento suprajurídico ao Direito Positivo, sendo elas: o positivismo totalitário; o positivismo romântico; o positivismo coexistencial; o positivismo histórico; o positivismo revolucionário; o positivismo sociológico; o positivismo racionalista; o positivismo moralista. FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 9-26.

[124] DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo [et al]. **Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis** (2.: 2015: Vitória, ES). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

O aspecto alarmante é que, nessa era, tende-se a atribuir aos enunciados forjados pelos membros da magistratura[125], alguns predicados normalmente reservados à lei – generalização e abstração. Essa menção aos enunciados é feita apenas de passagem, na tentativa de despertar ao problema.

A disputa entre as fontes[126] é muitas vezes ilustrada pelo antagonismo entre as grandes tradições ou famílias jurídicas (*civil law versus common law*). A família ou tradição do *civil law* seria caracterizada pelo direito predominantemente legislado, sistematizado ou codificado, enquanto a outra tradição, a do *common law*, seria orientada pelo direito jurisprudencial, aquele oriundo das cortes. Entretanto, uma investigação no direito inglês e continental, mesmo perfunctória, demonstra a insuficiência desta divisão. Isso porque, de início, há a presença de direito legislado na Inglaterra, país modelar da tradição de *common law*. Do mesmo modo, a jurisprudência é prestigiada em países de tradição de *civil law*. Esse estado de coisas torna difícil a indicação de critérios simplórios vocacionados à diferenciação das famílias, mas certamente seria equívoco afirmar a total identidade entre elas[127].

Rupert Cross e J. W. Harris explicitam os distintos significados da expressão fontes do direito. Na Inglaterra, podem ser consideradas fontes do direito os *law reports*, enquanto um livro sobre responsabilidade civil ou dos contratos poderiam ser considerados como mera literatura jurídica[128]. Explicam Cross e Harris, o Direito Romano e os costumes medievais também podem ser vistos como fontes do direito e concluem: "nesse sentido, a frase "fonte de

---

[125] Conferir alguns enunciados em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf; http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos

[126] Quanto ao assunto, segundo lembra Thomas da Rosa de Bustamante, há um claro traço de distinção entre *common law* e *civil law* quanto ao precedente judicial e ainda, segundo ele: "os teóricos do common law inglês compreendem a força vinculante do precedente judicial como uma "convenção constitucional", a doutrina tradicional na maioria dos sistemas jurídicos da tradição do civil law é enfática ao negar o status de fonte do direito para o precedente judicial". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 275-297. R. C. van Caenegem afirma, convictamente, a preponderância da produção do direito com base em determinadas fontes. Segundo o autor: "Assim, está claro que o common law foi produzido por juízes, que o Direito romano medieval e moderno (que poderia ser chamado Direito neorromano da Europa ocidental) foi produzido por professores e que uma enorme massa do Direito revolucionário francês foi produzida por legisladores". CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia**.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 47.

[127] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

[128] CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 166. Perceba, contudo, que o trabalho literário pode ser considerado fonte **histórica** do direito, como são considerados por Cross e Harris os escritos de Bracton e Coke, certamente porque são consideradas fontes históricas confiáveis e, com base na dinâmica de funcionamento do direito inglês, decisões futuras podem se valer de tais escritos. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 166.

direito" pode ser estendida a qualquer coisa que descreva a existência de uma regra legal de um ponto de vista causal"[129].

Como tivemos oportunidade de anotar, em seu nascimento, o *common law* se ligou aos costumes. É, de fato, bastante difundida a noção segundo a qual o *common law* se caracterizaria por ser um direito tipicamente consuetudinário. Alguns autores consideram essa noção fatalmente errônea[130], mas parece pertinente abordá-la.

A decisão fundada em um costume passa por uma dificuldade óbvia, afinal, é imprescindível saber o que pode ou não ser visto como tal. Visualizado este tipo de entrave, no direito inglês, o acolhimento do costume, como fonte de direito, passou pela exigência de atendimento a certos critérios, dentre eles, que aquele fosse tido por imemorial[131].

Realmente, inúmeros estudiosos do direito inglês sinalizam que os costumes somente atingiam patamar jurígeno a partir do seu reconhecimento pelos tribunais. Essa constatação põe em descrédito as tentativas de conceituar o *common law*[132] de modo simplório, como um direito

---

[129] Tradução livre, no original: "This sense of the phrase 'source of law' can be extended to anything which accounts for the existence of a legal rule from the causal point of view". CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 166.

[130] "Observando a situação atual, se se define o direito consuetudinário como o que se forma espontaneamente, por acordo tácito, ou, mais exatamente, como o em que os interessados têm o poder de modificar por si mesmos mediante um acordo tácito, partindo de um fundo de regras cuja origem lhes é desconhecido, para adaptá-lo as novas condições sociais e a seus novos desejos ou, enfim, em uma palavra, como aquele que os interessados modificam sem valer-se para eles de um órgão intermediário, se está propício a concluir que o common law não tem absolutamente nada de consuetudinário". Tradução livre, no original: "Observando la situación actual, si se define el derecho consuetudinario como el que se forma espontáneamente, por acuerdo tácito, o, más exactamente, como el que los interesados tienen el poder de modificar por sí mismos mediante acuerdo tácito, partiendo de un fondo de reglas cuyo origen les es desconocido, para adaptarlo a las nuevas condiciones sociales y a sus nuevos deseos o, en fin, en una palabra, como aquél que los interesados modifican sin valerse para ello de un órgano intermedio, se está propicio a concluir que el common law no tiene absolutamente nada de consuetudinário". TUNC, Andre; TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957.

[131] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 437-438. Segundo Rupert Cross e J. W. Harris: "Os tribunais permitem que um costume local possa ser eficaz desde que cumpra determinados testes que foram estabelecidos em quatro ou cinco séculos de case-law. Os testes são variadamente indicados. Para o propósito presente, é suficiente dizer que o costume deve ser razoável, não deve contradizer um statute, deve ter sido observado como o direito (i. e., não pela força ou permissão), e deve ter existido desde os tempos imemoriais". Tradução livre, no original: "The courts allow a local custom to be effective provided it complies with certain tests which have been laid down in four or five centuries of case-law. The tests are variously stated. For present purposes it is sufficient to say that the custom must be reasonable, it must not contradict a statute, it must have been observed as of right (i.e. not by force or permission), and it must have existed since time immemorial". CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 168.

[132] A consulta a alguns autores confirma essa perspectiva. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 7. Vale a pena frisar a passagem de Thomas da Rosa de Bustamante: "Quando se fala em "costume reconhecido", remete-se o leitor necessariamente à ideia de precedente, e não ao costume em si mesmo considerado, ou seja, independente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias. O Direito há de ser buscado em um precedente que tenha resolvido um caso semelhante em termos relevantes ao que se coloca para o intérprete; há de ser normalmente encontrado em uma regra estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 4. Norberto Bobbio

consuetudinário, pois carecia de chancela judicial. Antes daquela ratificação, eram **meros costumes**; uma vez **reconhecidos** pelos **juízes**, se transformavam em direito. Nasce, assim, de modo muito evidente, a missão conferida aos juízes quanto à forjadura do direito. Logicamente, a atribuição de grandioso poder aos juízes gera diversos inconvenientes, pois os juízes se tornam o próprio direito[133].

Fazendo-se um breve parêntesis, a abertura do direito ao âmbito dos costumes pode significar um encobrimento de razões inconfessáveis do juiz, para que decida ao seu gosto. Nesse ponto, é possível relacionar, de modo não tão exato, mas certamente verossímil, o papel dos costumes, nas origens do *common law*, com a função desempenhada pela moral, como condutora da decisão, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos[134]. Forma-se um cenário no qual o julgador encontra a solução do caso dentro ou fora do direito. É como se o direito, a moral e os costumes estivessem situados fatalmente numa zona limítrofe, e o juiz, por sua vez, sobreposto, devesse dizer o que é ou não o direito.

Nessa situação, as decisões com fortes traços de voluntarismos se disfarçam, mesmo que veiculadas com os rótulos mais sedutores, como as perspectivas que encarregam o juiz de fazer justiça com ou apesar da lei[135]. Por certo não se defende aqui o positivismo jurídico, seja ele exclusivo ou inclusivo[136], pois esta corrente teórica é avessa à tese da conexão entre direito

---

confirma a necessidade de aprovação dos costumes, para que pudessem, em seguida, serem considerados direito. Nesse sentido, afirma: "A common law não é o direito comum de origem romana [...] mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

[133] Em ótima exposição, André Tunc e Suzzane Tunc escrevem sobre esse elemento fundamental dos modelos de *common law*, correspondente a criação do direito pelos juízes. Nesse contexto, os tribunais e cortes passam a funcionar como uma espécie de antena, capaz de captar os imaginários anseios da sociedade. "Desde hace siglos, los jueces son, a su respecto, el órgano del sentir general. Son ellos los que dan cuerpo y lo hacen evolucionar. [...] El common law no es conocido y sentido por el pueblo francês. Sin embargo, el juez no se reconoce el poder de crear el derecho, sino, solamente, en uma medida que varía mucho según los jueces, de hacerlo evolucionar para adaptarlo a las circunstancias de la vida moderna, con la preocupación de no lesionar las expectativas legítimas de los particulares y de no diminuir la coherencia del derecho". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 220-221.

[134] Sobre o assunto, além do material indicado por ocasião da menção ao positivismo, conferir, especialmente, BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 158-164; 166-176.

[135] Conferir TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 224. Em André Tunc e Suzzane Tunc, fica muito claro a função legislativa assumida pelo juiz, inclusive apoiado pelos autores, embora, para nós, seja passível de contundentes críticas. TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 225.

[136] Uma boa síntese das teorias positivistas pode ser encontrada em FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito:** do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 124-134. Conferir também, sobre a relação entre direito e moral TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** São Paulo: Martins, 2008 (Coleção Tópicos Martins), p. 27.

e moral[137], opção que, afinal de contas, chancela o decisionismo[138]. O que procuramos destacar é que, para se admitir a transição de um elemento típico do discurso prático geral (moral) para o discurso jurídico, é imprescindível a adoção de uma teoria do direito e o balizamento pelo processo democrático, este último repleto de garantias, a exercer importante papel de fiscalização dos atos decisórios. Há que se reconhecer a força deontológica dos princípios jurídicos, como fundamentais à correção normativa do direito e, do mesmo modo, afugentar as terríveis atitudes decisionistas e os perigos do panprincipiologismo[139] e, de uma vez por todas, aniquilar o mito de que o direito é mera experiência, que a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é e, principalmente, que o juiz é um engenheiro social[140].

A propósito, a teoria processual da comparticipação[141], aliada às proposições trazidas por Dworkin[142], fornece importantes subsídios teóricos e torna-se apta (provavelmente a única adequada) ao desenvolvimento de um modelo ou sistema jurídico que se valha dos precedentes judiciais, fornecendo possibilidades de fiscalização e problematização dos atos decisórios, a partir de sua proposta hermenêutica (comparticipativa).

Retomando-se ao tema principal, a diagnose feita até aqui sugere que, ao longo dos séculos, no direito inglês, a jurisdição desempenhou papel central na criação do direito. O juiz

---

[137] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 242-245.

[138] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 56-58. Concorda-se com Lenio Streck e Georges Abboud, quando afirmam ser a discricionariedade o pomo de ouro do positivismo. STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p.175-182. Como lembram Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico de Sena Horta, a discricionariedade judicial constitui um dos preceitos-chave (ou esqueleto) do positivismo jurídico. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 27

[139] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 69-82.

[140] COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951, p. 86.

[141] Conferir: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012*;* 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.36, n.199, p. 41-82, set. 2011*;* NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 13-29.

[142] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Coleção teoria e filosofia do direito).

foi visto como o oráculo vivo do direito[143]. O direito, por seu turno, era aquele feito pelo juiz (*jude-made-law*)[144].

Além do já mencionado caráter judicial dos costumes, tem-se a contraposição entre jurisdição e legislação. Segundo alguns relatos, essa concorrência ganha destaque no conturbadíssimo século XVII[145], pois nele surgem alguns fatores que propiciam a eclosão de uma batalha de poder, inicialmente entre o Parlamento e a Coroa. Na verdade, é preciso voltar ao século anterior (XVI), pois o absolutismo da dinastia Tudor havia inaugurado um cenário perigoso às liberdades individuais[146]. Os soberanos, sedentos por autoridade, tinham predileção pelos processos escritos, secretos e inquisitoriais da Chancelaria. Com pouca simpatia por parte da coroa, o *common law* entra em manifesta decadência[147].

Retornando-se ao século XVII, tem-se que o rei Jaime I pretendia disseminar sua visão mística da monarquia. Em sua perspectiva, o monarca carregava em si um poder divino e, por isso mesmo, irretorquível.[148] A personalidade tirana de Jaime I[149], que também criou e elevou os impostos[150], aliado ao esvaziamento da importância do *common law*, que havia cedido espaço para a *equity*, são os grandes responsáveis pela tensão entre Jaime I e o Parlamento.

---

[143] Por tantos outros, cita-se: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433-434; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212; DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4-5; WHITTAKER, Simon. **El precedente en el derecho inglés:** una visión desde la ciudadela. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N 01, pp. 37 – 83, disponível em: http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf acesso em 31/08/2016, p. 38-39; LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007p. 334-337; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 49-50.

[144] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 53.

[145] Destacando os eventos que tumultuaram o século XVII, dissertam Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi: "Num intervalo de exatos cem anos – compreendido entre a coroação do rei Jaime I, em 1603, e a morte do rei Guilherme III, em 1702, experimentou-se de tudo: um governo absolutista (no sentido continental), uma séria crise entre a Coroa e o Parlamento, um governo monárquico sem a presença das Casas dos Lordes e dos Comuns durante 11 anos, um Parlamento de apenas três semanas e outro de 20 anos, uma guerra entre Coroa e Parlamento, a reconciliação, um novo conflito, a execução de um monarca em praça pública, a república, uma ditadura, a restauração da monarquia, um novo reinado absolutista, o aumento da tensão entre católicos e protestantes, a deposição de mais um monarca, chamando-se outro no exterior, a proclamação da soberania do Parlamento e, com o fim da dinastia Stuart, a transmissão da linha sucessória para uma casa germânica". PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 59.

[146] Na *Star Chamber* as seculares garantias do *common law* eram deixadas de lado. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 66.

[147] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

[148] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 61-62

[149] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 189.

[150] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. 189.

Entretanto, cada jurisdição passou a ter um aliado. Realmente, a *equity* encontrou apoio da Coroa, que pretendia fortalecer seu absolutismo. Por outro lado, com o intuito de estabelecer limites à tirania real, o *common law* passa a contar com a aliança do Parlamento[151].

É preciso bem compreender aquela movimentação. O nome de destaque da época, como já pontuado, foi Edward Coke[152]. Este exerceu o cargo de *Chief Justice do Common Pleas*. Com o caso *Bonham*, Coke atribuiu ao *common law*, por meio dos juízes, o controle dos atos do Parlamento[153]. Certamente que esse controle poderia soar paradoxal, em razão da já afirmada aliança entre *common law* e Parlamento. No entanto, esclarece-se, a proposta de Coke era implementar a supremacia do *common law*, de tal modo que tanto Parlamento, quanto a coroa, se subjugassem ao *common law*[154]. Coke temia, na verdade, um incontrolável despotismo decorrente da possível associação entre parlamento e coroa[155], o que o leva a desenvolver um sofisticado raciocínio de controle do direito pela invocação da Magna Carta[156].

A proposta de Coke, vinculando *common law* à Magna Carga, gera um reforço inaudito às decisões judiciais passadas[157], como se pode constatar do seguinte excerto:

> [...] a implementação de um critério interpretativo baseado no trabalho com os precedentes. Em suas principais obras, reunidas sob os nomes de *Reports* e *Institutes*, Coke movia-se de um tema a outro preocupado em demonstrar que a tese jurídica por ele defendida sempre poderia ser reportada a um precedente imemorial naquele sentido[158].

---

[151] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 373

[152] Conferir DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 33-34.

[153] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 67.

[154] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43-44. No mesmo sentido, afirma Norberto Bobbio: "Na Inglaterra permaneceu sempre nominalmente em vigor o princípio segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum. O poder do Rei e do Parlamento devia ser limitado pela common law. Conforme uma distinção constitucional da Inglaterra medieval, o poder do soberano se distingue, de fato, em gubernaculum (poder de governo) e jurisdictio (poder de aplicação das leis). Ora, o Rei, ao exercer o jurisdictio (através de seus juízes) era obrigado a aplicar a common law; esta última, portanto limitava o poder do soberano". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

[155] Conferir CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

[156] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 68

[157] Do ponto de vista da história, seria audacioso afirmar a existência de precedentes, naquela época. Contudo, se os casos, na época de Coke, já eram vistos como inspiradores de outros casos e integrantes da própria tradição jurídica do common law, é possível afirmar, com base na historiografia conceitual, que aqueles casos já eram vistos como precedentes judiciais.

[158] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 73.

O nome de Coke merece ser lembrado pois, segundo afirma Luiz Guilherme Marinoni, nem mesmo a Revolução Gloriosa de 1688, que estipulou a *supremacy of the parliment*, foi capaz de sepultar a sua herança[159], vista, inclusive, como o germe do controle de constitucionalidade[160]. A divergência apresentada por Thomas Hobbes, que receava "a incalculabilidade do aperfeiçoamento do *common law* por parte da magistratura"[161], levando-o a defender um poder ilimitado do monarca, apenas salienta o protagonismo de Coke naquela época[162].

Ao longo de todo o desenvolvimento do direito inglês, a decisão judicial apresentou grande importância[163], mas não havia rigidez quanto à vinculação ao passado. A doutrina do precedente, a partir da qual os casos presentes obrigatoriamente devem ser guiados por decisões anteriores, ainda estava por vir. Com base nesse histórico, é possível afirmar que o direito produzido pelos juízes não poderia ser encarado, verdadeiramente, como fonte do direito, já que, por séculos, no direito inglês, inexistia a vinculação **obrigatória** aos casos anteriores. Tanto que, atento às decisões judicias despidas de efeito vinculante, Daniel Mitidiero indica a existência de três fases distintas, a saber, a de ilustração, a de persuasão e de vinculação[164].

---

[159] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44-47. Marinoni acentua o entrelaçamento entre lei e jurisdição (common law) para o triunfo contra o arbítrio. Segundo recorda Marinoni, "a ideia de *supremacy of the English parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

[160] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-40.

[161] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 137. Lembra Maus que Hobbes, contrário ao common law, propôs a codificação das leis. MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 137.

[162] Estamos nos referindo, aqui, à polêmica travada com Hobbes, que reservou um trecho da sua obra para combater o *common law* e o próprio Edward Coke. Para Hobbes, o soberano detinha um poder absoluto de dizer o direito. Desse modo, se necessário, o *common law* também deveria ser afastado em benefício do poder soberano. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33-37. Ao mencionar Coke e indagar sobre o que pode ser considerado lei, afirma Thomas Hobbes: "Portanto, o que faz a lei não é a juris prudentia, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e suas ordens. Tendo em vista que o Estado é, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir uma contradição nas leis, e, quando tal acontece, a própria razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição. Em todos os tribunais de justiça, quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta". HOBBES, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 214-215. Conferir HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011. A defesa hobbesiana do ilimitado poder do soberano nos remete inevitavelmente às palavras de Giorgio Agamben, pois, segundo ele, "o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico". AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 22.

[163] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, *p.* 31-32.

[164] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.

Como **"controlar o Direito é o caminho para controlar a sociedade"**[165], é possível constar que nunca houve, genuinamente, uma luta entre as fontes do direito. São as pessoas, grupos e classes que se digladiam[166]. Essa colisão de forças prossegue com Matthew Hale (no século XVII) e Blackstone (no século XVIII), que procuram reafirmar o papel central da jurisdição no direito. Blackstone defende que o *common law* é o próprio direito[167] e, ainda, que os juízes são os depositários das leis, os seus verdadeiros oráculos vivos[168].

Mas são os clássicos *Commentaries* de Blackstone que estimulam Jeremy Bentham a iniciar um violento ataque ao *common law*[169]. Sobre a crítica formulada por Bentham, discorre R. C. Van Caenegem:

> O mesmo século XVIII viu o início de um ataque maciço e douto ao velho common law e a apaixonada defesa da codificação por Jeremy Bentham (que cunhou a própria palavra). Foi pouco depois de Blackstone oferecer a última grande exposição do common law histórico que o ataque foi lançado por um de seus próprios alunos[170].

---

[165] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 48.

[166] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 47-48.

[167] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 225. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 2-3; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24-26. Rupert Cross e J. W. Harris reportam que a teoria declaratória da decisão judicial fora criada no século XVII por Matthew Hale. Segundo Hale, as decisões têm grande peso e autoridade. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

[168] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24. Em consulta direta à William Blackstone, extraímos o seguinte trecho: "But here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land". BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England in four books**. v. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893, p. 67-68. Conferir FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione**: Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 3. É recordado por Ugo Mattei e Laura Nader o fato de o direito norte-americano ter herdado da tradição do *common law* inglês o ideal de enxergar os juízes como oráculos da lei. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 111. Thomas da Rosa de Bustamante assinala: "As Cortes inglesas – nunca é demais repetir – têm plena consciência do poder de criação do Direito que elas exercem, de modo que a prática jurídica de modo geral é marcada pela influência do Positivismo de Bentham, que hoje prepondera sobre a denominada "teoria declaratória" acerca da atividade jurisdicional, que dominou o cenário até o início do século XIX. [...] Em uma palavra, as cortes de justiça passam a ter, em si mesmas, autoridade para ditar e criar o Direito [...]". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 48-49.

[169] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 80.

[170] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 33

Na visão de Bentham, o *common law* é um direito marcado por extrema fragmentariedade, desordem e dispersão, ao ponto de não poder ser chamado de direito[171]. O repúdio de Bentham ao caráter fragmentário e disperso do *common law*, composto por miríade de casos, o leva a propor, incisivamente, a alteração do direito, projeto a ser levado a cabo por meio da codificação. Utilitarista que foi, Bentham esforçava-se para transformar o direito em instrumento de felicidade para um grande número de pessoas[172]. Mais uma vez, recorremos à narrativa de R. C. Van Caenegem:

> Bentham defendia a codificação em nome da cognoscibilidade (outra palavra que ele cunhou) e sentia que um Direito embalsamado em milhares de casos espalhados ao longo de muitos séculos não podia ser cognoscível para as pessoas. Mas como se poderia esperar que o cidadão vivesse segundo o Direito se ele não tinha como conhecê-lo? Os eloquentes apelos de Bentham, logo traduzidos para o francês e influentes no continente, não empolgaram o establishment na Inglaterra, onde o judiciário opôs-se vigorosamente a eles. [173]

Embora Bentham tenha sido opositor do *common law*, suas propostas teóricas acabaram por colaborar no reforço daquela tradição. A crítica benthaniana sobre a incerteza do direito emanado das cortes, somada à de Austin, não levou à codificação do direito inglês, mas, juntamente com outros fatores, colaborou para a criação de um critério de maior certeza no uso dos casos anteriores. Eis que surge, a partir desse panorama, o desenho do precedente vinculante, uma criação capaz de servir aos interesses do Estado e de determinados grupos hegemônicos.

O debate sobre as fontes do direito e a função exercida pela jurisdição invade o século XX e mostra-se presente até os nossos dias. As afamadas teorias positivistas de H. L. A. Hart e Hans Kelsen[174], dentre outras, dão prosseguimento ao tema e novos capítulos são escritos na

---

[171] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 84. Conferir CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 18.

[172] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 18.

[173] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 33.

[174] Pertinentes são as advertências de Rosemiro Pereira Leal, ao tratar da sedutora, porém arriscada teoria kelseniana: "O pensamento de Kelsen representa a maior proeza da inteligência jurídica para ocultar a complexidade causal da realidade histórica. É um monumento à fuga filosófica e a mais alienante teoria de que se tem notícia no Direito e a mais sedutora construção jurídica do pensamento autocrático a despeito de sua proposta de neutralidade ideológica e de autolegitimação, que, é claro, serve a qualquer direito, mas que se liberta do **fetiche**, do sagrado, das cosmogonias, do panteísmo humanista, embora crie um outro **mito** que é a norma régia e **fundamental** de origem abstrata no cerne da humanidade, como se fosse a primeira e eterna rainha da colmeia normativa". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 18.

teoria do direito, a partir do contraponto apresentado pelas linhas teóricas dos não-positivistas[175].

O século XX não apenas é palco da acirrada rivalidade entre positivistas e não-positivistas, mas se torna berçário de uma genuína revolução no direito, gerada a partir de inúmeros fatores, dos quais indicamos quatro, que consideramos os principais. Referimo-nos, aqui, à rivalidade entre os modelos de atuação do estado[176]; à revolução linguística[177]; à remodelagem dos direitos promovida por sua constitucionalização, notadamente no segundo pós-guerra[178]; e, por fim, à mudança paradigmática no modo de se enxergar o processo, que, de mera ferramenta do exercício da jurisdição[179], encontra seu verdadeiro lugar, como ambiente propício à formação do direito e fiscalizador do modo de exercício do poder[180].

Caso existam dúvidas residuais quanto a importância de aceno às fontes do direito e a problemática do positivismo, temas que orbitam a atual aplicação de precedentes, Ronald Dworkin, notável teórico americano, nos ajuda a desatar o nó. Para ele, é clara a influência da teoria de Jeremy Bentham nas universidades inglesas e norte-americanas, berço do *common law*. Uma das ramificações da teoria benthaniana, quer dizer, sua parte conceitual, corresponde ao positivismo jurídico, teoria aprimorada contemporaneamente por autores do quilate de H. L. A. Hart[181], mas que, desde Bentham, nega a possibilidade de existência de direitos naturais[182]. O esqueleto do positivismo revela a aplicabilidade de regras não em conformidade com seu

---

[175] Conferir, em especial, o exposto no último capítulo, que versa, de modo detalhado, o processo democrático e a proposta dworkiniana como premissas de utilização de precedentes judiciais.

[176] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 40-69.

[177] Entre tantos, conferir: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 239-331; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Nova Cultural, 1999; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014, p. 497-631; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 142-147; VESTING. Thomas. **Teoria do direito:** uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP: linha direito comparado), p. 79-83.

[178] NUNES, Dierle José Coelho; NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro.** Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, v. 189, p. 1-35, 2010, p. 15-18. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

[179] NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro.** Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, v. 189, p. 1-35, 2010, p. 18.

[180] O tema será retomado nos capítulos seguintes.

[181] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XI.

[182] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XIV

conteúdo, mas a partir do seu ***pedigree*, ou seja, sua origem e atendimento à certas etapas de formalização.** O direito dos positivistas (como Bentham, Austin e Hart) é, resumidamente, explicado por um modelo de regras. Desse modo, na hipótese de inexistência ou dubiedade na atribuição do direito aplicável, preceituam os positivistas, resolve-se tal complicação pelo reconhecimento de uma textura aberta[183].

Dentro desse viés positivista, não é possível desassociar a noção de textura aberta hartiana e a discricionariedade[184]. Outro positivista, Hans Kelsen, invoca a existência de uma "moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação"[185], apontando-se, desse modo, a liberdade de escolha do juiz[186]. Repita-se, verificada a antinomia ou lacuna na regra a se aplicar, a escolha caberia ao juiz. Em um ordenamento jurídico governado por decisões judiciais, ao se adotar uma ótica positivista, não há qualquer garantia de certeza quanto ao futuro do caso. A antiga preocupação de Bentham, resumida pela expressão *dog law*, paradoxalmente, não é afastada pelo positivismo[187], pois é possível que o cidadão se comporte de determinada forma, inspirando-se naquilo que entende ser o direito, mas a possibilidade de escolha dentro do quadro ou da moldura altere o resultado do caso. Assim como o desinfeliz cachorro de Bentham, a parte é hostilizada por algo que não pode prever[188].

O exame das fontes do direito não poderia ser encerrado sem um aceno pouco mais otimista. Se a história nos conta e a atualidade confirma a inquietação do jurista dos nossos dias diante da temática, é necessário perceber que o problema das fontes se soma a outros e, unidos, orbitam o direito pretensamente democrático.

É constatável a ocorrência de proliferação legislativa, bem como a pluralidade dos centros de produção normativa, seja nacionais, privados ou supranacionais[189]. Do mesmo modo, a busca por interesses pessoais dos membros das casas legislativas não figura apenas

---

[183] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 34-35. Segundo Hart: "todas as normas têm uma penumbra de incerteza na qual o juiz precisa escolher entre alternativas". HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 16.

[184] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 54-55. Lembra Dworkin as três possibilidades distintas de se verificar a discricionariedade. Conferir Dworkin, DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 108-109.

[185] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, *p.* 390.

[186] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, *p.* 393.

[187] Não se pode, contudo, ridicularizar Bentham. Ao mencionar a expressão *dog-law*, referia, como é intuitivo, principalmente à esfera do direito penal, por influência de outros pensadores da época, principalmente o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei que o preveja. O pensamento de Bentham mereceu lembrança por parte dos formuladores da Exposição de Motivos do CPC/2015.

[188] A ficção da certeza jurídica vendida pelo positivismo é descortinada pois, como assinala Ronald Dworkin, uma vez que se parte do poder discricionário, o juiz legisla *novos direitos* e os aplica retroativamente. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 127; 132-133.

[189] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

como desconfiança popular, mas já há casos concretos capazes de atestar a falência do processo legislativo[190], que, inclusive, talvez seja o ambiente mais propício à implementação de projetos capazes de gerar verdadeiro retrocesso de direitos assegurados constitucionalmente[191].

No mesmo sentido, não raras vezes, o judiciário assume funções originariamente atribuídas a outros órgãos exclusivamente em decorrência de arriscadas e inconstitucionais omissões legislativas[192]. Estes são apenas alguns indicativos que comprovam que a gincana em favor da predominância de um dos poderes ou funções do Estado não passa de uma fantasia, que distorce o verdadeiro problema, que é a ausência de efetiva oportunidade de participação e fiscalização no exercício do poder.

Ao abordar a criação do direito pelos juízes, Mauro Cappelletti afirmara que se trata de "nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado"[193]. O mesmo autor ressalta que a verdadeira discussão diz respeito aos modos, limites e legitimidade na criatividade judicial[194]. Não se adere à integralidade das reflexões de Cappelletti, mas é possível dar razão a ele no momento em que revela preocupação com a legitimidade da criatividade judicial.

Como acentuam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e outros, "o estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de Direito na alta modernidade"[195]. Não seria pertinente relutar contra o "poder" exercido pelos juízes no dizer o direito, cuja atribuição é constitucional. Precisamos, ao contrário, promover um efetivo balizamento desse exercício de poder a partir de premissas teóricas consistentes e alinhadas ao projeto democrático previsto na Constituição.

Nasce uma melhor expectativa em termo de uso do direito jurisprudencial ao reconhecermos a complexidade dos ordenamentos contemporâneos. Voltado à essa discussão,

---

[190] A crise na função legislativa pode ser vista a olhos nus, dispensando-se, portanto, maiores remissões doutrinárias. No entanto, um aspecto específico não poderia permanecer encoberto. Trata-se da total degeneração da política (claro, se não for muito ingenuidade crer que em algum momento da história ela tenha desempenhado um papel íntegro) a partir do investimento de grandes conglomerados financeiros nas campanhas eleitorais. Assim, grandes empresas promovem doações bipartidárias (leia-se, multipartidárias) de tal forma que, independentemente dos candidatos eleitos, determinados interesses econômicos considerados cruciais serão preservados. Com isso, direta ou indiretamente compra-se o legislativo ("Poder" Legislativo e "Poder" Executivo) e o direito passa a ser forjado sob a influência destes grupos de interesse. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 263.

[191] Sobre algumas perigosas tendências de retrocesso que fervilham no Brasil, conferir: NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 101, p. 61-96, 2010, p. 69.

[192] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6-7.

[193] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 24.

[194] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25.

[195] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96.

Dworkin imagina um ambiente jurídico composto por diversos padrões[196], contrariamente aqueloutro ordenamento composto unicamente por regras, como idealizado pelos positivistas, cuja interpretação se dá prioritariamente por critério semântico[197]. As decisões judiciais anteriores (e os precedentes) não são desprezados pelo pensador. Ao contrário, o que já fora decidido anteriormente possui aquilo que o teórico denomina de força gravitacional[198]. A enunciação da força gravitacional, extraída de Dworkin, alinhada à teoria comparticipativa do processo[199], torna-se fundamental ao manejo de um sistema precedencialista, como ficará mais claro ao final.

2.4 As universidades e a formação do jurista inglês

Dentro do feixe de fatores que colaboraram para a fixação do modelo de precedentes, não se pode desprezar o modo como se deu a formação do jurista inglês e a dinâmica de funcionamento do ensino jurídico. No direito inglês, como veremos de modo mais detalhado, o ensino universitário somente se torna mais relevante à formação jurídica a partir do final do século XIX.

Mas o fato de os práticos ingleses não terem acesso à universidade, não significa dizer que não havia uma forma de aprendizado e exercício comuns da atividade jurídica. Desde o final do século XIII, o desenvolvimento dos *Reports* assumiu importante papel, assim destacado por Dolores Freda:

> Essas coleções foram compiladas, a partir do final do século XIII, por estudantes de direito, profissionais, advogados e juízes, primeiro de forma anônima e segundo uma ordem cronológica anual (os chamados Year Books.). Em seguida – a partir do início do século XVI – com a indicação do nome do report (os chamados Private ou Named Reports). Eles foram originalmente elaborados de forma privada, para uso pessoal, sem qualquer oficialidade e, pelo menos até a segunda metade do século XVI, sem qualquer intenção de publicação[200].

---

[196] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 35-39.

[197] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 41-52; 126-127. Ao criticar o critério semântico, nasce em Dworkin a ideia interpretativa de romance em cadeia e as capitais noções de coerência e integridade no direito. Conferir DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 226-254. DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275-285. Falou-se em noções capitais em razão do disposto no art. 926 do CPC/2015.

[198] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 174-180.

[199] 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.36, n.199 , p. 41-82, set. 2011.

[200] Tradução livre, no original: “Tali raccolte erano compilate, a partire dalla fine del XIII secolo, da studenti di diritto, praticanti, avvocati e giudici, prima in forma anonima e secondo un ordine cronologico annuale (i ed. Year Books), poi - dagli inizi del XVI secolo - con l’indicazione del nome del reporter (i ed. Private o Named Reports). Esse erano originariamente redatte privatamente, per uso personale, senza alcuna ufficialità e, almeno fino alla

Os *law reporting* logo assumiram uma dupla função. Eram, por um lado, um didático instrumento de aprendizagem, intimamente ligados à educação jurídica desenvolvida nos *Inns of Court* e, ao mesmo tempo, serviam como espécie de manual de instrução do complexo sistema procedimental vigente, portanto, assim como um manual prático-procedimental, se tornaram indispensáveis ao aprendizado e êxito na profissão forense[201].

Tendo em vista que os *reports* apresentavam natureza privada (não oficial) e, ainda, o fato de terem sido utilizados e compilados conforme os interesses dos práticos, não eram dotados de qualquer uniformidade. Tinham livre circulação e nem sempre reproduziam com fidelidade os casos compilados. Se constatavam, realmente, numerosas abreviações, repetições e omissões[202]. A predominância de interesses comerciais fez com que se publicassem compilações sem qualquer esmero e, não raras vezes, continham traduções errôneas, tornando-se alvo fácil de críticas[203].

Três tipos de *Reports* podiam ser encontrados entre os séculos XVI e XVIII, variando entre si em razão da qualidade e autoridade de seus autores. Com o desenvolvimento da impressão e o passar dos anos – mas apenas a partir do século XVIII – os *Reports* se tornam dotados de uniformidade, precisão e confiabilidade. E são essas características as responsáveis pelo aumento do uso das decisões passadas. A passagem das compilações manuscritas para as impressas gerou a identidade de seu conteúdo e, desse modo, os casos decididos anteriormente ganham maior autoridade[204].

Buscou-se, no direito inglês, a padronização, a melhoria conteudística e o barateamento dos *Reports*. Uma comissão instituída pela *Law Amendment Society* apresentara um relatório, em 1849, indicando a necessidade de organização das decisões judiciais, igualando-as à publicação dos *statutes*[205]. Portanto, esperava-se alcançar maior segurança do direito

---

seconda metà del XVI secolo, senza alcun intento di pubblicazione". FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 53-54. Conferir TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas.** Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, *p.* 157.

[201] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 54. Advogados e juízes se valiam dos *reports* como uma espécie de prontuário da atividade jurídica quotidiana.

[202] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 55-56

[203] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 56-57.

[204] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 58-59.

[205] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 66-67.

compilado, tendo sido constatado, desse modo, um claro paralelo entre o direito legislado (dos *statutes*) e aqueloutro extraído das decisões judiciais. Em 1865, forma-se o *Council of Law Reporting*, ulteriormente nominado de *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, cujos *Reports* servem à boa administração da justiça, com atributos de oficialidade[206].

Ao se voltar os olhos para a dinâmica dos *Reports*, é possível atestar que aquelas compilações serviram de substrato ao modelo de precedentes judiciais. Assenta-se, a partir do emprego dos *Reports*, um modo de praticar e **pensar** o direito, reforçado pelo surgimento de um vocabulário jurídico próprio, tornando os juristas ingleses familiarizados com aquela forma comparativa de julgamento dos casos. Como lembra Dolores Freda, há uma clara associação entre a padronização, difusão e utilização dos *Reports* e a regra do *stare decisis*, percepção que nos parece absolutamente acertada[207].

A fisionomia praxista do direito inglês, retratada pelo uso dos *Reports* é igualmente ilustrada pelo modo de ensino aos aspirantes à carreira jurídica.

Ao contrário do ensino levado a cabo no Continente, na Inglaterra, quem pretendesse seguir a carreira jurídica deveria buscar o conhecimento preferencialmente junto a um profissional tarimbado. Conforme descrição de R. C. Van Caenegem:

> É de conhecimento geral que o *common law* inglês é uma criação dos juízes régios e que o papel dos professores de Direito e do estudo teórico – a "ciência jurídica" – tem sido marginal no decorrer dos séculos. Nenhum contraste poderia ser maior do que o contraste entre este desenvolvimento inglês e sua contraparte continental, pois ali o impacto do "Direito dos professores" foi da maior importância[208].

---

[206] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012p. 76.

[207] "A publicação havia também assegurado uma maior divulgação das coleções -, sem dúvida, menos caras do que as cópias manuscritas - e, portanto, uma mais rápida circulação das mesmas, contribuindo de modo determinante à sucessiva afirmação da doutrina do stare decisis. A disponibilidade de um grande número de cópias de textos iguais, de facto, teria permitido aos advogados para tanto a comparação que a citação repetida dos casos, recuperados, dos quais seria reconhecida, desta forma, uma autoridade aumentada gradualmente ao longo do tempo". Tradução livre, no original: "La stampa avrebbe, inoltre, garantito una più ampia diffusione delle raccolte - indubbiamente meno costose rispetto agli esemplari manoscritti - e, dunque, una più rapida circolazione delle stesse, contribuendo in modo determinante alla successiva affermazione della dottrina dello stare decisis. La disponibilità di un gran numero di copie di testi eguali tra loro, infatti, avrebbe consentito ai giuristi sia il raffronto che la ripetuta citazione dei casi richiamati, ai quali sarebbe stata riconosciuta, in tal modo, un'autorevolezza via via maggiore nel tempo". FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 58. Com base na obra de Dolores Freda, podemos constatar, de fato, a indissociabilidade entre *law reports* e *stare decisis*. A padronização dos *Reports* (verificável por sua redação e forma de citação) ajuda a explicar a doutrina do precedente vinculante, na medida em que havia uma constância técnica no uso dos casos passados. Conferir FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 78.

[208] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 37.

Realmente, como o ensino universitário desempenhava atribuição inexpressiva[209], os jovens, desejosos por seguir a carreira jurídica, eram compelidos a obter conhecimentos jurídicos com a prática, normalmente em alguma das *Inns of Court* ou em um escritório de advocacia[210]. Aprendia-se a carreira jurídica assim como o ofício de sapateiro, com a observação do mestre e o contato com a prática[211].

Ao redor da *curia regis*[212], a partir do século XIV, formam-se organizações corporativas de juristas, denominadas *Inns of Court*[213]. Eram quatro as *Inns of Courts: Inner Temple; Middle Temple, Gray's Inn e Lincoln's Inn.* As *Inns* não foram oficialmente fundadas. Inicialmente serviam apenas como acomodação para advogados que se deslocavam a Westminster, mas com o tempo ganham feição de entidades de ensino da carreira jurídica[214], em paralelo com as universidades, embora o método fosse inequivocamente diferente do típico ensino universitário[215].

Desde o início das *Inns*, séculos se passaram, até que houvesse uma efetiva mudança das coisas. Nas palavras de R. C. Van Caenegem:

> Foi apenas no século XVIII que o Direito inglês foi considerado um tema digno de ser ensinado em uma universidade – na França, o Direito nacional adentrara a universidade no século XVII. Novas matérias não conseguiram acesso às faculdades facilmente. Charles Viner (falecido em 1756) deixou uma dotação para uma cátedra de Direito inglês na Universidade de Oxford e foi com o primeiro ocupante dessa Cátedra Vineriana que o Direito inglês entrou para o currículo. Tratava-se de Sir William Blackstone, cujas excelentes palestras foram a base dos seus *Commentaries on the Laws of England*, justamente famoso como última grande exposição do Direito

---

[209] R. C. Van Caenegem menciona a reduzida importância da doutrina, dos professores e ciência jurídica no direito inglês. CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia**.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42.

[210] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 109.

[211] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42.

[212] A *curia regis* era o Conselho Real, também denominada por Losano como a Corte de Guilherme I. LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325; SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa:** da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 151.

[213] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

[214] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 110-111. Ainda conforme exposição de Dolores Freda: "Os *Inns of Court* foram definidos, a partir da era Tudor, como a Terceira Universidade da Inglaterra". Tradução livre, no original: "Gli Inns of Court sono stati definiti, a partire dall'età Tudor, «the Third University of England»". FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione**: Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 111.

[215] Nos tempos inaugurais do *common law*, Oxford e Cambridge, lembra R. C. Van Caenegem, forneciam ensino no Direito Canônico e Civil. A formação do estudante inglês, fora de Oxford e Cambridge, se dava em uma das *Inns* e era prevalentemente prática. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 113.

> inglês tradicional antes do ataque do século XIX, com as suas Leis de Revogação e Judicatura[216].

A partir do século XIX, é iniciada uma disputa sobre a forma adequada de ensino jurídico. Alguns preferiam que se desse nas universidades (como Dicey), enquanto outros sugeriam que o ensino do direito inglês ficasse a cargo das *Inns of Court*, as clássicas escolas de aprendizagem jurídica. Havia, ainda, quem defendesse a incumbência do ensino jurídico pela própria profissão jurídica[217].

O governo inglês se incomoda com a dispersão do ensino jurídico, do mesmo modo que os advogados se sentem desarmados em relação aos seus colegas do Continente, já que o direito inglês não se mostrava como **instrumento adequado ao império global que havia se tornado a Inglaterra**. Esse cenário estimula a criação do *Select Committee on Legal Education*, que, após promover uma ampla investigação no ensino jurídico não apenas na Inglaterra, conclui por sua insuficiência e sugere uma ampla reforma do sistema de ensino[218]. Os comissários se seduziram com o ensino na Alemanha e também com o praticado nos Estados Unidos, principalmente em Harvard[219].

O ensino universitário passa a se apresentar como importante passo da formação do jurista inglês[220]. Ademais, a preponderância do ensino universitário é alcançada a partir do momento em que se tornara vocacionado à análise, clarificação, racionalização, conceituação, sistematização e exposição do direito e, por conseguinte, transmissível às gerações futuras. Consolida-se, a partir de então, a era dos juristas acadêmicos[221]. Em decorrência dessa nova era, a literatura jurídica ganha maior espaço e se apresenta como mais um fator indispensável à configuração de um modelo de precedentes.

Compreende-se melhor a tradição do *common law* com a percepção da forte imersão do jurista nos casos passados. Desde os *Year Books*, passando-se pelas obras que inauguram a

---

[216] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 131-132.

[217] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43-44. Além das *Inns* e universidades, outros centros de ensino jurídico são criados, como a *Law Society* (a partir de 1833) e o *Dublin Law Institute*, fundado em 1839. FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 161-162.

[218] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 163-164.

[219] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 167-168.

[220] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 182-188.

[221] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 190-191.

literatura do *common law*, bem como o treinamento desenvolvido nos *Inns* e a conexão dos práticos com um vocabulário jurídico específico, é esse o modo de formação do jurista inglês e é dele que surgirão técnicas sofisticadas de uso performático dos precedentes judiciais.

A despeito de inexistir, nas origens do *common law*, teorias argumentativas que pudessem amparar e fornecer regras da argumentação em torno da utilização do precedente judicial, é possível verificar a presença de um dever argumentativo implícito, pois a simples busca por semelhanças e diferenças representa um estágio inicial dos processos argumentativos.

Feita a enunciação sobre o modo pelo qual se desenvolveu a dinâmica de aprendizado do jurista inglês, deve-se fazer um breve excurso, imprescindível à melhor visualização do problema nuclear do presente trabalho, ou seja, a hipótese de mutação do ônus argumentativo do advogado frente ao novo sistema processual. O tema será abordado minuciosamente em capítulo próprio, mas, por ora, algumas considerações se fazem urgentes.

Pela forma com que vêm sendo operadas as reformas processuais no Brasil, implementando-se, por lei, diversos institutos visando ao reforço do direito jurisprudencial, fala-se, inclusive, na inauguração de um sistema de precedentes judiciais.

Tal sistema de precedentes, no Brasil, acaba por efetivar uma mudança paradigmática, na medida em que se atenua o vínculo do jurisdicionado ao direito legislado, mas, de modo oposto, torna-se mais rigorosa e efetiva a aplicação do direito jurisprudencial, notadamente aquele que se origina dos tribunais superiores.

A partir do momento no qual se constata a referida mudança sistêmica, os jurisdicionados – claro, por meio do advogado, indispensável ao processo[222] – se deparam com a exigência de consideração do direito jurisprudencial e, por conseguinte, o dever de respeito aos precedentes judiciais.

A dita mudança de paradigma é tão intensa que exigirá um remodelamento do ônus argumentativo dos sujeitos processuais. Essa assertiva é vista de modo mais tangível pela constatação de ter sido o CPC/2015 forjado a partir do respeito ao precedente judicial ou, se não for para usar expressões de origem estrangeira, em atenção ao direito jurisprudencial. Isso porque, são inúmeras as técnicas estruturadas no Código que reforçam o poder de influência dos casos passados sobre os casos a serem decididos.

Na visão de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., a hipótese sobre a **mutação do ônus argumentativo frente ao sistema de precedentes**, conforme descrita, é tão clara e

[222] Art. 133 da Constituição da República.

insofismável, que o autor fala mesmo na existência do **princípio da inércia argumentativa**[223], que, inclusive, teria lastro constitucional[224].

Voltando-se à abordagem do direito inglês, Ataíde Jr. lembra o fato de ter a doutrina do *stare decisis* surgido devido à pequena quantidade de leis, situação na qual os advogados ingleses se viam obrigados a recordar aos juízes como determinados casos semelhantes haviam sido decididos no passado. Tratava-se, desta forma, de uma prática "conveniente para juízes e advogados"[225].

Ao se analisar o aprendizado do jurista inglês, já vimos que a argumentação se dava – e isto ocorre ainda hoje – naturalmente, **com base nos casos**, daí a expressão *case law*. Portanto, o denominado ônus argumentativo, que pode aparentar extenuante[226] aos olhos de um prático brasileiro, integra com naturalidade até mesmo a fase de preparação do jurista quando pertencente a um dos países da tradição do *common law.*

Por certo, a instituição de um sistema de precedentes e, consequentemente, a percepção da existência de um método de trabalho peculiar, no qual se exige a comparação **performática** entre os casos, em virtude do ônus argumentativo imposto aos sujeitos processuais, nos leva a repensar a responsabilidade das partes, assim como ficará mais claro ao final, na trilha daquilo que já fora exposto por Dierle Nunes:

> Percebe-se, ainda, que, na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social, que somente poderá ser alcançada sobre o fio condutor do policentrismo processual e da comparticipação, capazes de implementar uma

---

[223] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 378. É preciso deixar claro que o autor diferencia o "princípio da inércia", que exige, para início de atuação dos órgãos jurisdicionais, a provocação da parte; do "princípio da inércia argumentativa", sendo este uma norma que "impõe (a) um forte ônus argumentativo àquele que litiga defendendo tese em sentido contrário a precedente, ou ao magistrado que se afasta da *ratio decidendi* de precedente, ao decidir caso posterior semelhante; bem como que (b) mitiga o ônus argumentativo àquele que advoga tese em consonância com precedente, ou ao magistrado que segue a *ratio* de precedente, ao decidir posterior caso semelhante". ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379.

[224] Assim é que, para o autor, o princípio da inércia argumentativa teria base normativo-constitucional, cuja justificativa seria dada a partir de determinados **fins** a serem alcançados, como a isonomia, fundamentação adequada, segurança jurídica, coerência, previsibilidade. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 390.
ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 380.

[226] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379.

> responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais, segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos provimentos[227].

A mutação referente aos ônus argumentativos aos quais se submetem os sujeitos processuais ao longo do *iter* recém-inaugurado pelo CPC/2015 pode ser melhor ilustrada através da comparação entre os dois estilos judiciais, ou seja, de um lado, o estilo francês – também conhecido por *phrase unique* – e, por outro, o estilo discursivo das cortes inglesas[228].

No estilo francês da *phrase unique*, típico da Corte de Cassação, a decisão consiste em resultado de um simples silogismo e então, exige-se que as duas partes da decisão (fundamentos e parte dispositiva) integrem uma única frase, de tal forma que a estrutura gramatical exige uma correspondência necessária entre as referidas partes[229]. De modo mais completo, relata Eugênio Facchini Neto:

> O desenvolvimento histórico do estilo francês de sentenciar não revela a existência de uma influência doutrinária ou de aplicação de um modelo legislativo. Trata-se de um puro produto empírico das cortes francesas, forjado e desenvolvido dentro do próprio sistema judiciário. Durante o Ancien régime as sentenças francesas não eram motivadas. Na época da introdução do dever de motivação, em 1790, prevalecia a ideologia de uma rígida separação dos poderes. A lei escrita, elaborada pelos representantes do povo, era a única fonte de direito. A tarefa das cortes consistia apenas em aplicá-la, não de interpretá-la (até porque a ideologia revolucionária, impregnada de filosofia iluminista, pressupunha que as leis fossem claras, completas e coerentes, o que supostamente tornaria desnecessária a atividade de interpretação). Nesse ambiente, uma sentença com estilo "argumentativo" pareceria uma tentativa de interpretar a lei, sendo isso vedado. Portanto, os motivs franceses, especialmente aqueles do Tribunal (depois Cour) de Cassation, parecem ser mais as premissas de um 'ato de vontade', isto é, a vontade do Estado, revelada pela Corte, do que propriamente uma sentença. Este estilo permaneceu praticamente inalterado na França ao longo dos últimos dois séculos. Todas as decisões judiciais, especialmente aquelas da Corte de Cassação, são uma clara manifestação deste estilo, seja pelo seu conteúdo, seja pela sua estrutura e pelo seu estilo linguístico. Toda a motivação é desenvolvida através de uma série de frases justapostas, cada uma delas introduzidas pela fórmula " attendu que …" ("considerando que…"). Nas decisões da Corte de Cassação restam ausentes quaisquer referências aos próprios precedentes, aos de outros tribunais, ou à doutrina; tais referências são, aliás, raras também nas decisões das cortes inferiores. É óbvio que os juízes franceses levam em consideração, de forma atenta, os fatos da causa. Esta atenção, porém, não é revelada na estrutura formal da decisão. Analisando-se a decisão, do ponto de vista da sua verbalização, tem-se "a impressão de que a decisão deriva diretamente do texto de lei, com auxílio da varinha mágica da subsunção". Todos os esforços vão no sentido de tornar o texto da sentença denso e conciso. As

---

[227] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 50.

[228] Conferir: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16-75.

[229] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16-17. Para Goutal, as cortes francesas se valem da dedução e nada além da dedução. GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. vol. 24, n. 1, pp. 43-72, 1976, p. 45.

> decisões da Cassação, por exemplo, raramente ultrapassam as quatro ou cinco páginas, sendo que na maioria das vezes elas não vão além de poucas linhas (sic)[230].

Acrescente-se, ainda com base no interessante texto de Neto, que, "qualquer elemento que não seja essencial para a decisão é tido como supérfluo e é mal visto" e, portanto, "quando se admite um motivo suficiente para cassar a decisão, os ulteriores motivos são abandonados"[231]. Por certo que o aproveitamento efetivo de um sistema de precedentes passa pela mudança de mentalidade quanto aos casos passados, alterando-se de modo reflexo diversos aspectos do sistema processual, inclusive – e este é um aspecto da maior importância – quanto à exigência de fundamentação das decisões, de tal forma que não se pode pensar na função de decidir como uma mera barreira formal a ser superada pelos decisores e, com isso, permitir a ocorrência do esvaziamento do princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Perceba-se, no que diz respeito ao estilo característico das cortes inglesas, não se adota o método do silogismo, mas, diversamente, as decisões são discursivas, personalizadas e abertas à discussão de valores, políticas e cuja justificação se dá por argumentos bem desenvolvidos[232], começando-se por uma longa introdução, com a abertura aos processos discursivos[233]. De modo assemelhado à Inglaterra, a sentença, nos Estados Unidos, é exaustiva, portanto, nada parecida com aquelas forjadas a partir do estilo francês[234]. A propósito, é importante perceber que o modo de justificação das decisões judiciais possui vínculo estreito com a civilização jurídica de cada país[235].

---

[230] NETO, Eugênio Facchini. **A sentença em perspectiva comparada;** estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Revista de processo. vol. 235/2014, p. 407-433, set. 2014 (versão eletrônica), p. 4.

[231] NETO, Eugênio Facchini. **A sentença em perspectiva comparada;** estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Revista de processo. vol. 235/2014, p. 407-433, set. 2014 (versão eletrônica), p. 4. As sentenças italianas se assemelham mais às francesas, isto é, contêm motivação simples e às vezes até apodítica, pois dispensa-se sólida argumentação. NETO, Eugênio Facchini. A sentença em perspectiva comparada; estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Revista de processo. vol. 235/2014, p. 6.

[232] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 43. Conferir: TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 437-460.

[233] Na íntegra: "This distinction is crucial: the French opinion, in which reasoning starts at the first line, is nothing but a pure form of reasoning, whereas the English opinion, in which reasoning appears only after a lengthy introduction, is a discursive process, incidentally integrating various forms of reasoning". GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. vol. 24, n. 1, pp. 43-72, 1976, p. 46.

[234] NETO, Eugênio Facchini. **A sentença em perspectiva comparada;** estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. Revista de processo. vol. 235/2014, p. 407-433, set. 2014 (versão eletrônica), p. 3.

[235] GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. vol. 24, n. 1, pp. 43-72, 1976, p. 43. Em complemento, perceba-se que, o "caminho da justificação", como aponta Jena Louis Goutal, varia de acordo com três elementos: 1) o tamanho das decisões; 2) os esquemas de raciocínios empregados pelos juízes e; c) e o tom de opiniões. GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. vol. 24, n. 1, pp. 43-72, 1976, p. 43.

Ao considerarmos que a decisão judicial deve ser vista como o resultado do efetivo diálogo entre as partes, adotando-se, desta maneira, a perspectiva do contraditório como garantia de influência e não-surpresa[236], a tão falada aproximação do sistema jurídico brasileiro à tradição do *common law* repercutirá não apenas na remodelação do estilo de julgamento mas, igualmente, tende a demandar toda uma mutação dos ônus argumentativos que recaem sobre os sujeitos processuais, deixando-se ressalvado, no entanto, que não há razão para empolgação diante do aproveitamento de técnicas e institutos do direito estrangeiro, ou mesmo dos estilos destacadas, tendo em vista que o referido modelo de *common law* também padece de imperfeições, a começar pela prevalência, no direito inglês, do positivismo jurídico, conforme se verá no próximo item.

2.5 O precedente vinculante: uma criação despótica

Tendo em vista que o trabalho se inclina ao estudo do ônus argumentativo do advogado frente ao sistema de precedentes, não seria possível avançar sem uma mínima compreensão do precedente. Por intuição, o relato histórico apresentado até aqui já dá várias pistas. Mas a inferência decorrente da abordagem apresentada carece de melhor explicação. Ademais, é fundamental bem compreender o precedente para que, na sequência, seja possível abordar sua adjetivação, ou seja, o precedente vinculante.

O precedente judicial, presente não apenas nos países da família do *common law*[237], é visto por alguns como garantia na contenção do arbítrio[238]. Esse tipo de argumentação em prol

---

[236] NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório:** uma garantia de influência e de não surpresa. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007.

[237] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 310; ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, *p.* 82; CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 28; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997

[238] "Essa proteção contra a arbitrariedade aumenta à medida em que os precedentes judiciais adquirem autoridade. No período de formação do common law, com efeito, o juiz ainda goza de um poder amplo de apreciação, para dizer o que constitui regra do direito; mas quando as decisões são multiplicadas, torna-se moralmente, pelo menos, um prisioneiro deles até certo ponto. A publicação de compilações de sentenças, a existência de obras doutrinárias fundadas em tais decisões, a autoridade de Coke expondo o direito, supõe, por outra parte, que o juiz é normalmente considerado vinculado pelo precedente. Não o é até o século XIX, como já foi dito, quando será realmente obrigado a segui-lo, mas desde o final do século XVI, e, portanto, antes do período colonial americano, afirma-se que os precedentes são a melhor prova da lei". Tradução livre, no original: "Esta protección contra la arbitrariedad aumenta a medida que los precedentes judiciales adquieren autoridad. En el período de formación del common law, en efecto, el juez goza todavía de un poder bastante amplio de apreciación, para decir lo que constituye regla de derecho; pero cuando las decisiones se multiplican, se hace, moralmente al menos, prisionero de ellas hasta

do uso dos precedentes se dissemina e ganha tonalidade ainda mais sedutora ao se entrelaçar o aspecto identitário dos povos inglês e norte-americano ao sistema jurídico do *common law*, pois se passa a acreditar que os demais países, como o Brasil, considerados periféricos, necessitariam de alcançar um ideal ético, cuja fonte inspiradora situar-se-ia apenas na Inglaterra e nos Estados Unidos[239]. Nesse ambiente precedencialista, os tribunais e cortes de natureza superior desempenhariam papel de maior relevância, definindo **eticamente** o que é e deve ser o direito.

Contudo, a exaltada defesa do papel preponderante dos tribunais e cortes supremas, na incumbência de dizer o que é o direito, encobre e encoraja o surgimento de um fenômeno jurídico hábil a gerar um verdadeiro colapso, por isso mesmo criticado por alguns acidamente[240], a saber, a sobreposição da atividade jurisdicional a outros poderes, prática fecunda ao desencadeamento de atitudes capazes de elevar o judiciário ao patamar de censor ou superego da sociedade[241]. Não se trata da mera disputa entre as fontes, mas do superpoder exercido pelo judiciário[242].

---

cierto punto. La publicación de las recopilaciones de sentencias, la existencia de obras doctrinales fundadas em esas decisiones, la autoridad de Coke exponiendo el derecho, suponen, por otra parte, que el juez se considera normalmente ligado por los precedentes. No será sino hasta el siglo XIX, como se ha dicho, cuando se verá realmente obligado a seguirlos; pero desde fines del siglo XVI, y, por consiguiente, desde antes del período colonial norteamericano, se afirma que los precedentes son la mejor prueba de la ley". Em outro trecho esclarecem: "Nada sorprendente es que, en estas condiciones, el common law aparezca como el baluarte de las libertades contra el absolutismo real. Es ensalzado particularmente por Coke y Blackstone y por los jueces, y venerado. Se considera la expresión misma de la razón. Estar sometido a sus reglas es, para todo ciudadano inglés, un "privilegio", un "derecho innato"". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 165-166.

[239] Com muita estranheza se depara com o livro "A Ética dos precedentes", de Luiz Guilherme Marinoni, que parece sugerir uma subalternidade do Brasil em relação a Inglaterra e Estados Unidos, pelo fato de não termos adotado ainda um sistema rígido de precedentes obrigatórios/vinculantes. Conferir MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[240] É bastante amplo o material que compõe o rol de críticas. Entre tantos, cita-se: 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.36, n.199 , p. 41-82, set. 2011; MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015; FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito:** reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012; FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado democrático de direito,** volume 4. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014; GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016; LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

[241] MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

[242] Vemos um exemplo emblemático do grande poder exercido pela Suprema Corte americana, pois esta decidiu a eleição presidencial disputada por George W. Bush e Al Gore. Para um resumo do caso, conferir: WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Na disputa entre Bush e Gore, venceu a visão voluntarista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/dissenso-bush-gore-venceu-visao-voluntarista#sdfootnote13sym acesso em 04/09/2016. Sobre o caso *Bush v. Gore*: CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 156; GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Oxford/New York:

O precedente não pode ser conceituado[243], mas pode ser visto como produto da tradição do *common law*, forjado lentamente ao longo dos tempos.

Decisões judiciais esparsas e a profusão legislativa geradora de numerosos *statutes*[244], revelando verdadeiro desarranjo, incentivaram a busca por um critério de certeza. Com a já apontada rejeição inglesa da codificação, a solução à dispersão judicial é dada pela invenção de um critério capaz de vincular os juízes e também as cortes aos casos anteriormente julgados. As decisões do passado deveriam ser preservadas ou, se preferir, estabilizadas.

Segundo Mitidiero, há longa data, pelo menos desde Bracton, havia a invocação de precedentes, mas, nessa fase, a sua força restringia-se à mera ilustração ou explicação, pois o direito era explicado pelas razões de decidir contidas nos casos passados[245]. A partir do momento em que se entrelaça o precedente à declaração do direito, fenômeno surgido, ainda

---

Oxford University Press, 2008, p. 90-94. Conferir ainda o interessante texto de Oscar Vilhena Vieira, direcionado ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal no Brasil. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV. 4 [2] jul/dez. 2008. p. 441-464. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf Acesso em 04/09/2016; DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 133-148.

[243] Claro que surgem tentativas de conceitua-lo ou, ao menos, apresentar uma noção do precedente. Para Alexandre Freitas Câmara, o precedente nada mais é do que "um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427-428. O trecho apresentado refere-se, claro, a um conceito coloquial de precedente e, devido à sua ligeireza, não fornece elementos efetivamente esclarecedores. Especialmente no Brasil, a coisa é ainda mais complexa, pois o CPC/2015 tenta, em alguma medida, fornecer um conceito legalista de precedente, mas o tema será tratado em item próprio.

[244] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 88-97.

[245] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 28-29. "O direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais [...]. Isso explica a razão pela qual nesse passo da história toda e qualquer decisão judicial tomada em determinado caso era tratada como precedente, bastando a sua inserção nos pleas rolls para assunção de semelhante condição – decisão era sinônimo de precedente". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 29-30. Sobre a perspectiva do precedente como ilustração, vale a pena uma consulta a Duxbury, pois este autor também trata do precedente como exemplo a ser seguido, mas de modo não obrigatório. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 7.

segundo Mitidiero a partir do século XVI, nasce a sua função persuasiva[246], na qual o juiz ainda não se sentia vinculado ao precedente, mas tinha boas razões para segui-lo[247].

O uso do precedente[248], dali em diante, tornou-se mais ambicioso, fato ocorrido pela pena de seus defensores, que se aperceberam da necessidade de ser fortalecido. Isso porque, até a fase persuasiva, cambaleava o precedente, vez que submetido ao jugo do juiz. De modo a ser fortalecido, o precedente deveria desvencilhar-se do estorvo da vontade do juiz e aspirar assim uma plenitude inquebrantável, movimento somente ocorrido a partir do momento em que o próprio juiz se considerou a ele vinculado.

No ano de 1766, no caso *Rex v. Inhabitants of Underbarrow and BradleyField*, Lord Mansfield ensaia o que depois veio a ser compreendido como precedente. Conforme relato de

---

[246] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 32. Relata Daniel Mitidiero: "Os precedentes adquirem uma função persuasiva – servem para decisão do caso, desde que não sejam contrários ao "Direito" – e passam a ser recolhidos em "named reports". Essa é a doutrina que marca efetivamente o início da teoria do precedente e que foi paulatinamente enriquecida por Edward Cook, Matthew Hale e William Blackstone. Nessa perspectiva, o precedente é visto como a principal e mais autorizada "evidence" da existência do Common Law. Essa é a doutrina clássica do precedente judicial inglês, cujo desenho final pode ser encontrado de forma bem-acabada não antes do século XVIII". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33. As fases de ilustração, persuasão e vinculação, que se sobrepuseram, não passam de simplificação do tema, *per si*, dotado de muito maior complexidade. É com olhos voltados a tal complexidade que Mitidiero trata da contraposição entre teoria cognitivista da interpretação e da teoria logicista. Na fase de persuasão, os juízes são realmente vistos como oráculos da lei, pois haveria de existir uma resposta correta, garimpada pelo juiz. Se a resposta não se pudesse encontrar no precedente, não era Direito, mas ao juiz tocaria o direito de encontrá-la, vez que sempre existiu, bastando apenas ser descoberta. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 34-35. Não podemos deixar de mencionar aqui o fato de ter havido, principalmente no século XX, uma notável preocupação dos teóricos e filósofos do direito quanto à decisão como atividade de cognição, no sentido mais complexo possível. Inaugura-se, portanto, uma fase de investigação ampla dos motivos pelos quais se decide de tal ou qual forma. Psicologia, psicanálise e os traumas, filosofia, linguística e teoria do conhecimento, ideologia e epistemologia, relações de poder em seu nível macro ou micro, racionalização e formas puras de dominação, biopoder, a teoria da vontade (schopenhauriana ou nietzschiana), democracia e representatividade, modelos de estado e de economia, o ser e o dever-ser, liberdade e bem-comum e tantos outros são temas que passam a influenciar a ciência do direito, o que nos convence de que toda simplificação, no estudo do direito, é absolutamente inadequada e nos faz acreditar na permantente ignorância na qual estamos mergulhados.

[247] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 36. O problema dessa fase, resume Mitidiero, é o fato de conceder uma "escolha totalmente livre ao juiz". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

[248] FARNSWORTH chega a afirmar que "o uso do precedente é mais uma técnica do que uma ciência". FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 63. Em passagem de Harold J. Berman que retrata a desconfiança de muitos autores na Filosofia, lê-se: "Diz-se, frequentemente, que o Direito Americano, assim como o Inglês, é altamente empírico em seu método; que avança de caso a caso, de problema a problema, procurando soluções práticas sem referência a um estabelecimento sistemático de doutrinas ou uma teoria compreensiva". BERMAN, Harold Joseph. **Origens filosóficas do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 173-182. Essa afirmação, que se bem compreendida, revela-se absolutamente verdadeira e, por pior que pareça, corresponde a uma tendência no direito brasileiro, que fomenta o abafamento de qualquer perspectiva de uso de precedentes de um modo conteudístico e não apenas formal. Pode soar muito estranho, idealista e enganador aos praxistas, mas não é possível concordar com proposta de que a ciência do direito deve se curvar à prática. Conferir FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 14.

Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia, na visão de Mansfield *"não seria oportuno o afastamento dos casos precedentemente decididos e sobretudo a modificação de pronunciamentos consolidados em face dos riscos de graves consequências"*[249].

Com idas e vindas, trava-se uma batalha conceptual sobre a vinculação ou não às decisões anteriores. Contrariamente ao exposto por Mansfield, Lord Eldon, em 1801, sugere que a *House of Lords* não estava limitada às próprias decisões. Entretanto, o próprio Lord Eldon remodela sua opinião e passa a defender, em 1827, o efeito estritamente vinculante do precedente horizontal[250].

---

[249] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa; **Precedentes e a Busca de uma decisão correta.** *In:* THEODORO JR., Humberto (Coord.). (Org.). Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 189. Conforme relato de Dolores Freda: "Da mesma forma, no caso *Rex v. Habitantes de Underbarrow e Bradley-Field*, uma questão relativa à liquidação (atribuição de propriedade) discutidos no mesmo tribunal em 1766, Lord Mansfield afirmou categoricamente que "é melhor, stare decisis". Em sua opinião, ele explica, "não é apropriado para desviar dos casos anteriormente decididos, e isso, acima de tudo para evitar a alteração e modificação de pronunciamentos já consolidados, o que teria consequências graves." Uma afirmação anterior em relação a isso se reenvia em um celebre caso de publicação de sátiras consideradas "sediciosas e escadalosas (...) lascivo e perverso (ou cruel, ou irreverente.)" (Rex v. John Wilkes) de 1770, em que o ilustre juiz, após haver produzido e consultado diversos precedentes relativos a uma questão formal, levantada pela defesa, no que diz respeito ao veredicto de punição do acusado, declara que "é necessário manter a mesma conduta em presença de casos análogos, isto é, aquilo que decidimos hoje deve estar em conformidade aos casos decididos previamente e constituirá um precedente nos casos análogos futuros". Completa, portanto que, é aparente a fidelidade nutrida pelo Lord Mansfield na sabedoria dos seus antecessores: a observância das decisões passadas parece ser a "estrela-guia" destinada a guiar cada decisão.". Tradução livre, no original: "Analogamente, nel caso *Rex v. Inhabitants of Underbarrow and Bradley-Field*, una questione in materia di settlement (assegnazione di proprietà) discussa presso la stessa corte nel 1766, Lord Mansfield afferma senza mezzi termini che «it is best, stare decisis». A suo avviso, spiega, «non è opportuno discostarsi dai casi precedentemente decisi, e ciò soprattutto per evitare di modificare e capovolgere pronunzie consolidate, il che produrrebbe gravi conseguenze». Un'ulteriore affermazione in merito si rinviene in un celebre caso di stampa di libelli «sediziosi e scandalosi (...), osceni ed empi» (*Rex v. John Wilkes*) risalente al 1770, in cui l'illustre giudice, dopo aver prodotto e consultato diversi precedenti relativi a una questione formale posta dalla difesa in ordine al verdetto di condanna dell'imputato, dichiara che «è necessario tenere la stessa condotta in presenza di casi analoghi: ciò che decidiamo oggi deve essere conforme ai casi decisi in precedenza e costituirà un precedente nei casi analoghi futuri». Completa, dunque, appare la fiducia nutrita da Lord Mansfield nella saggezza dei propri predecessori: l'osservanza delle decisioni passate sembra essere la stella polare destinata a guidare ogni sua scelta decisória". FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 7.

[250] "In 1801, Lord Eldon suggested that the House was not bound by its own decisions. In 1898, in London Tramways v. London County Council, it established that it was". DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 42. André Tunc e Suzanne Tunc, com base em Blackstone e Holdsworth, mencionam o surgimento da regra do *stare decisis* ainda no século XVIII. TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 249. Assinala Thomas da Rosa de Bustamante, a insinuação da tese do efeito estritamente vinculante do precedente horizontal por Lord Eldon, em 1827, por ocasião do caso *Fletcher vs. Sondes.* Anos depois – especificamente em 1861 – tal regra é defendida com ênfase e confirma, junto a tantos outros estudiosos, a sedimentação da regra no ano de 1898. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 76-77. Os *Judicature Acts*, de 1873-1875, promoveram uma grande reorganização e reforma do sistema judiciário inglês, sem as quais a doutrina do precedente vinculante não teria alcançado êxito total FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 25. A *Royal Judicial Commission*, nomeada em 1867, foi incumbida de verificar os problemas de funcionamento do judiciário inglês. Verificou-se a necessidade de unificação das jurisdições, bem como de imprimir uniformidade e celeridade aos casos. F FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il

A regra do *stare decisis*[251] tem a primeira teorização completa com o tratado *The Science of Legal Judgment*, de James Ram, em 1834[252]. Aliás, Ram defende expressamente a decisão do tribunal como fonte do direito e, por isso, deveria ser observada nos casos análogos do futuro[253]. A força da vinculação variava, na visão de Ram, conforme alguns critérios distintos. Portanto, conforme a hierarquia do tribunal; se havia opiniões diversas e; se houvesse indicação da *ratio decidendi* do caso[254]. A vinculação aos casos anteriores já demonstrava sua plena importância, no entanto, não era inexorável. Possível era o afastamento do caso anterior, desde que apontadas diferenças em relação ao caso a ser decidido. Trata-se, certamente, do germe da técnica denominada *distinguishing*[255].

O repertório de fatores que contribuíram para a consolidação do modelo de precedentes, como já afirmado, é extenso e provavelmente peca por simplesmente ignorar ou menosprezar uma lista infindável de elementos, incorreção que se dá pela eleição arbitrária e inclinação do pesquisador, quase sempre presente nesse tipo de narrativa.

Já tivemos oportunidade de lembrar o nome de Bentham como idealizador do projeto de reforma, que haveria de levar à codificação do direito inglês. Embora a codificação do direito inglês tenha sido fadada ao fracasso, nos oitocentos, se situa uma grande reforma legislativa, direta ou indiretamente inspirada em Bentham, principalmente porque, logo no início do século, a obra do pensador é difundida por diversos canais e alcança grande penetração na sociedade

precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 45-47.

[251] Segundo aponta Daniel Mitidiero, o *case law* refere-se "ao modo indutivo pelo qual o Common Law se formou ao longo dos séculos", enquanto que a regra do stare decisis, de modo mais exato, significa a "vinculação horizontal e vertical de toda a organização judiciária ao precedente". MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 122. Mitidiero concorda que a regra do stare decisis vai surgir, de modo inequívoco, em 1898, por ocasião do julgamento do caso *London Traimways Co. v. London Contry Council*, na House of Lords e, nos Estados Unidos, nas primeiras décadas do século XX, especificamente no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, em 1932. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 122-123.

[252] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 14-15.

[253] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 16.

[254] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 17.

[255] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 19.

inglesa[256]. Em 1843, o editor John Hill Burton atribui à Bentham a paternidade de pelo menos vinte e cinco reformas[257].

A matriz benthaniana tem prosseguimento com seus discípulos, principalmente com John Austin, este que também apregoara o primado da legislação sobre o direito judicial[258], embora tenha revelado algumas reservas em relação ao pensamento do mestre[259]. Austin então bifurca o poder de legislar. Na sua visão, o poder de "legislar", atribuído aos juízes por ocasião do julgamento dos casos, na verdade derivava da própria delegação do poder legislativo por parte do soberano, seu único e exclusivo detentor, diferentemente da legislação ordinária – essa sim, genuína – que deveria vincular os juízes[260].

Austin de certo modo suaviza as radicais propostas reformistas de Bentham, embora parta das mesmas premissas – ou seja, da desconfiança na atividade judicial de criação do direito e da incerteza que pairava sobre esse modo de gestação jurídica, fragmentário e caótico – e chegue à mesma conclusão do seu preceptor, isto é, à proposta de racionalização e sistematização do direito inglês por meio da codificação, único remédio capaz de pôr fim àquele caos[261]. Após a sugestão de Austin, que propunha a nomeação de uma comissão responsável por colaborar com o Parlamento na proposta de codificação, há uma forte resistência por parte

---

[256] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 99-101. A ideologia de Bentham influencia importantes segmentos da sociedade, alcançando mesmo a alta política, conforme aponta Dolores Freda: "Outro canal privilegiado de difusão das ideias de Bentham era constituído pelas redações de alguns dos principais e mais prestigiosos periódicos benthamianos (as publicações da *London Review*, da *Westminster Review*, da *Edinburgh Review*, do *Jurist* e do *Companhion to the Newspaper*), cujas campanhas midiáticas de publicação eram elaboradas com a finalidade de criar uma opinião pública favorável às causas por esses abraçadas e sob medidas legislativas esperadas e, sobretudo, a fim de propagar aos sujeitos economicamente e politicamente influentes (sobretudo comerciantes e banqueiros, mas também aristocratas). A penetração da ideologia de Bentham na classe dirigente obteve lugar também através do emprego de sujeitos de formação benthamiana na administração pública" Tradução livre, no original: "Altro canale privilegiato della diffusione delle idee di Bentham era costituito dalle redazioni di alcuni dei principali e più prestigiosi periodici filo-benthamiani (la London Review, la Westminster Review, l'Edinburgh Review, il Jurist e i l Companion to the Newspaper), le cui campagne di stampa erano poste in essere proprio al fine di creare un'opinione pubblica favorevole alle cause da essi abbracciate e ai provvedimenti legislativi auspicati e, soprattutto, al fine di propaganda presso soggetti economicamente e politicamente influenti (soprattutto mercanti e banchieri, ma anche aristocratici). La penetrazione dell'ideologia di Bentham all'interno della classe dirigente ebbe poi luogo anche attraverso l'impiego di soggetti di formazione benthamiana nella pubblica amministrazione". FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 101

[257] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 102

[258] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 102-103

[259] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 103.

[260] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 104.

[261] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 105-106.

dos juristas ingleses. Eis que as ideias de Bentham e Austin colaboram para a formação do ambiente ideal de criação de um critério de certeza na prática do direito jurisprudencial. Pensa-se num método capaz de propiciar maior segurança jurídica no uso do direito emanado dos tribunais, mas, por outro lado, há um esforço em reafirmar a tradição inglesa, que atribuía àqueles a dicção do direito, surgindo desse panorama a idealização de um critério mais sólido do precedente judicial, expressado pela regra do *stare decisis*[262].

Além dos motivos anteriormente destacados, é preciso salientar o papel do próprio tribunal inglês na consolidação do precedente vinculante. Em âmbito tribunalício, o precedente vinculante ganha força, dentre outros, com os casos *Mirehouse v. Renel*, de 1833 e *Beamish v. Beamish*, de 1861[263], mas é com *London Tramways v. London County Concil*, datado de 1898, no qual a *House of Lords* se declara expressamente vinculada aos próprios precedentes[264], cimentando, desse modo, a doutrina do precedente vinculante.

A proposta inglesa de acentuada vinculação aos casos anteriores, configuradora de um modelo rígido e capaz de sufocar letalmente o desenvolvimento do direito, sofre uma reviravolta em 1966. Naquele ano, o protagonismo das decisões anteriormente prolatadas pela

---

[262] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 106-107.

[263] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 21-22.

[264] Embora o argumento seja recorrente, Neil Duxbury atenta ao seguinte fato: "A doutrina do stare decisis não veio por causa da criação de uma hierarquia dos tribunais, embora a introdução de hierarquia fez muito para que a doutrina fosse consolidada". Tradução livre, no original: "The doctrine of stare decisis did not come about because of the creation of a hierarchy of courts, even though the introduction of that hierarchy did much to consolidate it". DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, *p.* 56. Nesse contexto de investigação da força vinculante do precedente a partir da hierarquia tribunalícia, Rene David afirma: "Analisa-se a regra do precedente, teoricamente, em três proposições muito simples: 1º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º - As decisões tomadas pelo Court of Appeal constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio Court of Appeal; 3º - As decisões tomadas pelo High Court of Justice impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio High Court of Justice e pelo Crown Court". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429. Contudo, o próprio Rene David reconhece que esse tipo de proposição simplifica em demasia o problema. O texto "Precedenti giudiziali nello *ius commune*" traz indicativos históricos desconcertantes. Segundo o autor, a Inglaterra adotou a prática do precedente vinculante depois de muitos países europeus. Por exemplo, o *Códex Theresianus* austríaco, datado de 1776, obrigava que o juiz recorresse ao soberano, se sentisse necessidade de interpretação da lei. Na França, por sua vez, os juízes eram obrigados a recorrerem ao *référé législatif*, se houvesse a necessidade de interpretação da lei. Em 1746 e 1777, os estados alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt elevam a noção de precedente vinculante ao extremo, pois foi proibido que os tribunais de apelo pudessem modificar os seus próprios precedentes. DOLEZALEK, Gero. **Precedenti giudiziali nello *ius commune*.** *In:* VICENTI, Umberto (org.). Il valore dei precedenti giudiziale nella tradizione Europea. Pádua: CEDAM, 1998, p. 78-80.

Câmara dos Lordes é enfraquecido pelo *Practice Statement,* no qual se conclui pela possibilidade de a Câmara dos Lordes superar os próprios precedentes[265].

Por se mostrar secular e enraizada culturalmente, a vinculação aos precedentes se mantém, embora a flexibilização a partir daí tenha se mostrado notável[266] pois, de fato, a mencionada reviravolta de 1966 havia sido responsável pela possibilidade de superação do próprio precedente da Câmara dos Lordes.

A menção encontrada no título deste item, sobre o suposto despotismo do precedente judicial encontra justificativa. Em primeiro lugar, o resgate histórico, espera-se, foi capaz de demonstrar que o precedente judicial foi forjado a partir de uma disputa de poder. Mais surpreendente é que, alheio à disputa entre legislação e jurisdição, fortalece-se o poder estatal, pela vinculação às decisões anteriores[267]. O triunfo do Estado no que tange ao exercício estratégico[268] de suas razões é assegurado pela formação de aliança com a função exercida pelos juízes.

Outro ponto importante é perceber o decisivo papel exercido pela reforma da legislação em favor do precedente. Esse acontecimento é satisfatoriamente ilustrado pelos diversos atos

---

[265] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 43. Conferir também: CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 5.

[266] Neil Andrews noticia que uma reforma constitucional ocorrida em 2005 que inaugurou a Suprema Corte do Reino Unido, em substituição do Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes. Dando prosseguimento ao modelo de precedentes, essa Suprema Corte vai acompanhar as decisões anteriores, prolatadas pela Câmara dos Lordes, contudo, é marcante a possibilidade de divergir em relação aos precedentes anteriores. ANDREWS, Neil. The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399103 acesso em 02 de setembro de 2016, p. 4-5. Em transcrição completa: "A Suprema Corte vai continuar a acompanhar as decisões da Câmara dos Lordes ou suas próprias decisões. Mas existe a válvula de segurança da Declaração de prática de 1966, que permite a mais alta Corte anular se houver uma mudança significativa da percepção legal sobre um ponto decidido. De acordo com o estudo de Sir Louis Blom-Cooper QC, entre 1966 e 2009, pelo menos 21 decisões da Câmara dos Lordes foram anuladas ou desconsideradas de acordo com essa excepcional licença para divergir do precedente". Tradução livre, no original: "The Supreme Court will continue to follow decisions of the House of Lords or its own decisions. But there is the safety-valve of the 1966 Practice Statement, which permits the highest court to overrule itself if there has been a significant change of legal perception on a decided point. According to Sir Louis Blom-Cooper QC's study, between 1966 and 2009 at least 21 House of Lords decisions were overruled or disregarded in accordance with this exceptional licence to deviate from precedent". ANDREWS, Neil. **The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements.** University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399103 acesso em 02 de setembro de 2016, p. 5. Ainda sobre a Suprema Corte inglesa, conferir também TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 118.

[267] Conferir NUNES, Dierle. **Reformas processuais: estatalismo ou privatismo?** Por um modelo comparticipativo. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 145-152, abr./jun. 2015.

[268] HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** volume 1: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 166-172; WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber:** sociologia. 7. ed. São Paulo, SP: Ática, 1999.

legislativos que, principiados em 1832, culminaram na substancial reforma do direito inglês trazida pelos *Supreme Court of Judicature Acts* (1873-1875)[269].

No século XIX, a coroação desse arranjo institucional intitulado precedente vinculante realmente apresenta aspectos tirânicos, afinal, a reforma, implementada por diversos atos legislativos se deu não por inspiração ou vontade dos membros da profissão jurídica, mas apesar deles[270], cujo objetivo central não era a melhoria conteudística do sistema jurídico, senão a sua otimização, algo que requeria a unificação das Cortes de *common law* e *equity* **numa só Corte Suprema**, **pretendendo-se, desse modo, alcançar a uniformidade e celeridade no tratamento dos casos**[271]. Além da concentração do poder numa só Corte, tornou-se imprescindível a atribuição de maior peso às decisões dela emanadas, sendo este outro traço despótico do precedente vinculante. Trata-se, realmente, da instituição de barreiras pelo próprio sistema jurídico visando a preservação da decisão da Suprema Corte. No direito inglês, é verdade, a imposição de vinculação ao precedente judicial exigiu um refinamento teórico e prático por parte dos juristas e os esforços reverteram ao desenvolvimento de técnicas tencionadas a desvigorar a força descomunal do precedente.

Um sério problema dos países que passam a adotar o instituto do precedente vinculante consiste no fato de a migração de técnicas do direito precedencialista se dar equivocada e parcialmente, agravando-se o quadro de tirania, pois a força do precedente não cede diante do manejo de técnicas anêmicas, sendo estas incapazes, portanto, de blindar a aplicação abusiva do precedente vinculante.

Desde os *Year Books*, os práticos ingleses colecionavam casos anteriores e assumiam relevantíssimo papel no desenvolvimento do direito, **pois tinham o ônus da comparação entre os casos.** Com a imposição da regra do *stare decisis*, a tentativa de escape à autoridade do precedente só é revigorada. O direito inglês, teórica e academicamente anêmico, joga luzes ao desenvolvimento de uma ciência jurídica[272], embora de viés estritamente prático, focada na aplicação racional de casos anteriores.

---

[269] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 25. Apesar de os *Judicature Acts* de 1873-75 serem os mais afamados, foram diversos e graduais os atos legislativos de reforma do direito inglês, como assinala Dolores Freda: *Uniformity Process Act* de 1832; *Common Law Procedure Acts* de 1852, 1854 e 1860; *Chancery Practice Amendment Acts* de 1850, 1852, 1858 e 1860.

[270] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 25-26.

[271] FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 46-47.

[272] O esquadrinhamento entre técnica, ciência, teoria e crítica pode ser visto em Rosemiro. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33-38. Sobre

Em tempos mais recentes, variadas são as tentativas de explicação do precedente judicial. De assentimento generalizado, embora não unânime, é a noção de precedente como "decisões que funcionam como modelos para decisões posteriores"[273]. Tendo em vista a sabida influência da jurisprudência no julgamento de outros casos, algo que poderia gerar obscuridade, Michelle Taruffo delineia a diferença entre precedente e jurisprudência[274].

A tentativa de elucidação do precedente apenas como um evento digno de ser seguido em casos futuros não diz nada além de uma gritante obviedade, incapaz de serenar a angústia, servindo apenas para atestar sua origem judicial[275], diferenciando-o, portanto, da produção legislativa. É a partir dessa debilidade conceitual que se percebe a relevância dos fatores componentes do precedente. Taruffo afirma, portanto, que o núcleo do precedente é formado por dois fatores essenciais, a saber, a *ratio decidendi*[276] e a analogia entre os casos (o anterior e o sucessivo)[277].

---

técnica, conferir ainda: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; PODETTI, Ramiro J. **Teoria y tecnica del proceso civil.** Buenos Aires: Ediar, 1963.

[273] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 2.

[274] "Uma primeira distinção que pode ser levada em consideração é aquela que se impõe entre precedente e jurisprudência. O verdadeiro precedente, de fato, é constituído ou pode ser constituído, de uma decisão que sucessivamente vem ser considerada como uma regra que se aplica também em casos sucessivos. Em vez disso, a jurisprudência é constituída de um conjunto de decisões, que também pode ser numerosos – como no caso da nossa Corte de cassação – e pode incluir centenas ou milhares de decisões sobre as mesmas questões jurídicas. Nada há de estranho, então, se a jurisprudência pode ser – e muitas vezes é – redundante, variável, ambígua e contraditória, porque na mesma questão de direito se pode verificar orientações interpretativas diversas e variáveis". Tradução livre, no original: "Una prima distinzione che va tenuta presente è quella che si impone tra "precedente" e "giurisprudenza". Il "vero" precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da una decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un insieme di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di cassazione - e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perchè sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili". TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale.** In: RAMELLI, Alejandro et al. El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. 1ª ed. Medellín: Universidad de Medellín; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015, p. 19.

[275] Trata-se, por certo, de mero apelo didático, pois os autores reconhecem a dificuldade do assunto.

[276] Como lembra Luiz Guilherme Marinoni: "Não há dúvida que, no sistema de common law, os fundamentos não têm a sua importância condicionada à coisa julgada. Aliás, querer explicar os precedentes obrigatórios relacionando os fundamentos com a coisa julgada constitui grosseiro equívoco. [...] Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. [...] O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

[277] TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale**. *In:* RAMELLI, Alejandro et al. El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. 1ª ed. Medellín: Universidad de Medellín; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015, p. 20. Frederick Schauer apresenta importantes contribuições ao tema ao relembrar a importância dos fatos como critério antecedente à consideração de um precedente, não havendo, contudo, identidade absoluta de um caso anterior e outro contemporâneo. Como condição da identificação entre os casos, são exigidas regras de relevância, estas que, por sua vez, estão subordinadas ao tempo e a cultura, dependendo,

Diante do risco da autoridade do precedente, no direito estrangeiro, o juiz tem à sua disposição um vasto repertório capaz de o livrar da autoridade do precedente[278]. Explicando melhor, de modo geral, na tradição do *common law* o **precedente é sempre levado em consideração**[279], ainda que se aceite a equivocidade do mesmo, razão pela qual emergem técnicas como o *distinguish;* a *technique of signaling;* a *transformation;* o *overruling; overriding; the drawing of inconsistent distinctions*, e ainda algumas variações ou subtécnicas[280].

Já se caminhando para o final deste primeiro capítulo, é preciso atentar para a inexorabilidade do uso de precedentes judiciais no direito contemporâneo, o que nos leva à conclusão parcial de que não há como negar o "fenômeno" de sua utilização, apesar de reconhecermos o déficit teórico brasileiro quanto a sua dinâmica de formação e aplicação. Como não é mais concebível um sistema jurídico que despreze o precedente[281], é necessário enfrentar suas dificuldades e dialogar com esse modelo de precedentes, sendo imprescindível a formalização de críticas quanto às suas aporias.

Não basta, contudo, focar esforços na aplicação meramente praxista do precedente, prática somente compreensível pela constatação de busca por poder, acomodação, faturamento monetário, obnubilação ou persecução de uma eficiência quantitativa para resolução de demandas seriais[282]. Por essa razão, percebe-se que os contornos técnicos do precedente não

---

portanto, do contexto. SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 57.

[278] TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale**. *In:* RAMELLI, Alejandro et al. El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. 1ª ed. Medellín: Universidad de Medellín; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015, p. 20-21.

[279] SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). *Precedentes* - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 55.

[280] Conferir MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327-354; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387-538.

[281] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 275.

[282] Sem dúvidas, um dos grandes desafios a ser encarado pela ciência processual é o modo de atuação da atividade jurisdicional conforme os diferentes tipos de litigiosidade. Como assinalam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia: "Especialmente em face da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, sabe-se que não é possível, na atualidade, esquecer que a ciência jurídica (e processual) precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente, com três tipos de litigiosidade: (a) individual ou "de varejo": sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direitos isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas etc.); e (c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa." NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.** Revista de Processo, v. 189, p. 24.

são capazes de revelar sua faceta mais perversa, que talvez lhe caracterize de modo mais acertado.

Podemos pensar no precedente, para além da linguagem normativo-positivista que o institui ou, de outro modo dito, por uma proposta *metateórica*, como uma estratégia estatal, de gênese e desenvolvimento multifatoriais, que objetiva reservar aos agentes públicos incumbidos do exercício da atividade jurisdicional[283] a preponderância na definição dos institutos jurídicos e na aplicação do direito, formatando-se, desse modo, uma circunscrita estabilização de sentidos, através da qual a jurisdição, por meio de voluntarismos, se situa no ápice da escala hierárquica do direito, enquanto o processo é relegado a um papel secundário, para não dizer estéril.

Deve-se lembrar, entretanto, que a engrenagem do precedente orbita sobre dois momentos fundamentais. De um lado, tem-se o estágio no qual é formado, ou, para dizer de outra forma, a declaração emanada pelo tribunal que, ao decidir o caso, cria uma razão determinante e hábil a ser seguida futuramente em casos semelhantes. Por outro lado, um segundo momento, não menos importante é verdade, diz respeito à inevitável interpretação ou de sua utilização, já que a técnica de uso do precedente não se encerra pelo julgamento do caso, mas exige um aprimorado uso de teorias e técnicas capazes de permitir a extração da razão determinante do caso para a devida aplicação em casos que guardem certa correspondência.

Embora os dois momentos (formação e aplicação do precedente)[284] se revelem distintos, ao se vincular a formação e aplicação do precedente à atividade jurisdicional, abandona-se qualquer perspectiva de implementação de um discurso genuinamente democrático, algo merecedor de repúdio, pois deve-se caminhar para um modelo jurídico no qual o processo (e não a jurisdição) assuma papel central na formação dos direitos[285].

As tentativas de simplificação do problema não o solucionam. Lado outro, constitui um porto seguro ou lugar comum – senso comum teórico[286] - o reconhecimento da legitimidade da construção de um provimento jurisdicional se consideradas cumpridas as etapas estabelecidas

---

[283] Conferir BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 85-95.

[284] Apenas para registro, destaque-se que o problema ganha maior dimensão se pensarmos não na aplicação do precedente, mas no direito como um todo. Na filosofia do direito, alguns autores contemporâneos falam de teorias abrangentes e não abrangentes. As primeiras se preocupam com o conceito de direito e sua aplicação, o que não ocorre nas teorias não abrangentes, que se preocupam prioritariamente do conceito do direito ou de sua aplicação. Conferir ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 163-168.

[285] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 255.

[286] Conferir: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I:** interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 13-18.

na estrutura procedimental[287]. Alguns autores chegam a classificar o processo como metodologia de aplicação de direitos fundamentais, mas esse tipo de rotulagem, embora dotada de sofisticação, não solve as enormes complexidades que orbitam o exercício do poder[288].

Não podemos deixar de mencionar, rapidamente, as dificuldades que envolvem a decisão jurisdicional, seja no âmbito do *civil law* ou *common law*. Neil Duxbury, por exemplo, situa o precedente a partir de uma noção de analogia[289]. Contudo, a própria analogia é incerta, pois parece faltar, principalmente no Brasil, aporte teórico que sirva de base para ordenar essa técnica[290]. A proposta metodológica, que agrada a muitos, também apresenta sérios riscos, na medida em que podem ser encobertas as tramas mais apocalípticas[291].

---

[287] Conferir BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 113-114; FAZZALARI, Elio. Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113.

[288] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v.2, n. 3 e 4, p.89-154, 1º e 2º sem. 1999, p. 119. O aparente tom de crítica não deve ser levado tão a sério. Baracho é um autor bastante sofisticado e, no Brasil, um dos pioneiros no estudo do processo constitucional. Com seu repertório invejável, o autor é digno de abundantes elogios, algo que não poderia deixar de constar aqui. Entretanto, o que se quer dizer, rigorosamente, é que, embora a proposta de enxergar o processo como metodologia de direitos fundamentais colabore para diminuição dos vícios dos atos decisórios, não os sana por completo, se é que isso seria efetivamente possível. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal: "Por último, a circunstância de se ter um *modelo* constitucional do processo não abonaria, por si só, uma teoria de Estado de Direito Democrático, porque tal poderia também ocorrer no paradigma do Estado de Direito ou Social de Direito sem que se abrisse a todos os destinatários da normatividade igual oportunidade processual (exigibilidade) de *auto-inclusão* na fundamentalidade de direitos líquidos e certos coinstitucionalmente assegurados pelo controle processual irrestrito e incondicionado. [...] Não basta, portanto, como salientamos, positivar um *modelo* de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direito fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a autoabertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da racionalidade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 146-147.

[289] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 2. Deve-se fazer justiça ao autor, na medida em que o autor demonstra, ao longo do texto, os pontos nodais do uso de precedentes. Mesmo a analogia é problematizada pelo autor. Mas a citação é feita com o objetivo de apresentar as dificuldades que orbitam as expressões simplificadoras corriqueiramente extraídas de livros jurídicos e da prática.

[290] Sobre analogia na prática de precedentes, ver texto denso, porém esclarecedor de Bustamante. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 502-533.

[291] Conferir: GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: volume 1:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014; AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção:** homo sacer, II, 1**.** São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio), p. 59-63. Ingeborg Maus adverte sobre o equívoco em acreditar na metodologia jurídica. Faz a seguinte afirmação, bem espantosa por sinal: "o método jurídico é um fator decisivo para a função judiciária no sistema nacional-socialista. [...] Se revirmos os posicionamentos oficiais sobre a metodologia no sistema nazista, só poderemos chegar à conclusão de que o judiciário foi sincronizado com o pensamento nazista não por meio da vinculação à lei, mas por meio da vinculação ao valor". MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 51.

Apresentando casos brasileiros, Maurício Ramires cita toscos exemplos de aplicação atabalhoada de precedentes judiciais[292]. Pelo aspecto da justificação do ato decisório, as decisões mencionadas teriam sido fundamentadas a partir de casos anteriores. No entanto, trata-se de justificações – e olhe que nem estamos falando de fundamentação – sem dúvida enganosas. Os casos colhidos revelam uma criatividade ímpar[293] na construção de analogias. Tamanha engenhosidade poderia ser rotulada de cômica, se não fosse trágica. Aquele tipo de raciocínio analógico esboçado nas decisões enlouqueceria um lógico autêntico, pois deturpa as regras da analogia em busca da confirmação da decisão previamente adotada[294].

Esse grosseiro modo de uso de provimentos anteriores carrega em si um grave problema, que diz respeito à convicção do magistrado. Aqui serve bem a advertência de Rui Cunha

---

[292] RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27-29. Nessa linha de raciocínio, não basta, enfim, acreditar na possibilidade de se alcançar a legitimidade do direito pelo procedimento, recordando-se, aqui, da proposta de Niklas Luhmann, que acaba por se inserir em concepções decisionistas da legitimidade, traço típico das correntes positivistas. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Ed. da UnB, 1980, p. 3.

[293] Indaga-se se não seria desleixo ao dever de fundamentação ao invés de apenas uma conduta de excessiva criatividade.

[294] "Estudos empíricos (psicológicos e jurídicos), realizados com magistrados americanos, demonstram que o juiz sofre propensões cognitivas que o induzem a usar atalhos para ajudá-lo a lidar com a pressão da incerteza e do tempo inerentes ao processo judicial. É evidenciado que mesmo sendo experiente e bem treinado, sua vulnerabilidade a uma ilusão cognitiva no julgamento solitário influencia sua atuação. Um exemplo singelo encontrado nas pesquisas, que aclara esta situação, é a propensão do magistrado que indefere uma liminar a julgar, ao final, improcedente o pedido. Por um efeito de bloqueio ficou demonstrado que o juiz fica menos propenso à mudança de sua decisão mesmo à luz de novas informações ou depois de mais tempo para a reflexão. Tal bloqueio cognitivo ocorre por causa da tendência a querer justificar a alocação inicial de recursos (fuga ao retrabalho), confirmando que a decisão inicial estava correta. Tal constatação deve induzir o fomento ao debate como ferramenta de quebra das ilusões e propensões cognitivas. E aqui poderíamos ampliar no caso brasileiro para o uso de ementas de julgados e súmulas sem reflexão e como âncoras facilitadoras dos julgamentos, com o único sentido privado de otimizar numericamente o número de decisões. Faz-se uso de súmulas e "precedentes" sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a ratio decidendi (fundamento determinante) com algum trecho da ementa ou do voto". NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo e república: uma relação necessária.** Disponível em http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/ Acesso em 03/09/2016. A temática chamou a atenção de Michele Taruffo que, citado por Maurício Ramires, lembra a possibilidade da ocorrência do fenômeno denominado *confirmation bias,* que pode ser visualizado como uma "distorção do raciocínio pela qual, individualizada a priori uma versão dos fatos, tende-se a ter em conta somente aquilo que a confirma e a negligenciar tudo o que a contradiz". RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p, p. 45-46. Conferir também: CORY S. Clements, **Perception and Persuasion in Legal Argumentation:** Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words, 2013 BYU L. Rev. 319 (2013). Max H. Bazerman e Don Moore, em estudos voltados à diversas áreas do conhecimento, como economia, psicologia e negócios, mas perfeitamente aplicável ao direito, afirmam: "os indivíduos desenvolvem regras práticas, ou heurísticas, para reduzir as demandas de processamento de informação do processo decisório. Oferecendo aos administradores formas eficientes de lidar com problemas complexos, as heurísticas produzem boas decisões em uma proporção significativa do tempo. Porém, as heurísticas também podem levar os administradores a fazerem julgamentos sistematicamente enviesados. Os vieses acontecem quando um indivíduo indevidamente aplica uma heurística quando toma uma decisão. BAZERMAN, Max H. MOORE, Don. **Processo decisório.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 18-19. No referido texto, são feitas várias referências aos estudos de Amos Tversky e Daniel Kahneman, aparentemente os primeiros a aprofundarem no assunto. Conferir: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty:** Heuristics and biases. Science, New Series, vol. 185, nº. 4157 (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131.

Martins pois, segundo ele, "estar convicto não é a etapa final de um trajeto epistêmico sem mácula"[295].

Ocorre que a angústia criada pelas aporias no sistema jurídico não pode conduzir a algo ainda pior, ou seja, ao reforço desmedido dos poderes do juiz, com a consequente consideração da atividade jurisdicional como salvadora da chaga social. Aliás, como lembra Nunes, essa proposta de protagonismo do juiz é típica da fase da socialização processual, na qual enxergava-se o processo como instituição de bem-estar social[296], incompatível com o Estado Democrático de Direito. É preciso insistir, a busca por uma resposta correta[297], deve ser vista como uma **ideia regulativa**, não havendo qualquer razão para atribuir ao juiz o encargo de corretor do direito[298]. O processo deve ser compreendido, então, como o ambiente no qual a argumentação dos

---

[295] MARTINS. Rui Cunha. **O ponto cego do direito:** the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16. Segundo argumento de Cunha, inspirado em Niklas Luhmann, existem redutores de complexidade que operam a partir de estratégias de esquematização e generalização. O problema é que a realidade se torna, de certo modo, **encenada**, com base em uma semântica preexistente. MARTINS. Rui Cunha. **O ponto cego do direito:** the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

[296] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82-86.

[297] Afirma Ronald Dworkin: "Antecipo uma objeção filosófica a essas conclusões: a de que estou tratando o direito como uma "onipresença ameaçadora no firmamento". Já me referi a pessoas que emitem juízos sobre o que a lei exige, mesmo nos casos em que o significado da lei é ambíguo e indeterminado. Falei de casos nos quais um homem pode pensar que a lei exige uma coisa, ainda que a Suprema Corte tenha estabelecido que exige outra e mesmo quando não parece provável que a Suprema Corte venha a mudar de idéia em breve. Portanto, serei acusado de adotar o ponto de vista de que existe sempre uma "resposta correta" para uma questão jurídica, a ser encontrada no direito natural ou guardada a sete chaves em alguma caixa-forte transcendental". (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 330-331). O núcleo da tese de Dworkin sobre a "resposta correta", que representa, insista-se, uma ideia regulativa, é bem exposto pelo seguinte trecho: "Este livro não respeita esses sentimentos modestos. Nos capítulos 2 e 3, por exemplo, oponho-me à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir os casos difíceis. Admito que os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra. No capítulo 4, descrevo um processo de decisão que atribui conteúdo a essa reivindicação; mas não afirmo (na verdade, nego) que esse processo de decisão levará sempre à mesma decisão nas mãos de diferentes juízes. Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização. Portanto, a tese de que não há resposta correta é hostil à tese dos direitos que defendo". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 430. Portanto, fica muito claro que, em Dworkin, a resposta correta surge como **produto do processo** e não do sentimento personalíssimo de justiça do julgador.

[298] Dierle Nunes, ao tratar da fase da socialização processual, lembra que Bülow considerava o juiz como espécie de porta-voz avançado do sentimento do povo. Nunes destaca, ainda, o equívoco de se acreditar no aprimoramento do sistema jurídico mediante a boa escolha de juízes. Em citação literal, afirma: "Percebe-se, ainda, que a proposta alardeada por linhas recentes da sociologia ou do Direito Processual, que buscam o aprimoramento do sistema jurídico mediante a boa escolha de juízes, seu decorrente ativismo judicial e a aplicação solitária do direito com sensibilidade, encontra parte de suas raízes nos pensamentos de Menger e Bülow, na doutrina, e de Klein, na legislação. A defesa "atual" de que, para uma melhora do sitema jurídico, deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) **tão-somente** dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma comparticipação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo". NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103-104.

sujeitos processuais, dada em efetivo contraditório, seja capaz de influir verdadeiramente nos atos decisórios.

Considerando-se que o processo decisório é influenciado por inúmeros fatores[299], pode-se afirmar, embora ainda de modo incipiente, a necessidade de deslocamento da centralidade da produção do direito da atividade jurisdicional para o processo, o que parece não coadunar com a formação de um sistema no qual os precedentes assumem caráter de *topoi*[300] e deixam de ser problematizados. Certamente que ainda falta muito a ser dito sobre isso, mas precisamos, antes, compreender a forma com que o modelo de direito jurisprudencial (ou jurisdicional), metamorfoseado em um *sistema* de precedentes, irradiou-se para outros países do mundo, deslocamento que nem de longe representa uma proposta de aperfeiçoamento dos direitos do povo[301], mas, contrariamente, carrega em si um projeto de poder muito mais sofisticado, como se verá no próximo item.

Reconhecer que o precedente judicial vinculante é despótico, deriva, na verdade, da percepção da existência de um elemento de artificialidade ou, dito de outro modo, trata-se de uma invenção baseada em um racionalismo estratégico[302]. E mais, se a decisão é formada para assumir função prospectiva, torna-se perigosamente capaz de comprometer o futuro antes mesmo de se alcançá-lo[303]. Essa perspectiva desmascara visões de certo modo românticas, voltada ao entrelaçamento harmonioso do precedente aos costumes, como se o reconhecimento judicial emanado correspondesse ao triunfo do povo, sedento por alcançar a chancela estatal dos seus lídimos anseios e modos de vida.

Um regime de precedentes vinculantes, inspirado no ideal de maximização de equidade e previsibilidade cobra um preço alto, pois se constata a clara possibilidade de decisões serem

---

[299] Como veremos na sequência, alguns juristas norte-americanos reconhecem expressamente a influência de inúmeros fatores na tomada de decisões judiciais.

[300] Conferir, sobre tópica: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. Para uma crítica ao uso da tópica no processo, conferir: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica:** (in)compatibilidade entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

[301] A expressão povo é bastante duvidosa. Conferir: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Giorgio Agamben, a partir de uma análise linguística, verifica que a palavra povo se identifica com os excluídos. AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim:** notas sobre a política. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015, p. 35-38. Conferir ainda BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 75-83; GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?:** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101-141; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 31-41; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 116-138.

[302] Conferir a abordagem de Jürgen Habermas sobre agir comunicativo e agir estratégico. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 78-80.

[303] SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 51.

prolatadas de modo consequencialista e em prejuízo ao caso a ser decidido[304]. Abre-se espaço para a forjadura de decisões generalizáveis com base em critérios de ponderação que contrapõem direitos fundamentais mediante uma prestidigitação dissimulada numa complexa metodologia aritmética anunciada como portadora de grande racionalidade[305].

Portanto, falando-se em linguagem dworkiniana, há sério risco de quebra da **resposta correta** no caso a ser apreciado, com o pretexto de fixação do precedente prospectivo[306].

Assim, essa criação precedencialista, não raras vezes, impulsiona o predomínio estatal[307] e, para usar uma passagem de Niklas Luhmann, "os tribunais, se comparados com os legisladores e contraentes, trabalham num autoisolamento cognitivo de intensidade muito maior"[308]. Há um risco evidente, pois, o entrelaçamento entre passado e futuro presente[309], passa a ser decidido perenemente pelo judiciário. Decide-se o que foi, o que é, e o que será, muitas vezes autocraticamente.

Ainda teremos oportunidade, adiante, de destacar a necessidade de subordinação do direito jurisprudencialista (ou precedencialista) às teorias democráticas do processo e do direito, sem esquecer dos ganhos da filosofia da linguagem, aqui, imprescindíveis ao avanço democrático.

É de significativa importância perceber, como conclusão parcial deste capítulo, o fato de que a aparente disputa por fontes do direito não passa da luta por parcelas de poder que, igualmente, orbitam em torno das estratégias estatais de dominação e planificação[310]. Bem compreendidas tais premissas – pouco românticas é verdade, a despeito de não serem necessariamente céticas – temos condições de desacreditar as soluções salvacionistas cotidianamente trazidas em obras jurídicas e, inescapavelmente, perceber que o Estado não se

---

[304] O argumento é exemplificado com números por Frederick Schauer. SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 68-71; 79.

[305] Referimo-nos, aqui, à teoria discursiva de Robert Alexy e a sua fórmula do peso. Conferir: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 154-159.

[306] SCHAUER, Frederick. Precedente. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 80.

[307] Para Norberto Bobbio, a formação do Estado moderno acarreta uma mudança da função do juiz pois, se antes era visto como órgão da sociedade, transforma-se em órgão do Estado. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28.

[308] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 430.

[309] LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 436.

[310] Conferir: HAYEK, F. A. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 89-100. Ver também a proposta de Scott J. Shapiro. O jusfilósofo empreende uma repaginação do positivismo jurídico a partir da noção de plano e planificação. Em nossa visão, a proposta de Shapiro não se mostra menos equivocada do que a de outros positivistas, como Kelsen e Hart. Em Shapiro, o voluntarismo é indisfarçável, pois, ao basear suas reflexões em planos, deixa à mostra o predomínio da vontade. SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 159-241. Lembrar, aqui, da passagem kelseniana que trata da interpretação como ato de vontade. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 392-395.

estriba em premissas virtuosas. No tocante aos órgãos e funções estatais, padecem do mesmo vício, motivo pelo qual não há ali qualquer austeridade que justifique a crença na legislação, jurisdição ou administração estatais. Essas considerações não podem ser olvidadas, pois há uma forte tendência de aposta no aspecto virtuoso das Cortes Supremas, como teremos oportunidade de aprofundar.

O aproveitamento de fragmentos do sistema processual estrangeiro torna-se bastante arriscado a partir da percepção dos elementos conjunturais que o formaram. Portanto, a implementação de um sistema de precedentes por meio de lei, embora justificável – em razão da própria exigência constitucional (art. 5º inciso II da CR/88) – representa um modo bastante peculiar de sua inauguração, cuja estrutura deve ser visualizada de modo experimental e por isso mesmo analisada com toda cautela.

Fala-se muito em convergência de famílias ou tradições jurídicas, mas o ponto a ser seriamente examinado é indagar de que forma institutos e técnicas estrangeiras poderiam ser aproveitadas em nosso ordenamento, sem desfigurar ou piorar o já claudicante direito brasileiro.

No próximo capítulo, orbitando sobre a pergunta fundamental: o que é a convergência de sistemas?; veremos como o direito inglês exerceu influência noutra potência mundial – os Estados Unidos –, e toda a expansão da tradição do *common law*.

3 DIÁLOGO DE TRADIÇÕES E A EXPORTAÇÃO DO *COMMON LAW*

3.1 A exportação do *common law* para os Estados Unidos da América

3.1.1 Alguns apontamentos históricos

Aponta Harold J. Berman que não há identidade entre as decisões dos juízes das Cortes inglesas e os respectivos livros ingleses escritos nos séculos XII e XIII, com o modo de funcionamento hodierno do direito americano[311], entretanto, afirma o autor, "os inglêses que colonizaram a América nos séculos XVII e XVIII trouxeram com êles o conceito da Europa Ocidental da supremacia da Lei, incorporado à histórica tradição inglêsa" (sic) [312].

O triunfo do sistema precedencialista se dá com aquela que pode ser considerada como uma das mais significativas remessas sistêmicas, a saber, o transporte do direito inglês para a colônia americana, já que ali o sistema encontrou terreno fértil à maturação, e pôde desenvolver toda sua potencialidade como ferramenta de um projeto de império, como veremos adiante.

O aviso anterior sobre o recorte histórico é, nesse momento, relembrado, pois a busca direciona-se à compreensão conjuntural do precedente judicial e, portanto, não tanto a investigação histórica pormenorizada do sistema do *common law* ianque[313].

Assim como o idioma e a cultura, é natural que os colonizadores busquem implantar na colônia o sistema jurídico da metrópole, algo que não foi diferente na colonização dos Estados Unidos. Esse fato é retratado pelas cartas de estabelecimento inglesas, que previam a aplicação, na colônia, do direito inglês. Portanto, segundo André Tunc e Suzanne Tunc, não se tratava, a rigor, de um direito recebido, mas sim transportado[314].

---

311 BERMAN, Harold Joseph. **O fundamento histórico do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 12-13.

312 BERMAN, Harold Joseph. **O fundamento histórico do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 17. A considerável autonomia dos estados-membros americanos que, no entanto, precisam caminhar em paralelo com a União; a existência de uma Constituição escrita e rígida; o papel desenvolvido pelas universidades e a tendência americana à codificação podem ser apontados como elementos que aproximam os Estados Unidos do *civil law*. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58-59.

313 Desaconselhando a busca por respostas definitivas e completas sobre a história do direito americano, André Tunc e Suzanne Tunc: "La historia del derecho norteamericano no ha sido escrita nunca, ni lo será jamás, tanto a causa de la dificultad intrínseca de la materia, resultante de la división del derecho entre las colonias o Estados y de la falta de documentación sobre ciertos períodos, al menos en ciertas colonias, como por la falta de un suficiente número de investigadores interesados en los estudios hitóricos. Continúa, pues, siendo en gran parte conjetural". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 167.

314 TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 169.

Mas tal transporte se deu de modo reservado. Isso porque, havia grande disparidade entre as condições sociais da Inglaterra e Estados Unidos e, ademais, o direito inglês era considerado demasiadamente técnico, até mesmo incompreensível para ser aplicado na maior parte das colônias. Faltavam juízes, advogados, obras doutrinárias. Esse cenário tornou-se propício à simplificação americana do direito inglês[315].

Segundo E. Allan Farnsworth:

> A História dos Estados Unidos caracteriza-se sobretudo pela rapidez de seu processo evolutivo. Mal decorreram três séculos e meio desde o início do período colonial, geralmente datado do primeiro núcleo colonial inglês, em Jamestown, Virgínia, em 1607. Em menos de 200 anos desde a sua declaração de independência, em 1776, as 13 colônias com menos de três milhões de habitantes, agrupadas junto à costa do Atlântico, tornaram-se 50 Estados de 185 milhões de habitantes, em uma extensão que ultrapassa o território contido entre os dois Oceanos[316].

A partir de 1634 é iniciado, em Massachusetts, um movimento a favor da codificação, que aparentemente deixa os Estados Unidos muito próximos da adoção do direito continental de cunho romano-germânico, mas que acaba abandonado[317]. O *common law* tem uma recepção extraordinária nas colônias, até porque permite que cada uma promova uma adaptação, com uso de normas mais simples e flexíveis do que o direito inglês[318]. Como não havia sistematização, a administração da justiça em solo americano recorria à Bíblia e também às leis da natureza. As particularidades americanas fizeram com que a Inglaterra permitisse que o direito americano se desenvolvesse desse modo peculiar e, nesse sentido, a processualística era marcantemente informal. No entanto, a Inglaterra exerceu certo controle sobre a colônia por exemplo, ao declarar nula uma lei de Connecticut[319].

A Revolução Gloriosa foi recebida com grande entusiasmo nas colônias da América, pois havia insatisfação em relação aos governos locais e com o tempo nasce uma certa identidade entre os colonos e a metrópole[320].

---

[315] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 169-170.
[316] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 3.
[317] Recorda Grant Gilmore o fato de ter Jeremy Bentham elaborado e apresentado ao presidente Madison, em 1811, um projeto de código federal amplo, mas não aceito, por já ter sido o sistema de *common law* implantado em definitivo. GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 37. Sobre tal proposta de Bentham, conferir ainda BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 88-89.
[318] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 171-173.
[319] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 12.
[320] PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011, p. 97-98.

Para E. Allan Farnsworth, a compreensão do sistema jurídico americano só é alcançável a partir do entendimento da fusão das colônias individuais em uma nação, tese que desemboca no estudo da Revolução americana. Essa ocorreu, segundo aquele relato, por três razões determinantes, a saber, a) a busca da Grã-Bretanha por maiores receitas, com a exigência de contribuição da colônia; b) o desejo dos comerciantes ingleses na manutenção de regulamentos de comércio e, por último; c) a dificuldade de controle da metrópole sobre os territórios, o que estimulou a formação de um desautorizado Congresso na Filadélfia, no ano de 1774, pouco antes da luta entre colônias e metrópole, que não tardou a irromper. Após o Segundo Congresso Continental, já em meio ao conflito, seguiu-se, em 1776, a Declaração de Independência[321].

Antes de se apontar o modo pelo qual se apresentou o *common law* inglês no território americano após independência, é fundamental ter em mente que, antes mesmo do episódio da Declaração de Independência, os colonos americanos já possuíam um forte sentimento constitucional e, para usar uma passagem de Farnsworth, "desejavam ardentemente garantir para si os mesmos direitos de que gozavam os inglêses" (sic)[322]. Esse aspecto – ou seja, o sentimento jurídico na pré-independência – nos dá uma chave interpretativa imprescindível que demonstra o porquê de o *common law* inglês ter sido adaptado em terras americanas. Era inevitável a adoção de um modelo racional de aplicação do direito, mas deveria aquele se ajustar à cultura americana.

De fato, os registros históricos nos informam a aceitação do direito inglês após a independência (1776), mas não qualquer direito, senão "o direito inglês modificado pelas leis e decisões judiciais do período colonial e incluído por práticas locais cuja origem já havia sido esquecida"[323].

---

[321] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 4-5.

[322] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 5.

[323] Tradução livre, no original: "el derecho inglés modificado por las leyes y las decisiones judiciales del período colonial, e incluso por prácticas locales cuyo origen había sido ya olvidado". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 180. Não se pode esquecer da face equívoca e complexa da história, repleta de idas e vindas, hábitos pouco heterogêneos, embora sempre se busque uma uniformidade. Nesse sentido, mostra-se oportuna a narrativa de FARNSWORTH, pois, segundo ele: "A Revolução provocou uma retração da influência do Direito inglês em alguns dos novos Estados, graças à antipatia política. Em alguns, o sentimento antibritânico foi ativado através de leis que proibiam a citação de decisões inglêsas proferidas após a independência". FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 14. Grant Gilmore chega a usar a expressão "anglofobia". GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 33.

A Constituição, assinada em 1787, aprovada pelo Congresso em 1788, é fruto da passagem de uma ideia de liga para formação de uma união federal[324], na qual se secciona o poder entre a união e os estados[325].

A interpretação da Constituição caberia, lembra E. Allan Farnsworth, à certos especialistas, surgindo daí a criação da Corte Suprema e cortes inferiores, competentes para decidir sobre questões constitucionais[326]. Dando prosseguimento, completa Farnsworth:

> Em 1789, o Congresso aprovou a primeira Lei Judiciária que dispunha expressamente sôbre revisão judiciária federal em determinados casos. A lei implantou o capítulo judiciário da Constituição, criando tribunais federais de instância inferior e definindo sua jurisdição de acôrdo com a da Suprema Côrte. Os tribunais estaduais já haviam exercido, com base nas constituições estaduais, contrôle judicial de legislação estadual e continuam a assim proceder, ao passo que os tribunais federais, então criados, começaram a impugnar leis estaduais como contrárias à própria Constituição Federal. Era natural que se procurasse regular o processo de contrôle judicial, tendo em vista a experiência do período colonial nesse particular e, além disso, o fato de incluírem as Constituições federal e estaduais noções de limitação de govêrno. O fato de ter o Govêrno federal seus poderes limitados pela Constituição, permitiu que se concluísse pela competência do Judiciário Federal para determinar igualmente os limites dos podêres atribuídos ao Congresso. Essa conclusão nasceu do voto do Presidente da Côrte Suprema, John Marshall na memorável decisão do caso "Marbury contra Medison, em 1803. Nesse caso, a Côrte Suprema anulou uma seção de uma lei federal, sob fundamento de que o Congresso ao aprová-la exorbitaria de sua competência constitucional. A partir de então, ficou firmemente estabelecido que a legislação federal estava igualmente sujeita a revisão judicial pelos Tribunais federais[327]. (sic)

3.1.2 A formação dos juristas e o precedente nos EUA

---

[324] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 5-7.

[325] A relação entre estados e governo federal, crucial à compreensão do sistema norte-americano, é assim exposta por Toni M. Fine: "Um dos principais temas da Constituição dos Estados Unidos é o federalismo, entendido como uma divisão de poderes entre diferentes soberanias. No caso dos Estados Unidos, entre o governo nacional/federal e os governos dos estados. Como discutido anteriormente, o governo federal possui poderes muito fortes, porém limitados. Esses poderes costumam ser chamados de poderes taxativos, uma vez que a autoridade do governo nacional restringe-se àqueles aspectos taxativamente enumerados ou previamente listados na Constituição. Como discutido na parte A, o governo federal tem competência para regular uma ampla gama de atividades, entre as quais se incluem: relações internacionais, comércio interestadual, propriedade intelectual, questões relacionadas à concorrência, energia e meio ambiente, bancos e finanças, segurança de produtos, entre muitas outras. O restante dos poderes governamentais está alocado nos estados". FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 18-19. A relevância do papel desempenhado pela Constituição é assim exposta por José Alfredo de Oliveira Baracho: "Em vista da existência dos Estados e o sentimento público que defendia sua condição de autônomos, dentro de suas respectivas esferas, o governo federal tinha que ser um sistema de poderes limitados. A Constituição escrita devia partir desse entendimento, seus artífices entenderam que o governo federal atuaria diretamente sobre os cidadãos e não apenas sobre os Estados; está aí a essência de seu caráter nacional". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 206.

[326] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 7-8.

[327] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 8-9.

Feita a referência à Inglaterra, não podemos deixar de mencionar a formação e um pouco da prática do jurista americano. Mesmo antes da Declaração da Independência, avoluma-se o estudo do direito. Advogados ingleses se mudam para os Estados Unidos. Nativos americanos se formam em Londres e retornam à américa e passam a exercer a profissão. Explode a leitura de obras doutrinárias inglesas, como a de William Blackstone[328]. Entretanto, mesmo após a Independência, era comum a prática jurídica por parte de leigos. Isso é bem ilustrado no Estado de Rhode Island, que teve um ferreiro como membro e um fazendeiro como presidente do mais alto tribunal de justiça. Os repertórios de casos são publicados somente no encerrar do século XVIII[329].

À exemplo do ocorrido na Inglaterra, durante certo tempo, a formação do jurista americano preponderantemente se assentou na prática, normalmente, desempenhada num escritório de advocacia, com o complemento da leitura de Blackstone e, mais tarde, de Kent. A partir de 1779 são criadas cátedras de direito nas universidades, bem como escolas de direito independentes, como a Litchfiled, que funcionou entre 1784 a 1833[330], assim como observado por Farnsworth:

> A introdução do método da jurisprudência data da publicação em 1871 de um repertório de casos contratuais, de autoria de Christopher Columbus Langdell, professor da Faculdade de Direito de Harvard, contendo uma coleção ordenada de casos e respectivas decisões pelos tribunais superiores, para uso dos estudantes. Êle chegara à conclusão de que a maneira mais fácil e breve de dominar os poucos princípios básicos nos quais se baseia o direito era estudar as decisões nas quais se torna efetivo. [...] A partir do momento em que os professôres de direito principiaram a fornecer a seus alunos coleções de jurisprudência, iniciou-se a tendência a abandonar o método tradicional de preleções e passou-se ao método de propor questões e discutir com os estudantes os casos por êles prèviamente estudados – em suma, o chamado método socrático. Em virtude dos casos provirem de diversas jurisdições, nem sempre havia perfeita analogia entre êles, o que fêz com que o método assumisse um aspecto comparativo no qual se exigia do estudante uma apreciação das leis em conflito em uma determinada situação[331].

Segundo expõem os defensores deste método, ele compele o estudante "a colocar, analisar, apreciar e comparar situações de fato concretas, utilizar fontes". Em conclusão, "o

---

[328] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 13.
[329] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 14.
[330] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 21.
[331] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 25.

método o educa nos segredos e técnicas da profissão, além de desenvolver sua capacidade de análise, raciocínio e expressão"[332].

A compreensão adequada do direito americano, no entanto, exige a percepção do contexto teórico no qual se funda – ou, ao menos se pretendeu fundar – o referido modelo de *common law*, com suas particularidades que destoam do direito inglês, já que, neste último predomina como pano de fundo da utilização dos precedentes judiciais a adesão ao positivismo jurídico. Por tal razão, mostra-se necessário fazer uma brevíssima digressão sobre o método anteriormente indicado, pois a compreensão do afamado realismo jurídico americano[333] depende do prévio entendimento dos métodos de ensino que, por sua vez, inserem-se num quadro maior, o de manejo do direito.

O período compreendido entre a Guerra Civil e a Primeira Guerra Mundial é bastante relevante na análise do direito norte-americano, pois advogados, juízes e professores haviam sido extremamente confiantes, crendo não apenas que estariam servindo à justiça, mas também se viam como servos da verdade[334], tendo por símbolo a figura de Christopher Columbus Langdell, sendo este responsável por nortear o pensamento jurídico americano por cinquenta anos[335].

Segundo Grant Gilmore,

---

[332] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 26. Conferir CAVERS, David F. **O ensino do Direito nos Estados Unidos.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 160-161.

[333] "No início deste século, John Chipman Gray e, mais tarde, Oliver Wendell Holmes publicaram apresentações céticas do processo judicial, desmascarando a doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes. Essa abordagem cética foi ampliada nos anos 20 e 30, transformando-se no poderoso movimento intelectual denominado "realismo legal". Seus líderes (Jerome Frank, Karl Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem um regra jurídica apropriada como uma racionalização. Os realistas exigiam uma abordagem "científica" que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla. A linha principal da teoria do direito norte-americano seguiu essa exigência de realismo e evitou a abordagem doutrinária dos textos ingleses". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 6-7. Apenas para fins de registro, há, além do realismo americano, o escandinavo e o genovês. Quanto ao realismo escandinavo, tem por inspirador o filósofo sueco Alex Hägerston e tem por premissa a busca pela explicação daquilo que o direito "realmente" é, essencialmente do ponto de vista psicológico. É integrado também por Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. De modo geral, os realistas escandinavos são contrários ao idealismo e à ideia absoluta de justiça. KELLY, John M. Uma breve história da teoria do direito ocidental. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 486-490. Por sua vez, o realismo genovês é a denominação dada à escola de jusfilósofos que desenvolvem suas reflexões a com base no pensamento de Giovanni Tarello, a partir dos anos sessenta do século passado. BARBERIS, Mauro. **Um poco de realismo sobre el realismo <<genovês>>.** *In:* BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. (eds.). El realismo jurídico genovés. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 201-202.

[334] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 53-54.

[335] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 54.

> A premissa jurisprudencial de Langdell e seus seguidores foi a de que existe a lei única e verdadeira que, ao ser descoberta, irá perdurar para sempre, inalterável. Essa estranha idéia impregnou, explícita ou implicitamente, toda a vasta literatura produzida pelos langdellianos (sic)[336].

Langdell destacou-se não apenas por ter estabelecido a premissa segundo a qual haveria de existir uma verdade única no direito e que, uma vez descoberta, perduraria para sempre ou, ainda, pelo fato de ter categorizado o direito como ciência e dito ser a biblioteca como o laboratório do jurista. Mais do que isso, Langdell foi responsável pela reforma do ensino e, como reitor da escola de Direito de Harvard (1870-1895), tornou a universidade a mais reconhecida do país[337]. Eis que surge o método do caso, desenvolvido pelo próprio Langdell em Harvard[338], mas que, em 1907, foi adotado por dezenas de escolas de direito[339].

Com Langdell e seus seguidores inaugura-se um movimento vocacionado à estipulação de preceitos comuns e por isso mesmo bem abrangentes. Nesse cenário, a função do jurista passa a ser a extração dos casos decididos corretamente, já que muitos outros são absolutamente inúteis ou equivocados[340].

Há certa semelhança entre Langdell e outro jurista americano, talvez o mais famoso entre todos[341], Oliver Wendell Holmes Jr., mas apenas no que se refere ao fato de ambos terem desenvolvido as suas reflexões atraídos pelas decisões advindas dos tribunais. No entanto, diferentemente de Langdell, que voltara sua atenção aos livros e defendera o formalismo jurídico[342], Holmes desenvolveu todo o seu pensamento a partir de uma concepção

---

[336] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 55.
[337] FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012, p. 34-36.
[338] FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36.
[339] FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.
[340] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 58-60.
[341] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 91-105, 2006, p. 93.
[342] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 91-105, 2006, p. 94.

antiformalista[343], demonstrando que os juristas deveriam na verdade se inquietar com as realidades do processo judicial, assim sendo, a lei tinha menor importância[344].

Ao contrário da proposta de compreensão do direito defendida por um típico formalista, para Holmes, deve-se buscar o ponto de vista de um hipotético malfeitor:

> A confusão da qual estou tratando cerca confessadamente de concepções jurídicas. Tomemos a questão fundamental: O que constitui o Direito? Você pode encontrar alguns escritores dizendo que é algo diferente do que é decidido pelos tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que é uma dedução a partir de princípios éticos ou axiomas admitidos ou não, e que pode ou não coincidir com as decisões. Mas se tomarmos a visão do nosso amigo, o homem mau, perceberemos que ele não se importa com axiomas ou deduções, ele quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra irão fazer de fato. Penso como ele: as profecias do que os tribunais irão fazer de fato, e nada mais do que isso, é o que eu entendo por direito[345].

A passagem não é fortuita, principalmente porque, na visão de Jerome Frank, o malfeitor (homem mau) de Holmes levaria as pessoas inteligentes a admitirem que o centro do mundo jurídico não é a norma, mas as decisões judiciais dos casos concretos[346].

Na mesma época surgem outros juristas que dirigem esforços à elucidação do modo pelo qual os juízes decidem e também pretendem desenvolver uma teoria do direito e, quanto a isso, Richard A. Posner afirma que Holmes, Cardozo, Chipman Gray e Roscoe Pound (mas com

---

[343] "Assim como Bentham havia contestado Blackstone, coube a Holmes contestar os herdeiros de Blackstone. Três características do formalismo causavam aversão a Holmes. A primeira era seu conceptualismo e cientificismo. O formalismo via o direito como um conjunto de princípios, e o raciocínio jurídico como um ramo da pesquisa exata, uma fonte de certezas apodíticas. A segunda, muito parecida, era a natureza estática do formalismo, sua tendência a tratar os casos a partir dos quais eram inferidos os princípios de direito como um conjunto de dados sem qualquer dimensão cronológica, e os próprios princípios como atemporais, a exemplo das proposições da geométrica euclidiana. A terceira característica não aceita por Holmes, e que combinava as duas primeiras, era a separação entre direito e vida. [...] A perspectiva de Holmes era severamente, ainda que imperfeitamente, pragmática". POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 23. Em acréscimo, Posner destaca a visão de Holmes segundo a qual o direito pode ser visto como superestrutura e, por tal razão, convida o estudante a buscar a explicação das regras e seus resultados, doutrinas e instituições fora do direito. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 27.

[344] KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 481.

[345] HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the law.** New Orleans: Quid Pro Books, 2011. (Versão digital Kindle), p. 43. Tradução livre, no original: "The confusion with which I am dealing besets confessedly legal conceptions. Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law". Conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.**. Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 91-105, 2006, p. 95.

[346] KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 483.

destaque para Holmes), haviam lançado as bases do movimento realista[347]. A grande questão aqui é perceber que o realismo jurídico norte-americano usou a máscara da filosofia e do pragmatismo – lembrando que Holmes foi colega de Charles Sanders Peirce no "Clube Metafísico", por eles fundado[348] – para, sob o manto da sofisticação, encobrir a discricionariedade na tomada de decisões, sendo o juiz um legislador intersticial, dada a possibilidade de ele – o juiz – alterar as regras, pura e simplesmente, assim como compreendera Holmes[349].

A referência a Benjamin N. Cardozo se torna ainda mais estimulante pois, além de ser considerado um dos integrantes do movimento realista, este autor acena aos elementos extrajurídicos capazes de influenciar o decisor na tomada de decisões, o que nos faz recordar dos atalhos heurísticos já assinalados, adotados no processo decisório não circunscrito ao direito, visando encurtar o tempo e diminuir os riscos na tomada de decisões. O jurista Cardozo, por sua vez, veio a afirmar:

> Bem abaixo da consciência residem outras forças, os gostos e as aversões, as predileções e os preconceitos, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções que compõem o homem, seja ele litigante ou juiz. [...] No momento, não posso fazer muito mais do que lembrar vocês da existência dele[350].

Outro traço marcante apresentado por Benjamin Cardozo é a sua percepção de que o juiz deve levar em consideração os efeitos da sua decisão nas condições econômicas e sociais[351]. Essa visão do autor, em nada destoa da caracterização típica da fase da socialização processual,

---

[347] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 28. De acordo com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, pode-se falar em pré-realismo, integrado por Oliver Wendell Holmes Jr., e realismo jurídico, associando-se o último às figuras de Jerome Frank, Felix Frankfurter, Karl Llewellyn e Benjamin Cardozo. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004, p. 221.

[348] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 91-105, 2006, p. 91. Sobre a possível influência do pragmatismo de Peirce no pensamento de Holmes, Max Fisch inverte tal ordem, pois sustenta que, em realidade, teria sido Holmes o primeiro a inaugurar a temática do pragmatismo. FISCH, Max H. **Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism**. The Journal of Philosophy, Vol. 39, No. 4 (Feb. 12, 1942), pp. 92-94. Susan Haack afirma, no entanto, que a leitura de Fisch parece equivocada, na medida em que antes do texto de Holmes Peirce já havia indicado algumas ideias protopragmatistas. HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015, p. 36-37.

[349] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 30.

[350] CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial:** palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito), p. 124. O fato de se levar em consideração a possibilidade de influência de fatores externos ao direito, como impressões, crenças etc, é, segundo Daniel Brantes Ferreira, uma das principais características do movimento realista. FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012, p. 84.

[351] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 91.

mesmo em países de tradição de *civil law*, pois o processo era visto como instituição de bem-estar social[352].

Dando prosseguimento, apesar de ter sido ele próprio a afirmar a inexistência de um "movimento realista", Karl Llewellyn destacou-se como "o mais eminente dos Realistas"[353]. Em diálogo com Roscoe Pound, Llewellyn apresenta uma lista daqueles que ele considerava autores realistas e, ainda, indica as premissas que seriam comuns ao movimento, como a concepção da "lei em fluxo", da lei em movimento e da criação judicial da lei; a lei como vocacionada ao alcance de finalidades sociais; a separação entre ser e dever-ser para os estudos; desconfiança na capacidade das regras dentre outras[354].

---

[352] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83.

[353] GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 93.

[354] FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012, p. 133-139. Leia-se um trecho de um pensador marcadamente realista: "Que o direito não fique no plano meramente formal, mas que se realize no plano real, é uma *questão jurídica*, o que, em outros termos, é afirmar que se trata de uma questão de justiça. E constitui tarefa dos juristas, entre eles os juízes. Como o direito não é simplesmente uma faculdade moral – embora haja faculdades morais que são direito –, os juristas e, entre eles, os juízes devem interpretar as leis em função não do direito em sentido formal, mas do direito em sentido real (ou melhor, realista). De acordo com essa interpretação, deve ser feito em função das circunstâncias concretas, porém não é aceitável ficar em uma interpretação meramente formal. HERVADA, Javier. **O que é o direito?: a moderna resposta do realismo: uma introdução ao direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito), p. 47. Esse traço de eleição do judiciário como salvador do ordenamento jurídico, transforma o decisor em um controlador sistêmico, fazendo do seu ofício um pêndulo que, em seu movimento pendular, é capaz de alcançar distintas esferas do discurso, ou seja, entre o direito e a moral (ou discurso prático geral). Esse *múnus* atribuível ao judiciário, correspondente à correção da lei, é defendido entusiasmadamente pelo denominado movimento do direito livre. Kantorowicz – criptônimo *Gnaeus Flavius* – afirmava: "Después de haber separado el Derecho Natural de su propia teoría, parece justificada la tesis estabelecida al principio. En efecto, no importa si enfocamos el "Derecho Justo" de Stammler, "el descubrimiento libre de Derecho" de Ehrlich, las "normas culturales" de Mayer, la "proyección" de Wurzel, la "ponderación de los intereses" de Stampe o los "juicios de valor" de Rümelin; siempre nos servimos de principios destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar Derecho estatal (KANTOROWICZ, GERMÁN. **La lucha por la ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 333). A teoria do direito livre é, para Kantorowicz, a única capaz de colmatar as lacunas da lei. (KANTOROWICZ, GERMÁN. **La lucha por la ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 337), e se torna justificável pela elevação do juiz a um novo patamar: "Partimos del principio de que la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello exigimos que el juez, obligado por su juramento, resuelva el caso con arreglo al texto unívoco de la ley. El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece uma decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará em el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo (p. ej.: indemnización de daños inmateriales), el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. KANTOROWICZ, GERMÁN. **La lucha por la ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 363-364. Ao comentar a teoria do direito livre, Ingeborg Maus critica-a veementemente, justamente por corresponder a uma forma exagerada de ativismo judicial. Afirma Maus: "A teoria do direito livre não amplia simplesmente a margem de interpretação legal jurídico-positivista; pelo contrário, ela coloca a jurisdição sobre uma base totalmente nova. Ela favorece aquelas medidas de exceção dentro do Código Civil que, na forma de cláusulas gerais, como os "bons costumes" ou "boa-fé", só remetem a padrões de conduta existentes na sociedade nos casos em que as determinações

Curioso notar que, em Holmes, a partir da observação de Richard A. Posner, vemos a presença de antagônicos traços positivistas e pragmáticos[355]. Na verdade, os realistas, embora tenham guiado suas reflexões a partir da ideia de cientificidade do direito, não ofertaram, em nossa visão, quaisquer contribuições democráticas ao direito, pois focalizam o direito na decisão do juiz e descuram do aspecto crucial, ou seja, da consideração e possível acolhimento dos argumentos emanados de discursos genuínos, como condição da formação dos atos decisórios, bem como sua plena fiscalização. Tais apontamentos até aqui lançados, são suficientes para bem demonstrar o equívoco que haveria se se pretendesse importar, na aplicação do direito jurisprudencial brasileiro, a concepção realista ou algo à ela assemelhado.

Embora tivesse sinalizado que o realismo jurídico, em sua concepção original, estava fora de moda, Dworkin não o despreza, pois, na verdade, tal corrente, em alguma medida, se associa a uma doutrina mais poderosa e persuasiva, a do pragmatismo jurídico[356].

É provável que Richard A. Posner seja o maior representante do pragmatismo jurídico norte-americano e dele extraímos a melhor descrição do sistema jurídico dos Estados Unidos. Advirta-se, contudo, que a condição essencial à compreensão do pragmatismo jurídico, como exposto pelo autor, passa pela diferenciação que Posner faz entre os pragmatismos filosófico e cotidiano. O pragmatismo filosófico é normalmente associado à Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Josiah Royce[357].

Abrindo-se um parêntese, de acordo com Emanuele Severino, "com o pragmatismo (da palavra grega *prágma*, <<acção>>) atinge a maturidade uma atitude largamente presente no pensamento filosófico da segunda metade do século XIX: a afirmação do caráter essencialmente prático do conhecimento" (sic)[358]. Portanto, com o pragmatismo, não importa tanto a *epistéme*, ou seja, a busca pelo verdadeiro, ao contrário, o conhecimento ou poder cognitivo torna-se um poderoso instrumento contra a ameaça do devir[359]. Busca-se, portanto, uma teoria geral que

---

particulares do Código Civil não conduziriam a nenhuma decisão ou a uma decisão evidentemente absurda" MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 217.

[355] POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito), p. 324.327.

[356] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 188.

[357] Os nomes indicados acima compõem os pragmatistas clássicos. Em seguida, surge uma nova geração, composta, dentre outros, por Quine, Sellars, Davidson, Putnam e Rorty. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19. Há, segundo Susan Haack, certa confusão no uso da expressão pragmatismo jurídico, pois alguns vão considera-lo como nada além de uma "aversão geral à teoria", ou que consiste em solucionar problemas jurídicos lançando-se mão de qualquer ferramenta. HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015, p. 28.

[358] SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 185.

[359] SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 185.

coloque a práxis, isto é, as necessidades, a vontade e a ação do homem, na raiz do conhecimento[360-361].

A noção apresentada, ainda que restrita ao campo sociológico, já apresenta complicações, na medida em que a complexidade das questões postas pode ser reduzida por critérios de aplicabilidade prática, ou pragmática, se preferir. No entanto, o tema torna-se ainda mais melindroso no campo do direito, motivo pelo qual retoma-se o pensamento de Posner. Este narra, realmente, que o pragmatismo filosófico tem pouco a contribuir com o direito em nível operacional e pelo qual poucos juízes ou advogados têm interesse[362]. Por esta razão, Posner acredita que é o pragmatismo cotidiano (e não o filosófico) que tem muito a contribuir para o direito[363]. Em transcrição exata:

> O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra "pragmático", significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar[364].

Ocorre que Posner acredita que a maioria dos juízes são pragmáticos no sentido cotidiano[365], embora Holmes seja um contraexemplo, pois havia em Holmes traços do pragmatismo filosófico[366]. Nessa linha de raciocínio, Posner aponta aqueles que seriam os caracteres gerais do pragmatismo jurídico, uma espécie de resumo do modo de pensar daqueles que adotam a premissa pragmática:

> 1. O pragmatismo legal não é só um termo na moda para ajudicação[367] *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso. 2. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dá peso controlador a consequências sistêmicas, como o formalismo legal faz, isto é, apenas

---

[360] SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 186. Severino afirma, ainda, que em Charles S. Peirce o "princípio do pragmatismo encontra a sua formulação explícita: o significado de uma coisa é dado pelo conjunto das disposições para agir que tal coisa produz". SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 187.

[361] Veja-se a descrição do pragmatismo americano, extraída de Giovanni Reale e Dario Antiseri: Do ponto de vista sociológico, o pragmatismo representa a filosofia de uma nação voltada com confiança para o futuro, enquanto do ponto de vista da história das idéias ele se configura como a contribuição mais significativa dos Estados Unidos à filosofia ocidental. O pragmatismo é a forma que o empirismo tradicional assumiu nos Estados Unidos. Com efeito, enquanto o empirismo tradicional, de Bacon a Locke, de Berkeley a Hume, considerava válido o conhecimento baseado na *experiência* e a ela redutível – concebendo a experiência como a acumulação e organização progressiva de dados sensíveis passados ou presentes –, para o pragmatismo *a experiência é abertura para o futuro, é previsão, é norma de ação*REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** volume 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006, p. 80.

[362] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32; 38.

[363] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38.

[364] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-39.

[365] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

[366] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 45.

[367] Quando se vê a palavra adjudicação, leia-se, **jurisdição** ou **atividade jurisdicional,** pois, no Brasil, a palavra adjudicação possui outro significado, tratando-se, portanto, de uma imperfeição na tradução do vocábulo.

> raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. E às vezes circunstâncias específicas ao caso dominarão completamente o processo decisório. 3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade. 4. Assim sendo, apesar da ênfase nas consequências, o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (mais proeminentemente utilitarismo) que avalia ações pelo valor de suas consequências: a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Estão destinadas a serem bolsões formalistas num sistema de adjudicação pragmático, principalmente decisão por normas e não por padrões. Além disso, por razões tanto práticas quanto jurisdicionais, não se exige e nem mesmo se permite que o juiz leve em conta *todas* as possíveis consequências de suas decisões. 5. O pragmatismo legal é objetivo em relação à aceitação de decisões passadas como uma necessidade (qualificada) em vez de um dever ético. 6. O pragmatista legal acredita que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático. 7. O pragmatismo legal é empiricista. 8. Portanto, não é hostil a toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que é o formalismo legal, a saber, teorias que guiam a investigação empírica. O pragmatismo legal é hostil à ideia de usar a teoria e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial. 9. O juiz pragmático tende a privilegiar bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal. 10. O pragmatismo legal não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto, do positivismo de H. L. A. Hart. 11. O pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica da retórica como modo de raciocínio. 12. É diferente tanto do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos[368].

Com o intuito de apresentarmos uma imagem mais precisa da dinâmica de funcionamento do pragmatismo jurídico, é oportuna a consideração feita por Posner pois, segundo ele:

> Em primeiro lugar, houve a investigação e o impeachment do presidente Clinton e as pessoas disseram que, sim, ele era um canalha, mas vinha sendo um presidente eficiente e devíamos ser pragmáticos e desculpar seu mau comportamento por causa de sua eficiência. Depois veio o caso *Bush versus Gore*, em que a Suprema Corte entregou a George W. Bush a presidência e as pessoas disseram – ou pelo menos os críticos da decisão, que foram muitos, disseram – que a Corte tinha agido com base num excesso de pragmatismo, desejando poupar o país do espetáculo de uma sucessão presidencial remendada. Por fim, houve os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 e, na sua esteira, as pessoas começaram a dizer que as liberdades civis teriam que se curvar a preocupações pragmáticas sobre segurança pública[369]

No último capítulo do presente trabalho serão indicados, com maior profundidade, os motivos pelos quais não se pode acreditar na virtude do realismo jurídico ou do seu sucessor mais poderoso, o pragmatismo jurídico. Por ora, basta registrar que Ronald Dworkin percebe a

---

[368] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

[369] POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1. No caso *Bush versus Gore,* impediu-se a recontagem de votos de modo a se evitar uma grande crise política e institucional, pois, "na pior das hipóteses em que a decisão evitada chegasse a acontecer, o quadragésimo terceiro presidente teria tomado posse após um longo atraso, sem transição, com a autoridade muito prejudicada, talvez em meio a amargura e guerras de palavras sem precedentes entre adversários, deixando um rastro de suspeita tóxica de negociações encobertas e manobras corruptas, e após um interregno perturbador da economia norte-americana e global e possivelmente ameaçando a paz mundial". POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 258.

inconsistência dos modelos positivista e realista e apresenta uma nova proposta, a do direito como integridade:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que "lei é lei", bem como o cinismo do novo "realismo". Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei[370].

Indicado o terreno teórico no qual foi edificado o direito norte-americano, aponta-se, um elemento complicador é a sua fragmentação, dada em virtude de certa autonomia jurídica de cada estado. Ao contrário da centralização e unificação típicas do direito inglês, nos Estados Unidos, cada Estado possui jurisdição própria, falando-se até mesmo na existência de diversos *"common laws"*, como se houvesse, para usar uma ilustração de André Tunc e Suzanne Tunc, uma espécie de força centrífuga, que havia predominado ao longo do século XIX. Embora no século seguinte (XX) aquela tenha cedido espaço à força centrípeta – portanto, a unificação tenha triunfado sobre a fragmentação – não há razão para crer na existência de um sistema de direito uniforme em âmbito nacional[371].

Comentando o direito do Estado de Nova Iorque, que serve de base à compreensão do modelo de precedentes dos Estados Unidos, Robert S. Summers reforça aquela afirmação anterior quanto à segmentação do direito no país. Segundo Summers, nos Estados Unidos não existem duas jurisdições, mas, sim, cinquenta e uma jurisdições compõem o direito norte-americano, sendo uma federal e cinquenta estaduais, estas últimas compostas por um sistema de cortes próprio. Resultado disso é a criação de um *common law* de certa forma autossuficiente[372] em cada um dos estados.

---

[370] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274.

[371] TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America**: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 318-319.

[372] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 355. Esclarece Summers o motivo pelo qual foi conveniente abordar especificamente o estado de Nova Iorque, embora não exista uniformidade no direito dos diversos estados americanos. No entanto, de modo geral, a estrutura do direito dos estados é parecida e nas hipóteses em que determinado estado pretenda aplicar o direito de outros, habitualmente o estado de Nova Iorque é tido como modelo de influência, até porque trata-se de um dos maiores do país. SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 356.

Devido à dinâmica do direito norte-americano, que orbita sobre casos passados, intensifica-se a necessidade de se fazerem bons *reports*[373]. É comum que se faça uma ampla e detalhada pesquisa em casos passados, para fins de identificação de um precedente ou até uma rede de precedentes aplicáveis ao caso a ser decidido[374].

Ao responder as questões do projeto de pesquisa desenvolvido ao longo da década de noventa que versou o uso de precedentes em diversos países, Robert S. Summers afirma que os precedentes gerados pelos tribunais de segunda instância e os Tribunais de Apelação são normalmente considerados como formalmente obrigatórios à todos os tribunais do estado hierarquicamente inferiores[375], mas há vários fatores que determinam os graus de força normativa, podendo-se citar, como exemplos, a hierarquia do tribunal; a quantidade de membros do tribunal que formaram a decisão – isto é, se a decisão é tomada ou não pelo plenário do respectivo tribunal – e, alguns outros elementos, como o contexto político, econômico ou social, a recomendarem ou não a aplicação do precedente[376].

Quando se fala em sistema de precedentes, não se pode esquecer que a decisão em si não constitui um precedente. Decerto, há que se extrair da integralidade da decisão aquilo que constitui seu núcleo, à exemplo do que ocorre no direito inglês. No direito norte-americano, a *ratio decidendi* – que consiste exatamente naquele núcleo anteriormente mencionado – é chamada de *holding*, contrapondo-se aos meros *dicta*[377].

Não há como desatrelar o precedente dos fatos, principalmente porque aqueles considerados relevantes constituirão o suporte para a comparação dos casos[378]. Naquele modelo marcado pelo uso de casos passados, havendo precedentes desfavoráveis à pretensão do seu

---

[373] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 361-362. Sobre os *reports*, conferir síntese em FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 56-58.

[374] "Additionally, the appellate courts in New York have their own clerks and staffs who will often independently search for precedents bearing on the issues to be decided. Thus a court's opinion in a common law case may recite a precedent or a series of precedents employed by the court in support of its rationale for deciding the case, and also contrary precedents which are not applied but which the court takes the time to distinguish because they were cited by counsel or found by the court's staff. The case being decided may, in turn, become an important precedent even if it merely refines a prior precedent". SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 365.

[375] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 368-369;

[376] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 373-375. Summers, no texto utilizado, indica-se nada menos que dez fatores capazes de influenciar a aplicação dos precedentes.

[377] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 383-385.

[378] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 361-362.

cliente, como a intuição indica, o advogado, com frequência, adotará uma das técnicas de distinção do precedente. Não é incomum que ocorra a corrosão do precedente (leia-se, da *holding*) a partir da aplicação em excesso da técnica da distinção[379].

Paira incerteza no direito americano, apesar das críticas que surgem nas hipóteses de *overruling*, ou seja, nos casos em que o tribunal expressamente manifesta a superação de determinado precedente (*holding*) anterior[380].

3.1.3 A importância da Suprema Corte norte-americana

Um passo importante a ser dado no presente trabalho é compreender a função e importância da Suprema Corte norte-americana. Sem dúvida, o tema remete, mais uma vez, à problemática das fontes do direito, mas que serão tratadas de modo mais ligeiro, até em razão de já ter sido explorado no capítulo referente ao direito inglês.

Admirada por estrangeiros e motivo de altivez por parte dos americanos. Assim é a Constituição americana. O fascínio com a Constituição estadunidense se dá sobretudo por sua notável estabilidade. Em mais de duzentos anos, fora emendada apenas vinte e sete vezes[381].

Essa imperturbabilidade, no entanto, não se dá por acaso. Isso porque, em síntese, a pretensão de alteração do texto constitucional precisa vencer duras barreiras. A primeira delas refere-se ao próprio sentimento do povo americano – que, por respeito ao texto constitucional, normalmente reluta em vê-lo emendado. Em segundo lugar, o formalismo exigido para

---

[379] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 361-362.

[380] SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State).** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 361-362. Atente-se para a seguinte passage de Toni M. Fine, sobre o "princípio do stare decisis" no direito norte-americano: "A doutrina do precedente e sua aplicação, conquanto central para o sistema legal norte-americano, não se afigura uma regra inflexível. Ao contrário, há inúmeros mecanismos mediante os quais os Tribunais deixam de aplicar as regras estabelecidas em casos anteriores. O fato de a regra do stare decisis não se apresentar tão rígida dá aos Tribunais um nível de discrição ao aplicar princípios que possam divergir de regras previamente estabelecidas. Em suma, os Tribunais podem-se recusar a aplicar uma decisão anterior se: 1) o caso anteriormente decidido envolver uma questão de direito distinta; 2) o escopo do caso anteriormente decidido for tão limitado que não se aplica ao caso em pauta; 3) os fatos do caso anteriormente decidido forem distintos daqueles a que se refere o caso atual; ou 4) rejeitarem a decisão anterior porque o princípio nela inserido: a) deve ser revogado; ou b) tal decisão reflete dicta, isto é, pronunciamentos e opiniões do Juiz encontrados no bojo da motivação da decisão judicial (sentença ou acórdão) e que, pois, não se constituem no seu dispositivo. Freqüentemente, Tribunais deixam de aplicar princípios de casos anteriormente decididos pela conjugação desses fatores". FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano.** Revista dos Tribunais. vol. 782/2000, p. 90-96, dez. 2000 (versão digital), p. 2-3.

[381] FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 7.

alteração do texto constitucional torna a aprovação de determinada emenda um procedimento bastante dificultoso[382].

Além desses fatores, torna-se imperioso destacar outro, que, em nossa visão, justifica, de modo satisfatório, a mencionada imperturbabilidade constitucional. Trata-se da interpretação da Constituição dada pela Suprema Corte americana que, aos poucos, vai promovendo a revitalização do texto constitucional por meio de suas decisões, fazendo com que a Constituição prescinda de constantes reformas[383].

José Alfredo de Oliveira Baracho destaca a proeminência da Suprema Corte dos Estados Unidos[384], celebrizada a partir de 1803, por ocasião do caso *Marbury v. Madison*[385], inaugurador do conhecido controle de constitucionalidade. A notabilidade da Suprema Corte americana, entretanto, não se limita ao referido caso, pois, segundo afirma Paul A. Freund:

> Pelo fôro da Côrte Suprema têm passado, como figuras num jôgo de moralidade, a maioria das grandes forças, cujo conflito e resolução têm sido os temas da história americana: a abertura de um continente e as rivalidades locais no transporte e comércio, a expansão do comércio e negócios e as pressões para o seu controle, escravidão e guerra civil, indústria e trabalho organizado, legislação da Previdência Social, taxação, propriedade pública de utilidades públicas, guerra e serviço militar compulsório e segurança interna, Igreja e Estado, uma Imprensa livre e ordem pública, aplicação eficiente das leis e o direito a julgamento honesto(sic)[386].

O grandioso poder concedido a um pequeno grupo de juízes, por outro lado, rende certa desconfiança e nem só de louvor vive a Corte Suprema[387]. De modo certamente abreviado, as

---

[382] FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 7.

[383] Sobre os riscos da denominada mutação constitucional, conferir: PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico:** história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

[384] "A Suprema Corte dos Estados Unidos é peculiarmente norte-americana, em sua concepção e funções. Deve pouco às instituições judiciais anteriores, exceção à tradição do direito e dos procedimentos judiciais anglo-saxônicos. Uma revisão das experiências feitas por outros povos não trará grande contribuição para o estudo histórico dessa Corte". BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 05.

[385] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 209. Segundo as palavras de João Carlos Souto, o caso *Marbury v. Madison* configurou verdadeiro legado ao resto do mundo. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

[386] FREUND, Paul A. **A Corte Suprema.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 62. De acordo com André Tunc e Suzanne Tunc, "nada es, desgraciadamente, más difícil que decir cómo y en qué medida los tribunales norteamericanos aplican, en la práctica, la doctrina del stare decisis". TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 278.

[387] FREUND, Paul A. **A Corte Suprema.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 64. Na mesma linha, afirma João Carlos Souto: "Por mais paradoxal que possa parecer, não obstante os mais de dois séculos de plena vigência do controle de constitucionalidade em mãos do Poder Judiciário, além da ampla e efetiva influência que a teoria de (ou sedimentada por) John Marshall projetou por praticamente todas as democracias, há quem conteste, veementemente, nos Estados Unidos da América, a legitimidade de o Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte, em declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

principais funções da Suprema Corte são: a) manter a supremacia da Constituição; b) uniformizar a interpretação de leis federais e; c) resolver controvérsias entre Estados[388]. Em alguns momentos da história norte-americana, o relacionamento entre Presidentes e Suprema Corte revelou-se ríspido[389].

Joao Carlos Souto[390], em elogioso estudo, nos auxilia na compreensão da função de destaque da Suprema Corte, que de fato encarrega-se de comandar os rumos do país, colaborando para o delineamento da estrutura administrativa, política e econômica americanas[391]. Compete àquela a filtragem dos valores da sociedade americana.

É verdade que, dentre tantas decisões emblemáticas, poderia soar estranho o destaque de apenas algumas delas. Entretanto, não há aqui espaço para abordagem pormenorizada e, ainda mais importante, os poucos casos reportados são suficientes ao diagnóstico pretendido.

Ainda em 1810, no caso *Fletcher v. Peck*, confirma-se o controle de constitucionalidade sobre atos normativos por parte da Suprema Corte, desta vez, sobre as leis produzidas nos estados[392].

O século XIX foi marcado, além da decisão de Marshall[393], pela tentativa empreendida pelos juízes de adaptarem os elementos do Direito inglês às jurisdições americanas[394]. Outros fatores como a Guerra Civil, de 1861 a 1865, a expansão populacional e industrial, a formação de grandes cidades e a incerteza do direito, em razão do aumento do volume de jurisprudência, estimularam uma sistematização[395].

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

[388] FREUND, Paul A. **A Corte Suprema.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 65.

[389] FREUND, Paul A. **A Corte Suprema.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 69.

[390] SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

[391] SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1. Conferir, ainda, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 325-341.

[392] SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

[393] A decisão de Marshall é endeusada e de certa forma remodela a teoria montesquiana da separação dos poderes. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26. O mesmo autor destaca ainda a importância do caso *Stuart v. Laird* para adequada compreensão do *judicial review* americano. Para ele, os dois casos devem ser analisados em conjunto.

[394] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 15-16. Também se revelou importante a elaboração dos grandes tratados, como os Comentários ao Direito Norte-Americano, de James Kent e as obras de Joseph Story, algo que colaborou sobremaneira para a uniformização do direito.

[395] FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 16.

Um passo embrionário, porém, relevantíssimo na formação do sistema de precedentes norte-americano, é *Swift v. Tyson*, julgado em 1842, na medida em que funcionou como pano de fundo para uma "federalização" ou "nacionalização" do Direito Consuetudinário ou, em outras palavras, fortaleceu o papel da Suprema Corte[396]. Reporta Grant Gilmore que, na visão do Juiz Story, responsável pelo caso *Swift v. Tyson*, os tribunais:

> [...] não deviam assumir uma visão restrita dos precedentes. Deviam considerar toda a gama de literatura disponível, tanto erudita como judicial, tanto inglesa e europeia como americana. Deveriam levar em consideração as consequências sociais e econômicas de suas decisões. Story estava preconizando o que seria classificado, cem anos depois, um tanto rudemente, como um enfoque de orientação política da lei[397].

A partir da segunda metade do século XIX, estando os Estados Unidos profundamente mergulhados em questões raciais, seguiu-se o julgamento de alguns casos emblemáticos. O caso *Dred Scott v. Sandford* é provavelmente o mais inefável de todos os que tiveram a sorte decidida pela Suprema Corte. Nele, a maioria dos *justices* não apenas votou pela permanência do estado de escravidão de *Dred Scott* por meio da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei que assegurava liberdade dos negros em novos territórios, para além disso, negou-se à *Scott* a condição de cidadão americano[398].

A segunda metade do século XIX foi um período conturbado (marcado pela guerra, abolição da escravatura, emendas constitucionais, aprovação da Lei dos Direitos Civis, assassinato de Abraham Lincoln entre outros). Após a abolição da escravidão, a batalha dos negros é contra a segregação racial e a doutrina "separados, mas iguais" (*separate but equal doctrine*), esta última responsável pela separação de negros e brancos. Nos anos derradeiros do século XIX, ainda havia espaço para que a Suprema Corte pudesse prolatar mais uma decisão emblemática. E foi por ocasião do julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* que veio a chancela jurídica da doutrina do *separate but equal*[399].

Com a decisão da Suprema Corte, triunfa a doutrina segregante. A correção desta decisão infeliz somente ocorreu no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954.

---

396 GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 42-45.
397 GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 46.
398 SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53-57.
399 SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59-70.

Portanto, a decisão do caso *Plessy v. Ferguson* sobreviveu e estimulou a segregação racial por nada menos que cinquenta e oito anos[400].

A decisão jurídica parece ter fomentado a prática social de segregação racial. Com isso, não bastaria declarar a inconstitucionalidade de doutrina dos "separados, mas iguais", o que de fato ocorreu na Corte Warren[401], tornou-se imperioso que se elaborasse todo um plano de mudança daquele cenário discriminatório[402].

Lembrando-se da advertência anteriormente feita, não se trata de apontar as principais decisões da Suprema Corte, algo que exigiria estudo apartado[403]. Ao contrário, foram lançados apenas alguns exemplos, capazes de bem indicar a grande importância daquela corte.

Reconhecida por suas proezas, malvista por decisões dignas de provocar o mais profundo assombro, a Suprema Corte interage com a sociedade americana, pois nela se misturam diversos ingredientes da própria sociedade. A função exercida pela mesma angaria admiradores em todo o mundo. Sua estrutura de funcionamento e os seus precedentes rompem fronteiras geográficas. Exporta-se ao mundo fragmentos da cultura e da prática jurídica americanas.

Os Estados Unidos, em pouco mais de dois séculos, abandonam a posição de colônia e tornam-se líderes mundiais. O descomunal poder econômico e bélico do país colabora para que a recepção da cultura jurídica americana seja desejada em outros países. O direito processual assimila essa tendência e, cada vez mais, se aproveitam institutos e técnicas. A adoção da cultura jurídica americana passa por um processo de naturalização, como se tal tendência fosse despropositada e ao mesmo tempo inexorável. Naturalizada essa tendência, renuncia-se à crítica.

---

[400] Certamente há que se contextualizar o ambiente no qual foi proferida a decisão, mas já se mostrava iminente o sepultamento da escravidão, motivo pelo qual o papel da Suprema Corte, pela referida decisão, não representou mais do que uma prática ultraconservadora.

[401] SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 73-77.

[402] Surgem então as denominadas medidas estruturantes. Conferir: FISS, Owen M. **The civil rights injunction.** London/Bloomington: Indiana University Press, 1978; FISS, Owen M. **The Forms of Justice.** Havard Law Review, v. 93, nov. 1979, nº 1.

[403] Em confirmação da visão de autores anteriormente citados, de fato, diversos assuntos são analisados pela Suprema Corte. Não poderíamos deixar de mencionar, além do caso Brown, a decisão em *Roe vs. Wade*, pois, a partir dali, permitiu-se o aborto, inclusive de modo excessivamente abrangente. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107. 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.36, n. 199, p. 41-82, set. 2011, p. 42; JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes:** Da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 86-91. Para um invetário pormenorizado de todas as decisões relevantes da Suprema Corte, sugere-se SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Entretanto, a narrativa não pode ser tão fragmentária. Modelos, técnicas e institutos jurídicos circulam em diversos países e não é de hoje. Fala-se, até mesmo, em convergência de sistemas ou famílias jurídicas. Esse será o tema do próximo item, mas, antes disso, é necessário deixar registrado que não há virtuosidade inerente ao sistema processual americano, nem mesmo do ponto de vista meramente técnico.

É ilustrativo, nesse sentido, perceber que a Suprema Corte dos Estados Unidos escolhe os casos que irá julgar, de tal forma que, na década de 90, aproximadamente 80% da atividade se referia a pedidos de *writ of certiorari*, enquanto que os outros 20%, ou algo próximo disso, dizia respeito aos recursos de apelação. Mais surpreendente ainda é constatar a existência de discricionariedade quanto à seleção dos casos que serão apreciados, numa prática marcadamente estratégica[404].

3.2 A crise na diferenciação das famílias ou tradições jurídicas

3.2.1 O movimento de convergência entre civil law e common law

Respeitáveis juristas brasileiros se esforçam para convencer seus leitores e pares sobre o que consideram o melhor caminho a ser seguido no Brasil. Patrocinam a importação de institutos e técnicas do direito estrangeiro e, para além disso, estão persuadidos da necessidade

[404] Sobre o writ of certiorari, expõe Úrsula Ribeiro de Almeida: "A Suprema Corte dos Estados Unidos foi criada em 1789. Durante os seus primeiros cem anos, a Suprema Corte não podia escolher os recursos que julgaria, devendo apreciar todos. Nesse período, ela sofreu com aumento significativo dos casos pendentes, especialmente após a Guerra Civil Americana. Em 1850, a Suprema Corte tinha 253 casos pendentes e no começo de 1890 eram 1.816. O acúmulo de trabalho levou à demora, em média, de três anos e meio entre o protocolo e o julgamento do recurso. Em 1891, o Congresso aprovou o Evarts Act que criou nove cortes de apelação federais e pela primeira vez conferiu alguma autoridade para Suprema Corte rejeitar, sem apreciar o mérito, o writ of certiorari. A mudança ainda não foi suficiente para redução do trabalho da Suprema Corte, cujos Ministros começaram longo período de negociação com o Congresso. Em 1925, o Congresso aprovou o Judicial Act – também denominado de Judge's Bill Act ou Certiorari Act – para conceder ampla discricionariedade à Suprema Corte para apreciar os pedidos de writ of certiorari. Edward A. Hartnett afirma que o Congresso poderia ter questionado a Suprema Corte na busca de alternativas para rejeitar apelações sobre questões ou argumentos legais frívolos, pois eles não esclareceram o motivo pelo qual a decisão sumária não seria suficiente para essa finalidade. Também não foi enfrentado o argumento da Suprema Corte de que perderia muito tempo ouvindo sustentação oral em casos frívolos, que poderia ser solucionado com a leitura de memorial em vez de sustentação oral. Além disso, os Ministros convenceram o Congresso que concederiam o certiorari de acordo com princípios reconhecidos, mas, na verdade, escolhem casos em que há divergência entre decisões das Cortes inferiores e não esclarece onde os "princípios reconhecidos" estão nesses casos". ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. **Writ of certiorari do direito estadunidense**. Revista de processo. vol. 266/2017. p. 483-515, abr. 2017 (versão eletrônica), p. 2-3. A mesma autora lembra que a Suprema Corte é omissa quanto à decisão de questões que estejam na agenda política, como saúde, resgate federal de bancos, salário mínimo, dentre outros temas. ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. **Writ of certiorari do direito estadunidense**. Revista de processo. vol. 266/2017. p. 483-515, abr. 2017 (versão eletrônica), p. 5.

de os brasileiros assimilarem a mentalidade jurídica de outros países[405]. Pretende-se que a escrita das próximas linhas seja suficiente para afastar esse tipo de proposta, bastante arriscada, pois, se prevalecente, tende a empiorar o já crítico estado de coisas no direito brasileiro.

O quem vem sendo chamado de convergência[406] entre famílias ou sistemas é, observam Nicola Picardi e Dierle Nunes, a verificação de que, "na experiência continental europeia, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa, que ofertam formas legais às regras do common law clássico"[407]. Mas é preciso dizer, o aumento do uso do direito jurisprudencial, visualizado na parte continental da Europa, não fica restrito àqueles países e, na verdade, se irradia a tantos outros, como ocorre no Brasil, na medida em que as reformas se concentram na "tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo"[408].

---

[405] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[406] Mauro Cappelletti destacava, em 1992, algumas diferenças importantes entre os sistemas de *civil law* e *common law*, mas já aludia à "fundamental convergência de tais sistemas". CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 19.

[407] NUNES, Dierle José Coelho; PICARDI, Nicola. **O Código de Processo Civil Brasileiro.** Origem, formação e projeto de reforma. Revista de Informação Legislativa, v. 190, p. 93-120, 2011, p. 107. Conferir também NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.** Revista de Processo, v. 189, p. 1-35, 2010, p. 40-41; JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 390. Observa Hermes Zaneti Jr. o fato de os precedentes, mesmo no sistema de *common law*, serem "vinculados fortemente à lei". ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 297. Uma interessantíssima informação deve ser reportada. Trata-se do registro de uma certa influência do Direito Romano, ocorrida ainda nos séculos XII a XIII, no Direito inglês, constatação que colabora para o enfraquecimento da divisão *rígida* das famílias ou modelos, ainda que do ponto de vista histórico. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 60. Já foi indicado que Dierle José Coelho Nunes, adotado aqui como marco teórico principal, aponta certa insuficiência na contraposição entre as famílias ou tradições de *civil law* versus *common law*. Contudo, colhe-se do próprio Dierle José Coelho Nunes, assim como de tantos outros autores, o reconhecimento do fenômeno da convergência de tradições ou sistemas. Por uma questão de lógica inferencial, não se pode pensar em convergência de elementos rigorosamente idênticos. Parece oportuno citar um exemplo trivial, mas que se espera elucidativo. Linhas retas podem convergir. Contudo, se linhas retas convergem em algum ponto, é porque, ao longo de todo o traçado *não* convergido, são inequivocamente distintas. Se fossem linhas precisamente iguais, não haveriam de convergir, na medida em que seriam uma só, e não duas linhas. Ou, mais do que isso, ainda que se pensasse em duas linhas sobrepostas, não seria possível identificar qualquer ponto de distinção, já que, nesse caso, teriam sempre o mesmo traçado. Transportando-se o argumento ao diálogo das famílias ou tradições jurídicas, ou se concebe uma certa disparidade entre as famílias, ou não haveria qualquer razão em dizer que as mesmas convergem entre si. Em síntese, a convergência presume divergência. Como já explicitado, a investigação das famílias ou tradições se tornou obrigatória, principalmente pelo estado de arte da produção doutrinária sobre precedentes judiciais no Brasil, o que, por seu turno, não nos faz discordar de Dierle Nunes, como ficará explícito ao final do presente capítulo.

[408] NUNES, Dierle José Coelho; PICARDI, Nicola. **O Código de Processo Civil Brasileiro.** Origem, formação e projeto de reforma. Revista de Informação Legislativa, v. 190, p. 93-120, 2011, p. 108.

O fenômeno da convergência de tradições pode ser analisado a partir de um feixe de ângulos. Alguém poderia defender que o transporte de técnicas e institutos jurídicos entre os países seria fruto da globalização e desempenharia importante papel na melhoria do direito, tendo em vista a alegada necessidade de países periféricos se inspirarem no direito de outros países hegemônicos[409]. Entretanto, para além da cândida noção de convergência restrita ao caráter técnico-dogmático, é possível enxergar, nesse quadro de aproximação, uma teleologia tirana, como veremos ao final.

Com grande frequência, a contraposição que se faz é quanto aos grandes sistemas de *civil law* e *common law*. Acredita Norberto Bobbio, ao tratar das diferenças históricas entre o *common law* e *civil law* na Inglaterra, que o primeiro não é o direito comum de origem romana,

> [...] mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)[410]

Sobre as duas grandes tradições, é conveniente afastar alguns preconceitos. O primeiro deles diz respeito ao possível uso do precedente há longa data, inclusive no direito romano, embora este apresente outros contornos[411]. O segundo preconceito a ser afastado, que pode ser considerado especialmente importante, se refere à rejeição da noção de que nos países de *common law* não há direito legislado. Essa visão é bem equivocada em relação ao direito da Inglaterra e ainda mais se a referência for aos Estados Unidos, vez que, neste último, há longa data, constata-se uma movimentada e crescente atividade legislativa[412]. O terceiro preconceito que não tem razão surge da necessidade de se compreender que não é seguro diferenciar as tradições de acordo com a força de vinculação do precedente (*stare decisis*) como propôs Goodharth. Isso porque ainda no século XVIII, a regra do *stare decisis* foi utilizada de modo extremo[413]. De modo mais conclusivo, afirma Bustamante:

---

[409] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
[410] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.
[411] Ao ao analisar o Direito Romano, José Rogério Cruz e Tucci aponta que ao se utilizar de uma forma emitida pelo pretor Lúculo, em 76 a. C, Cícero chegou a advertir ao juiz que a sua decisão seria fundamental para demandas futuras. Além disso, os pareceres dos juristas também funcionavam, de certa forma, como precedente. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40-41.
[412] POUND, Roscoe. **Lo spirito della "Common Law".** Milão: Giuffrè Editore, 1970, p. 5.
[413] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 75-78.

> É provável, aliás, que a principal diferença entre as duas tradições não esteja na forma como os juízes desenvolvem o Direito através da interpretação legislativa, da aplicação de precedentes e do uso de analogias e reduções teleológicas (distinguish), mas no modo como o legislador se comporta em cada uma das tradições jurídicas. A pretensão de ordenar o Direito de forma coerente e sistematizada, através de um conjunto de máximas que buscam regular antecipadamente as relações jurídicas de modo geral, conjugando todo um saber jurídico preordenado, coerente, abrangente, o mais claro e inteligível possível e, finalmente, o mais completo possível, é um dado que se encontra nos códigos do Continente Europeu e que está ausente no common law, onde a atividade legislativa é ainda, pelo menos em parte significativa do direito privado, assistemática, fragmentária e parasitária do direito consuetudinário e jurisprudencial, na medida em que apresenta em muitos casos um caráter ad hoc e se vale de conceitos que só fazem sentido se interpretados à luz do case law[414].

Ainda do ponto de vista histórico, o registro de Jerome Frank é bastante interessante. Segundo o realista americano, o *common law* foi influenciado em diversos aspectos pelo Direito Europeu Continental. Destaca-se, aqui, o aproveitamento, no *common law*, da terminologia do Direito Romano. Frank aponta ainda a influência que Ihering (Espíritu del Derecho Romano) exerceu na obra "Common Law", de Holmes, embora o último não tenha feito referência ao trabalho de Ihering quanto a algumas partes essenciais. Jerome Frank deixa claro que não pretende acusar Holmes de ter cometido plágio, mas afirma como inegável a influência recebida de Ihering. Com Holmes, as reflexões sobre a técnica jurídica romana frutificam no pensamento jurídico americano[415], o que deixa em evidência o câmbio de técnicas entre países das duas tradições.

Apesar disto, diversos autores se esforçam para captar, de modo mais exato, alguns aspectos limítrofes entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Poderíamos tentar inventariar pormenorizadamente os traços que revelam a disparidade entre os sistemas, modelos ou

---

[414] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 115.

[415] FRANK, Jerome. **La influência del Derecho Europeo Continental en el "Common Law".** Algunas reflexiones sobre el Derecho "comparado" y "contrastado". Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957, p. 15-19.

famílias, como muitos autores o fazem[416-417], insistindo nessa dicotomia de modo analítico. R. C. Van Caenegem, por exemplo, aponta dez ilustrações capazes de gerar assombro no jurista continental, ao se deparar com o *common law* inglês. São esses os dez fatores de ilustração da diferença entre as famílias, alguns deles de cunho histórico e por isso já superado, conforme cataloga Caenegem: 1) a ambiguidade do termo law (law como direito ou lei do parlamento – statute); 2) ausência de um procedimento moderno de recurso no início do common law; 3) a continuidade do direito inglês, ou seja, ausência de grandes catástrofes ou rupturas, ao contrário, por exemplo, da Alemanha e França, esta última radicalmente transformada pela Revolução Francesa; 4) a regra da exclusão da vontade e propósito do legislador, sendo o juiz o mais

[416] "As características da common law diferem daquelas observadas no sistema romano-germânico (civil law). No sistema da common law, o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões), sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente jurisprudencial obrigatório (caso julgado) chamado binding precedent, que lhes servem de referência (case law). Na Inglaterra e nos Estados Unidos, como informam Hélio Tornaghi, citando Pollock, e José Rogério Cruz e Tucci, os juízes têm de stare decisis, isto é, têm de observar, sustentar, manter de pé, o anteriormente decidido em caso similar (a expressão latina completa é stare decisis et non quieta movere, em vernáculo, mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), seguindo o precedente jurisprudencial paradigma, se ausentes fortes razões em contrário (the precedent will be followed in the absence of strong reasons to the contrary). Em resumo, no sistema da common law, o juiz cria o direito (judge made law). No sistema romano-germânico, diferentemente, adota-se a concepção de que as normas de direito (regras e princípios) devem constituir a base fundamental dos Códigos, os quais fornecem as soluções jurídicas para os casos concretos, de forma acessível ao povo e aos operadores ou práticos do direito (advogados privados e públicos, juízes, membros do Ministério Público). Assim, os direitos dos Estados que adotaram o sistema romano-germânico, na grande maioria das vezes, são sistematizados em normas jurídicas que compõem um Código, tratando-se, pois, de um sistema fundado essencialmente no direito codificado". SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias**. Manual elementar de processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 95. Conferir: CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 29-30.

[417] Aqui são transcritos apenas alguns trechos, que pretendem diferenciar os sistemas, de modo um pouco mais rigoroso. Segundo Guido Fernando Silva Soares: "Na Common Law, a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas". SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53. Já no âmbito da família romano-germânica, há, segundo Guido Fernando Silva Soares, um apreço pela regra abstrata e geral". SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55. René David, comparatista respeitado em todo o mundo, após exaustiva investigação das características do direito inglês, chama a atenção para o fato que, em primeiro lugar, o direito inglês não é um direito dos costumes. Do mesmo modo, a lei vem desempenhando, mesmo na Inglaterra, função de destaque, embora haja uma constante preocupação com a harmonização entre lei e jurisprudência. A regra do precedente, durante algum tempo bastante rígida, passou a ser flexibilizada, com destaque para as técnicas de distinção. Também não é correto basear a diferenciação entre *common law e civil law* pela face histórica de cada um, na medida em que a história assume papel marcante, embora diferente, em ambas as tradições. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 441-446. Colhe-se, ainda, de Toni M. Fine uma proposta de divisão das famílias de civil law e common law de modo próximo ao apresentado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares. Afirma Toni M. Fine: "Os sistemas de common law, como no caso dos Estados Unidos, são diferentes dos sistemas de civil law, como é o caso da Europa Ocidental, uma vez que nas primeiras decisões judiciais constituem importante fonte de direito, sendo utilizadas como precedentes que normalmente possuem efeito vinculante na decisão de casos futuros. O common law pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de civil law". FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 67. Conferir BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 10-15.

autorizado intérprete da lei; 5) inexistência de uma Constituição inglesa; 6) ausência de revisão judicial de constitucionalidade; 7) Na Inglaterra, nota-se a ausência de códigos e doutrina no direito penal; 8) acusação e veredicto (uso do júri) nos julgamentos criminais; 9) inexistência de codificação no direito inglês; 10) inexistência de prestígio dos professores e juristas no direito Inglês[418]. Contudo, ao que parece, os aludidos elementos de diferenciação sistêmica dão claras mostras de falência.

Realmente, há longa data, é possível atestar um diálogo entre tradições[419], intensificado nos últimos anos. Como ilustrativo da afirmação feita, veja-se que Roscoe Pound, na primeira metade do século XX, apontava que na África do Sul o Direito Romano holandês perdia espaço lentamente, pois o modo de raciocínio dos juízes se tornou cada vez mais próximo àquele praticado pelos juristas do *common law*, muito embora tenha sido mantida a terminologia do direito romano[420]. Embora não se valesse da expressão convergência de sistemas, René David já acenava para essa possibilidade[421].

Corroborando essa dificuldade em dividir o direito em famílias, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

> Seja como for, a grande divisão é mesmo a que habitualmente contrapõe *civil law* e *common law*. Semelhante divisão, vale ressalvar, não há de ser concebida em termos estáticos. Tem o sabor do óbvio o asserto de que os ordenamentos jurídicos se acham em constante evolução – nos dias que correm, provavelmente, com maior rapidez do que noutros tempo [422]

É preciso concordar, as tentativas de rigorosa diferenciação entre estes sistemas parecem mais plausíveis pelo seu mote histórico, mas não mais se justificam. Nesse sentido, a proposta de rigorosa dicotomia entre as famílias passa a ser objeto de desconfiança para Michele Taruffo. Segundo o autor, foi comum a contraposição a partir do critério de oralidade *versus* escritura,

---

[418] CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1-46.

[419] Ora, a título de exemplo, nos Estado da Luisiana, Estados Unidos, houve um grande movimento de codificação, logo após a independência americana. Como já apontado, o país inteiro, esteve, de certo modo, próximo à adoção do sistema romano-germânico. Mas o fato de se dar importância à lei, algo que verificável há longo tempo nos Estados Unidos, já é um indício de que os sistemas ou famílias não são totalmente fechados às técnicas e institutos de outros. Conferir ainda, sobre essa aproximação de sistemas: ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 97-99.

[420] POUND, Roscoe. **Lo spirito della "Common Law".** Milão: Giuffrè Editore, 1970, p. 6.

[421] "Esboça-se, assim, um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu; este movimento é estimulado pelas necessidades do comércio internacional e favorecido por uma mais nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 379. Farnsworth disserta sobre o considerável aumento e da importância da legislação nos Estados Unidos, ainda no século XIX. FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 74.

[422] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: (nona série).** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41

"segundo a qual o processo de common law seria um processo essencialmente oral, enquanto o processo de civil law seria um processo essencialmente escrito"[423]. Taruffo deixa claro que esse critério é insatisfatório, tendo em vista a existência de numerosos atos escritos em sede de *common law* e, por outro lado, a marcante presença de "elementos de oralidade" em vários ordenamentos de *civil law*[424].

A rivalidade entre processo adversarial (que seria típico dos ordenamentos de *common law*) e o processo inquisitorial (supostamente típico de ordenamentos de *civil law*) também não pode ser traço distintivo[425] entre os modelos. De Michele Taruffo podemos colher, em outro texto bastante recente, uma afirmação que aniquila a pretensão de se formar uma segmentação rígida entre as denominadas famílias de *common law* e *civil law*. Conforme expõe Taruffo:

> Gostaria de fazer uma primeira observação sobre a proposta de discussão orientada pelo título do seminário. Este sugere a idéia (sic) de uma relação dinâmica entre a deriva de dois icebergs, e deste modo pressupõe que - o iceberg de *civil law* e o iceberg de *common law* - existem como entidades relativamente homogêneas, mesmo que ocorra uma tendência de recíproca aproximação. Sobre a validade desta suposição tenho algumas dúvidas, ao menos com referência aos aspectos que dizem respeito ao processo civil. Por um lado, diria que o iceberg de *civil law,* na realidade, não existe, e não creio que jamais tenha existido.[426]

Sobre essa convergência de modelos, Hermes Zanetti, com base em doutrina de Pontes de Miranda, sugere, inclusive, que o Brasil sempre apresentou uma vocação mista, uma espécie de predisposição à assimilação de ambas as famílias jurídicas (*common law* e *civil law*)[427], mas isso, por certo, é assunto para o próximo capítulo, que tratará de modo mais específico da mudança do direito pátrio, inicialmente de modo muito tímido, até a formatação de um sistema tipicamente precedencialista.

3.2.2 Porque há uma crise na diferenciação entre as famílias jurídicas?

---

[423] TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15.
[424] TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15.
[425] TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 16-17.
[426] TARUFFO, Michele. **Icebergs de Common law e Civil Law?** Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 667.
[427] Em transcrição literal do próprio Zanetti: "Nos próximos tópicos faremos a reconstrução histórica da recepção nas constituições brasileiras do j*udicial review,* procurando demonstrar a contribuição da doutrina de Pontes de Miranda para o esclarecimento da nossa matriz híbrida de *common law* e *civil law"*. ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24.

Muitos fatores já apontados neste trabalho nos levam a crer que a convergência entre modelos é viabilizada pela semelhança no núcleo das duas famílias. Em última palavra, confere-se à atividade jurisdicional a missão de dizer o direito. E, para além disso, essa missão é, historicamente, livre de amarras teóricas contundentes, na medida em que se formam teorias para justificar o exercício da jurisdição, deixando em segundo plano aspectos quanto à sua problematização. Com já ressaltado por Dierle Nunes, carecemos de uma teoria da jurisdição. Essa ausência teórica apontada pelo autor é precisa, pois somente a formalização de teorias, infindamente expostas à crítica, é capaz de acenar para uma efetiva redução dos problemas que invariavelmente acompanham as proposições ditas racionalistas.

É preciso ter em mente, contudo, a incompletude da presente narrativa, se esta não destacasse um ponto melindroso que orbita a utilização cada vez maior do "direito jurisprudencial"[428]. Estamos persuadidos de que este exuberante fenômeno se apresenta como um produto da própria expansão do Estado[429], que passa a assumir, ainda que imperceptivelmente, um controle imensurável da vida do povo, em todos os segmentos que se possa imaginar.

Para que fique claro, o melhor indicativo da aproximação entre as tradições, há séculos, passa pela percepção do próprio papel desempenhado pelos tribunais, mesmo nos países da tradição de *civil law*. De acordo com a análise comparativa empreendida por Luigi Moccia, em diversos países do continente – embora o destaque ao autor seja dado aos tribunais dos Estados italianos –, se verifica a instituição ou reorganização dos tribunais a partir do século XV e XVI, que passam a ser considerados órgãos de vértice do poder judicial, desempenhando-se, desta forma, a função de centralização político-administrativa desenvolvida pelos soberanos locais[430], enumerando, entre os órgãos de vértice, vocacionados à centralização do poder, a

---

[428] Surge o risco de resgate da jurisprudência dos conceitos. Conferir: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **"Jurisprudência instável" e seus riscos:** a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.433-471, p. 439; NASSER CURY, Paula Maria; MARÇAL, Antônio Cota. **Jurisprudência dos Conceitos.** *In:* TRAVESSONI. Alexandre. Dicionário de teoria e filosofia do direito. São Paulo: LTr, 2011, p. 234-239.

[429] Conferir CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 19. Há, com efeito, na visão de Mauro Cappelletti, um agigantamento do estado. Fala Cappelletti em um "estado gigante" ou "*Big Government*", expressões que correspondem à poluição jurídica, ou seja, a "enorme emissão de atividade legislativa e administrativa no ambiente da vida social". CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 52.

[430] MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 142-143. Em transcrição literal, relata Moccia que: "En realidad, su instauración (o reorganización) como vértices superiores del ordenamento tendía, en el caso al menos de los Estados (regionales) italianos, a la eliminación del precedente particularismo de las jurisdiciones locales y de todas aquelas personales, especiales o de grupos incluso no localizados (aparte el privilegio del fuero eclesiástico), con la consecuencia de que todos estos órganos de carácter

Rota Romana e as Rotas provinciais (Perugia, Bolonia, Avignon, Macerata, Ferrara); citando ainda a Corte de Cassação dos Estados Sardos e alguns tribunais supremos das do sul e das ilhas, a saber, o Sacro Regio Consiglio e a Reale Udienza[431].

Portanto, não se pode esquecer o fato de os tribunais de vértice dos países do Continente terem exercido grande importância na centralização do poder e, com isso, na própria formação do Estado moderno[432].

Não há motivos para duvidar que esse estatalismo[433] guarda em si a potencialidade de assunção de variada aparência. Dito de outro modo, se é certo que o Estado não raras vezes atua de modo desprezível, pode, por outro lado, implementar direitos fundamentais do povo, inclusive por meio do judiciário. Assim foram as medidas estruturantes fixadas pela Suprema Corte no caso *Brown*, muito embora se perceba a faceta predominantemente conservadora dos juízes[434].

Contudo, esta indicação de ambivalência estatal não representa um apelo ao maniqueísmo, apenas sinaliza a complexidade – o que às vezes justifica a incompreensão de certos provimentos estatais – da forma pela qual se dá o exercício de poder.

Com base nessas premissas, a fiscalização do poder estatal – ou, de qualquer ato decisório, seja ele jurisdicional, legiferante, político ou administrativo – torna-se condição *sine qua non* do exercício da democracia.

Nesse contexto de fortalecimento do direito jurisprudencial, fenômeno este situado marcantemente no século XX[435], nota-se que as aporias se intensificam, sobretudo com o

---

local o sectorial devenían 'subordinados, esto es, sujetos a la apelación, en segunda o terceira instancia, ante los tribunales supremos'". MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 143.

[431] MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 145.

[432] MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 162-179.

[433] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57. "Em tempos de nova legislação processual (o novo Código de Processo Civil) devemos olhar para o passado, de modo a aprender com o mesmo e evitar percalços que tendemos a reproduzir. Tal advertência é mais que necessária quando vemos hoje, de um lado, juristas defendendo em vertente estatalista o reforço do papel dos Tribunais Superiores (de seu protagonismo judicial) em face da grande ênfase no estudo do Direito jurisprudencial e, como decorrência, a defesa de (discutíveis) virtudes dos referidos órgãos de vértice (sem controle processual pelas garantias constitucionais e por uma teoria adequada de precedentes) e, de outro, dentro de uma vertente liberal-privatista, juristas ressuscitando algumas teorias da vontade (já abandonadas pelos próprios civilistas no estudo da autonomia privada) para a defesa de uma flexibilização integral (privatista) do regramento processual, especialmente em decorrência da ampla cláusula de negociação processual trazida na nova lei (arts. 190 e 191 do novo CPC)". NUNES, Dierle. **Reformas processuais:** estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232547>. Acesso em: 16 nov. 2016.

[434] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 90-91.

[435] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31

reforço da possibilidade de adoção de técnicas das duas tradições principais. Isso porque, esse diálogo com modelos ou tradições estrangeiras pode permitir uma **livre** movimentação do julgador entre os referidos modelos, possibilitando uma fundamentação ora dentro do sistema ou, noutras vezes, fora dele.

Já foi mencionada a semelhança entre o ato de decisão (declaração) do direito entre as tradições de *civil law* e *common law*. No entanto, há ainda algo de encoberto na presente dissertação e que precisa imediatamente ser descortinado.

Segundo Mauro Cappelletti, a intensificação da criatividade jurisprudencial decorre de uma espécie de revolta contra o formalismo, fato ocorrido tanto em modelos de *common law* (nos quais lutava-se contra o *case method*), bem como nos de *civil law* – no interior dos quais passou-se a combater o positivismo jurídico e o juiz como *"boca mecânica da lei"*[436].

Cappelletti se adianta em advertir a ausência de um fosso profundo entre as famílias jurídicas, mas, assim como Caenegem – este último que traça uma linha de diferenciação entre as famílias a partir de dez ilustrações – indica alguns fatores que podem ser considerados para a diferenciação entre as referidas famílias. Cita a diferença na estrutura e organização das cortes superiores[437]; o enfraquecimento da autoridade dos tribunais nos países de tradição de *civil law*, principalmente por conta da ausência de unitariedade entre as cortes[438]; haveria, ainda na visão de Cappelletti, uma diferença entre as famílias quanto ao tipo de juízes que compõem os tribunais – portanto, uma espécie de sociologia judiciária[439]; a inexistência de vínculo aos precedentes, portanto, um desprezo à regra do *stare decisis*[440]; e, por fim, uma última diferença diria respeito ao próprio conceito do direito[441].

No que se refere ao último elemento de diferenciação, limitamo-nos a indicar que Cappelleti se refere ao fato de o direito legislativo ser enxergado como fonte excepcional do direito[442]. Qualquer passo dado nessa direção significaria insistir na discussão das fontes do direito, aqui já tratadas e teríamos, certamente, não apenas uma enfadonha redundância, mas seria implantado um círculo vicioso. Ora, não basta estacionar na discussão das fontes do direito se, no próprio modo de usinagem normativa, habitualmente se coloca o processo constitucional em segundo plano.

---

[436] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31-33.
[437] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 116.
[438] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 117-118
[439] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 120-121.
[440] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 121
[441] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 123.
[442] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 123.

É necessário que se invista alto no processo constitucional e na democracia. Para tanto, precisamos enxergar novos rumos. Ademais, assim como afirmado no início deste item, há um otimismo exagerado por parte de alguns autores brasileiros, no que diz respeito à importação da cultura jurídica estrangeira. Isso porque, a crença na benéfica evolução do sistema jurídico despreza algumas das razões pelas quais determinadas mudanças são empreendidas, como veremos no próximo item.

3.3 Convergência de modelos e pilhagem

Desde a deficiente formação universitária dos bacharelandos, passando-se pelas exigências mercadológicas, que pouco valorizam o profissional reflexivo, privilegiando-se aquele que possui domínio da "prática jurídica", vê-se que razões multifatoriais têm colaborado para uma compreensão acrítica do direito. Deixa-se de lado a investigação dos fundamentos do direito e o modo pelo qual o desenvolvimento deste se relaciona com as diversas técnicas de dominação[443]; ideologias e os respectivos aparelhos ideológicos do estado[444], com incontáveis influências macroeconômicas e políticas.

Nessa perspectiva, afirma-se que não consideramos adequado analisar a denominada convergência de modelos jurídicos apenas pelo seu produto final, isto é, pela mescla de técnicas e institutos jurídicos. Ao contrário dessa proposta, atenta-se para o trânsito de técnicas e institutos entre países de distintas tradições em decorrência da atuação de interesses de grupos econômicos, e sempre em nome de um vetor que busca a consolidação de um projeto de poder.

Insista-se, caso não tenha ficado suficientemente elucidado, os tribunais atuam como agentes que atendem ao chamado dos investidores. Premidos pela potencialização dos lucros,

[443] Conferir o texto de Max Weber sobre os três tipos puros de dominação legítima em: WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber:** sociologia. 7. ed. São Paulo, SP: Ática, 1999, p. 128-141.
[444] ADORNO, Theodor W.; ZIZEK, Slavoj... [et. al.]. **Um mapa da ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

minoração das perdas e intimidação concorrencial, os investidores exigem segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade[445], algo que, nem sempre é obtido em arenas legislativas[446].

Com base nessas premissas, veremos, principalmente com Ugo Mattei e Laura Nader[447], o modo pelo qual os interesses econômicos repercutem no direito e, de certo modo, orquestram o diálogo jurídico entre países, alguns deles de traços econômicos e sociais tão díspares entre si.

Da leitura da referida obra – Pilhagem – extrai-se algumas premissas para uma melhor compreensão da crítica formalizada no livro. Uma delas é desconfiança dos autores quanto ao uso da expressão estado de direito, pois, conforme destacam, "a distinção entre o legal e o ilegal desaparece em um mundo em que o Estado de Direito se reduz a uma retórica enfadonha ou a uma linguagem ambígua orwelliana"[448]. Servindo como título da obra, a palavra *pilhagem* significa, para os autores, "a propriedade roubada por meio de fraude ou de força"[449]. Tanto o

[445] Com o objetivo de diminuir a incerteza e insegurança jurídicas que poderiam pairar sobre o mercado, os agentes do capital buscaram a implementação de reformas na estrutura do Judiciário, assim como indicado pelo Banco Mundial, em 1996, no Documento Técnico nº 319. Em transcrição literal, afirma Dierle Nunes: "Tais propostas foram, em grande parte, delineadas com base nos pilares desenvolvidos pelo Banco Mundial mediante o relatório intitulado "Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma". Tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado. Isso fica claro no cotejo de inúmeros trechos do aludido documento, que sub-repticiamente conjugam acesso à justiça com defesa do setor privado e do mercado." NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 161. Conforme Michele Taruffo: "Por exemplo, podemos perguntar – como muitos começam a fazer – se globalização significa americanização – do direito assim como de outros fenômenos, da economia à cultura- e, portanto, se o *American exceptionalism* (não no sentido descritivo, mas no sentido valorativo da expressão), não seja na realidade um slogan utilizado para dissimular o frequente espírito imperialista com o qual os americanos observam a si mesmos em conexão com o resto do mundo. Sinais claros nesta direção são – se é verdade, como parece comprovado – que os Estados Unidos subordinam a concessão de financiamentos do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial aos Países em via de desenvolvimento à condição de que estes adotem modelos processuais (em particular para o processo penal) derivados diretamente do modelo americano. TARUFFO, Michele. **Icebergs de Common law e Civil Law?** Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 669.

[446] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV. 4 [2] jul/dez. 2008. p. 441-464.

[447] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. Estima-se que os países capitalistas avançados, mesmo representando apenas 21% da população mundial, controlam 78% da produção e consomem 75% da energia produzida. A fração de 1% mais rico da população mundial controla 40% dos recursos globais. AFONSO, Henrique Weil. **A reconstrução histórica da diversidade no direito internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 151.

[448] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 13.

[449] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 17. Chama-se atenção para a seguinte passagem: "Da perspectiva dos poderosos, a pilhagem é uma maximização racional da utilidade, sendo o saque um retorno dos investimentos em poderio militar e político". MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 36.

saque quanto a fraude são por eles analisados, pois, segundo afirmam, são "ambos resguardados no Estado de Direito por advogados e juristas ilustres"[450].

Em resgate histórico, essencial ao presente trabalho, Mattei e Nader dissertam sobre as raízes históricas da noção do Estado de Direito, trecho que merece transcrição integral:

> Para começar, procuremos identificar nas próprias raízes da tradição jurídica ocidental a origem da noção de Estado de Direito: o momento extremamente simbólico em que se deu o divórcio entre o Direito e a Política, brindando a humanidade com o milagre de um governo de leis e não de homens. Em um governo de leis, recomendado ainda hoje a países como China e Cuba, o mais poderoso dos governantes também deve submeter-se ao Estado de Direito. Foi Sir Edward Coke, talvez o mais influente juiz do common law que já existiu, que empregou o conceito de estado de Direito (com origens na natureza "constitucional" da monarquia inglesa, conforme estabelecido pela Carta Magna) para impedir a participação do rei nas deliberações dos tribunais do common law. Segundo essa antiga concepção, há um domínio do saber que é especializado e pertence aos juristas. O rei (Jaime I, 1603-25), por mais poderoso que fosse, não tinha a legitimidade decorrente desse saber especial, o que não lhe permitia atuar como juiz em "seus próprios" tribunais. O caso "Prohibition del Roy" (1608-12 Coke Rep 63) foi decidido em um período muito difícil da história inglesa, que terminou por levar ao regicídio e ao interregno. Durante essa luta política, os tribunais do common law (muito ciosos de sua jurisdição) estavam aliados aos barões com assento no Parlamento, eles próprios há muito tempo desconfiados de qualquer tentativa de modernização que a monarquia começando pelos Tudor (em particular por Henrique VIII), tentasse fazer. Na verdade, a modernização era uma ameaça aos privilégios da pequena aristocracia rural, e a aliança com os tribunais do common law protegia com sucesso os direitos de propriedade dos ingleses, já há muito tempo estabelecidos. Portanto, o nascimento do Estado de Direito, quer o situemos na época da Carta Magna, quer na de Sir Edward Coke, nada tinha que ver com concepções de democracia, a menos que desejemos afirmar que o Parlamento inglês da época era uma instituição democrática!"[451].

O problema, segundo Mattei e Nader, é que normalmente se representa o Estado de Direito como algo positivo, mergulhando-o num confortável limbo, dada a inexistência de uma crítica intelectual de peso[452].

No entanto, o direito é utilizado para reforçar a pilhagem de outros países, até porque, não basta, para manutenção do poder, o mero uso da força[453]. É digno de nota a percepção da

---

[450] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 17.
[451] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 18-19.
[452] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 21.
[453] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 29. Na visão de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy: "Todos os mencionados elementos referentes ao processo de globalização, identificados com o neoliberalismo e divinizados no *Consenso de Washington*, forçam alterações profundas nos modelos normativos dos países periféricos. O projeto neoliberal realiza-se localmente e por isso as legislações são alteradas, como condição de realização das ordens que possibilitam a hegemonia do *Império"*. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil.** Londrina: Edições Humanidades, 2004, p. 51.

possibilidade de se exportar o direito a partir de modelos distintos, portanto, seja por imposição de natureza militar[454], de caráter autoexplicativo; ou um modelo de imposição por barganha, na qual os países são "convencidos a adotar estruturas jurídicas que seguem padrões ocidentais para não serem expulsos de mercados internacionais"[455]; e, ainda, um terceiro modelo, de disseminação por prestígio, no qual falta ao país receptor a "cultura do Estado de Direito"[456].

O direito transforma-se em uma espécie de mercadoria tecnológica[457]que auxilia a cimentação de um projeto neoliberal de pilhagem ou a consolidação daquilo que se chama nova ordem mundial[458]. Em busca de tal objetivo, muitas estratégias são aproveitadas, como o arrebatamento de agentes considerados cruciais, dentre eles economistas e advogados, que são seduzidos pela ideologia neoliberal[459], bem como a denunciada transferência de "recursos públicos do sistema de bem-estar social para os *apparati* repressivos do Estado"[460]. O denominado neoliberalismo, que fique claro desde já, é considerado "um conjunto de práticas sociais, políticas, econômicas, jurídicas e ideológicas levado a cabo por uma variedade de agentes influenciados pelo que chamamos de "formidável lógica de mercado".[461] Ocorre que, de acordo com uma das teses do economista Thomas Piketty, a manutenção ou até o aumento da desigualdade extrema pode representar riscos para as instituições democráticas[462].

Com especial enfoque ao tema aqui desenvolvido, o livro explicita a exportação do modelo jurídico de *common law*, empreendida principalmente pelos Estados Unidos. Por certo,

---

[454] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 32.
[455] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 32.
[456] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 33.
[457] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 52.
[458] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 55.
[459] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 62.
[460] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 75.
[461] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 89.
[462] Entrevista disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/05/1453820-desigualdade-e-ameaca-a-democracia-diz-piketty.shtml. Acesso em 03/09/2016. Em seu principal livro, fruto de pesquisas realizadas ao longo de quinze anos, Thomas Piketty apresenta graficamente a ascensão da desigualdade ao longo do século XX. Ocorre que a desigualdade tende a desaguar em divergência e, daí, podem surgir incertas respostas nacionalistas. PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 29-34. Os dados que indicam que aproximadamente metade da renda é do país é direcionada aos mais ricos, curiosamente, referem-se aos Estados Unidos. Por derivação, as práticas neoliberais dirigidas ao estrangeiro e o decorrente lucro obtido não alteram a desigualdade interna (EUA).

a matriz jurídica estadunidense a ser exportada não é originariamente sua. Trata-se do direito herdado da Inglaterra, ainda que posteriormente tenha sido adaptado à sociedade americana.

O ideal do juiz como um oráculo da lei é transmitido da Inglaterra aos Estados Unidos, mas, surpreendentemente, é na américa que se efetiva o controle judicial de constitucionalidade[463]. De acordo com Mattei e Nader, há um estímulo à exportação de ideias e conceitos jurídicos, consolidando-se um quadro de verdadeira americanização[464].

A dinâmica da americanização exige o cumprimento de várias diretivas. Pode-se elencar, dentre outros fatores além do estímulo à exportação de conceitos jurídicos, os seguintes: a) o fomento à mediação: isso porque, o Banco Mundial passa a exigir a mediação para resolução de conflitos, como condição de prestação de assistência[465]; b) mudança de consciência jurídica e política de outros povos: portanto, além de fomentar a exportação de conceitos e institutos, reconhecendo-se as dificuldades de implementação específica de alguns deles, é mais seguro transferir, de modo genérico, a consciência jurídica americana; c) a propagação da ideia segundo a qual o direito deve ter por foco a eficiência e não a justiça social[466].

O quadro formado é ainda mais difícil de ser desfeito, pois se constata a possível aliança de forças internas com esse tipo de projeto. Realmente, há duas formas de imposição do Estado de Direito nos países periféricos. Assim é que a imposição pode se dar exclusivamente por coerção (se preferir, pelo uso da força) [467] e, portanto, sem qualquer preocupação com a geração

---

[463] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 111. Por óbvio, o referido controle de constitucionalidade não poderia mesmo surgir na Inglaterra, em razão da ausência de Constituição escrita.

[464] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 130. Veja-se, ainda, a seguinte passagem: "Concepções jurídicas importantes, outrora criadas no continente europeu e exportadas para o mundo colonizado, se produzem agora, pela primeira vez, em um ordenamento jurídico de common law: os Estados Unidos. Sem dúvida, o atual predomínio mundial dos Estados Unidos foi, de início, econômico, militar e político, e só recentemente passou a jurídico, de modo que uma pronta explicação da hegemonia jurídica pode ser encontrada em uma simples concepção do Direito como produto da economia". MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 254. Uma advertência se faz importante. Os próprios autores deixam claro que: "qualquer histórico da americanização do Estado de Direito transnacional precisa levar em consideração sua genealogia europeia e seus fundamentos filosóficos. Na verdade, quando nos referimos à americanização do Estado de Direito, talvez seja mais exato ressaltar que se trata de uma euro-americanização, tanto na dimensão política quanto na econômica. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 110.

[465] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 134-135.

[466] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 167. A partir dessa premissa, "a eficiência devia tornar-se o princípio condutor da interpretação jurídica". MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 168.

[467] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 254-255. TARUFFO, Michele. **Icebergs de Common law e Civil Law?** Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. *In:* TEMAS atuais do direito:

de consenso ou, numa segunda forma, impõe-se o Estado de Direito norte-americano pelo consenso.

Há razões para acreditar que os países imperiais foram capazes de enxergar as desvantagens no mero uso coercitivo de recursos bélicos sanguinários[468]. Por esse motivo, investe-se cada vez mais numa estratégia mais inteligente, ou seja, busca-se que o sistema jurídico do império seja admirado pela periferia[469]. Nesse sentido, acrescentam Mattei e Nader, "o Direito é um mecanismo minucioso e complexo de controle social, que não pode funcionar sem alguma cooperação dos diferentes indivíduos que trabalham para as instituições jurídicas".[470]

A partir dessa premissa, são empreendidos esforços para a criação da figura retórica do Estado Democrático de Direito, como produto do conúbio entre Democracia e Estado de Direito[471]. Na visão de Rosemiro Pereira Leal, nos países de *common law*, a dispensa de leis prévias se dá em virtude da vida privilegiada existente na Inglaterra e nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que castigam os países do Terceiro Mundo com miséria e dominação[472].

Significativo, quanto ao tema, é o Documento n. 319 do Banco Mundial. Como pontuado anteriormente, foram feitas, no referido documento, algumas "recomendações" expressas sobre a necessidade de alteração dos Códigos de Processo dos países periféricos[473].

Não se pode deixar de mencionar, um grave problema dessas tendências reformistas de índole neoliberal, é que se busca a implementação de processos céleres inspirados em máxima produtividade. Como assinala Nunes, visando atender aos interesses do Banco Mundial,

---

estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 669.

[468] As guerras do Vietnã e do Iraque servem como exemplos dos altos custos necessários à manutenção de aparato bélico em outro território. Nem sempre o retorno financeiro é compensador.

[469] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 254-255.

[470] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 255.

[471] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 255-256.

[472] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 187.

[473] Sob outra vertente, José do Carmo Veiga de Oliveira aponta os equívocos do projeto de reforma de índole liberal: "a Magistratura Nacional foi jungida a um sistema decisório que lhe impede de proferir suas decisões livremente, como sempre foi da tradição secular da família da civil law, numa espécie de "mesclagem" com a família da common law". OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do Efeito Vinculante no Novo CPC:** mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 20. Consideramos existir um importante equívoco na passagem transcrita, pois, ao magistrado, ao contrário do defendido por Oliveira, **não é conferido o poder de decidir livremente** ou conforme sua consciência, seja na tradição do *civil law* ou do *common law.* Apesar da nossa discordância quanto à perspectiva voluntarista de Veiga de Oliveira, o trecho serve para demonstrar que a influência americana no direito de outros países não é fruto de delírio ou da adesão à teoria da conspiração. Conferir: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência?. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

procura-se garantir a produção industrial de decisões, mas, por certo, essa "usina" jurisdicional, comprometida unicamente com interesses econômicos, gera um ambiente no qual se descura das garantias constitucionais, como se o processo fosse um produto e o cidadão-jurisdicionado um mero consumidor[474].

Essa perspectiva "neoliberal" fulmina o imprescindível aspecto comparticipativo e, focada na produtividade, impede que o processo exerça sua função de correção normativa[475]. Curioso notar o fato de o neoliberalismo processual se apropriar do discurso socializante, deturpando-o em busca de sua funcionalidade sistêmica[476].

Para propiciar a dominação pacífica, é imprescindível a existência de um enlace entre o império e os agentes de poder do país periférico. Assim, grandes grupos econômicos reservam recursos ao patrocínio de campanhas políticas, para assegurar, desse modo, um certo grau de apoio em favor de suas pautas que exigem aprovação. Mas isso não basta. É necessário, também, uma forte investida no judiciário[477].

---

[474] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 161-164.

[475] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163.

[476] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 165.

[477] "Há estudos comprovados que indicam que os organismos internacionais, a exemplo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, então [rectus estão] investindo cifras elevadíssimas na remodelação do Poder Judiciário de vários países. Todavia, essa atitude não implica, diretamente, na recuperação do prestígio interno dessa instituição, mas, na verdade, numa reestruturação para efeito de assegurar, com maior celeridade, a recuperação de capitais que precisam ser retomados, e, para isso, utilizam-se do matiz de faze o Judiciário desses países mais eficiente e acessível ". OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do Efeito Vinculante no Novo CPC:** mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 33-34. Em nota de rodapé, José do Carmo Veiga de Oliveira, cita artigo de Boaventura de Sousa Santos, do qual se colhe elementos concretos que indicam o direcionamento de recursos da Agência Americana de Apoio ao Desenvolvimento ao judiciário de diversos países, como forma de assegurar o retorno de recursos do sistema financeiro (neoliberal). Segundo Ugo Mattei: O modelo norte-americano mostra no curso da história a sua capacidade para assumir a jurisdição efetiva a nível mundial, graças às suas características estruturais únicas, acompanhado de um poder político e econômico sem precedentes. O juiz americano reivindica o próprio poder de decidir os casos sucessivos mais de meio século atrás, a milhares de quilômetros de distância de seus limites geográfico-políticos, confrontando-se comparativamente com as alternativas estrangeiras de modo explícito. A partir dessa comparação o modelo dos EUA sai triunfante, porque todas as alternativas são apresentadas como insuficientes, por razões estruturais, para fazer justiça da mais terrível tragédia da história. Cada sistema americano << não americano>> não faz, portanto, qualquer coisa de essencial para apresentar-se como um modelo de direito alternativo daquelo do além Oceano. Assim fazendo, o juiz norte-americano estende seu plano global e o próprio papel, já firmemente consolidade em sua pátria, de <<senhor da fonte>>, de oráculo dominante de um direito desta forma universalizado. Tradução livre, no original: "Il modello statunitense mostra nel corso di questa vicenda la propria capacità di assumere giurisdizione effettiva a livello globale, grazie alle proprie uniche caratteristiche strutturali, accompagnate da un potere politico ed economico senza precedenti. Il giudice americano rivendica il proprio potere di decidere casi successi oltre mezzo secolo fa a migliaia di chilometri di distanza dai propri confini geografico-politici, confrontandosi comparativamente con le alternative straniere in modo esplicito. Da questo confronto il modello statunitense esce trionfatore, perché tutte le alternative vengono presentate come insufficienti, per ragioni strutturali, a far giustizia della più immane tragedia della storia. Ogni sistema <<non americano>> manca quindi di qualcosa di essenziale per presentarsi come un modello di legalità alternativo rispetto a quello d'oltre-Oceano. Così facendo, il giudice americano estende sul piano planetario il proprio ruolo, già saldamente detenuto in patria, di <<signore della fonte>>, di oracolo dominante di un diritto per questa via universalizzato".

Outro importante fator de concretização da influência norte-americana (e também inglesa), é a naturalização dos conceitos do vocabulário jurídico daqueles, nos países periféricos[478]. Certamente que essa genuflexão à linguística estrangeira, por parte das periferias, ancora-se não apenas na assimilação de conceitos oriundos de outros modelos, mas principalmente em decorrência de uma transmudação da **consciência jurídica**[479]. Embora se fantasie uma convergência natural e até mesmo autopoiética[480] de culturas jurídicas, fato é que essa naturalização se dá propositadamente, com auxílio de uma aliança firmada entre persuadidos atores do país considerado de periferia e os Estados Unidos. Esse respaldo é obtido, segundo Mattei e Nader, porque:

> Os advogados e professores de Direito da América Latina adquirem capital social em seus países de origem (porque preenchem a "falta") por meio de doutorados e conhecimentos especializados que obtêm nos Estados Unidos. O Direito é um aspecto essencial para o estudo e a descrição da história do expansionismo norte-americano e o entendimento de seu imperialismo[481].

Feitos esses apontamentos, é possível notar uma correlação entre aquilo que se designou como pilhagem e o fenômeno da convergência entre sistemas[482]. O objetivo aqui é criar um ambiente capaz de estimular a reflexão sobre a importação de técnicas, institutos, conceitos e comportamentos culturais do direito estrangeiro. Assim como um organismo contaminado, aquelas técnicas e institutos trazem consigo, de modo latente é verdade, um risco inerente à sua característica virulenta, cujo elo parece ser, pela leitura do Novo Código de Processo Civil, algo

---

MATTEI, Ugo. **Il modelo di common law.** Quarta edizione con la collaborazione di Emanuele Ariano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 177.

[478] "Conceitos e concepções intrinsecamente norte-americanos tornam-se parte do vocabulário e da cultura comuns à prática jurídica, até mesmo entre operadores do Direito de outros países com sistema legal diferente, fortalecendo ainda mais a advocacia dos Estados Unidos em âmbito global". MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 289

[479] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 141

[480] A expressão foi incorporada aos sistemas sociais, a partir da biologia, principalmente pela obra de Niklas Luhmann. Segundo Jean Clam, "a autopoiese é um conceito que foi elaborado, como indicado, no quadro de uma proximidade sistêmica, por biólogos que tentavam explicar a organização do ser vivo. Eles não pensavam em introduzi-la fora da autocriação de seres organizados. Em verdade, o autocriacionismo tornaria supérfluo o esforço do conhecimento científico por si mesmo, já que ele atribuiria a seu objeto uma plasticidade infinita, arruinando tudo o que é em uma equiprobabilidade vertiginosa" [...] Esse sistema permite, dessa maneira, as operações reprodutivas sobre a base recursiva das operações que as precedem. Um sistema pratica a autopoiese desde o momento em que ele é capaz de encadear as operações nas quais ele se efetua a si mesmo sem ter que recorrer a referências ou a impulsos externos. CLAM, Jean. **A Autopoiese no Direito**. *In*: Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 89-90. Conferir: LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 56-72; TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 53-64.

[481] MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 126

[482] Contudo, não podemos desprezar advertências feitas por ocasião da abordagem das famílias de direito.

inquebrantável, o que deveria ser suficiente para motivar a desconfiança e desestimular a euforia quanto à convergência e importação.

3.4 Apontamentos finais sobre as causas da crise na diferenciação das famílias jurídicas

A busca por identificação e agrupamento de elementos de diferenciação entre as tradições ou famílias de *common law* e *civil law* torna-se ainda mais frustrada pela constatação da existência de alguns elementos comuns. Com ênfase no processo civil, Mauro Cappelletti explica que, embora existam certas diferenças, muitas delas sutis[483], é possível atestar que os ordenamentos jurídicos distintos (*civil law*, *common law* e também países da Europa Oriental) trazem regras comuns, principalmente em razão do direito substantivo[484].

Ao tratar de aspectos técnicos do processo, o autor concluiu, do mesmo modo, pela existência de um método em comum em países de tradições distintas:

> Na segunda parte de nosso estudo conduzimos, a investigação sobre alguns princípios que dizem respeito não mais ao objeto, mas melhor à forma e à técnica interna do processo: oralidade e escritura; imediatidade e mediatidade da relação entre o juiz, as partes e as testemunhas; direção do processo subtraída ou confiada ao juiz; "publicidade" e "moralização" ou, finalmente, "socialização" do processo (este último fenômeno que, como se viu, é independente daquele, tão mais radical, que poderíamos chamá-lo de tendência socializante, ou seja, da "publicização" do processo substancial com a abolição do jus privatum, fenômeno que, no campo processual, reflete-se exatamente na supressão do princípio dispositivo). Vimos que, a este respeito, um método comum aos vários países europeus foi elaborado pela grande doutrina que floresceu em torno das primeiras universidades italianas, nos séculos XI a XIV, e se difundiu depois, praticamente, por toda a Europa Continental e, pelo que se refere às cortes de *equity*, também na Inglaterra (para não falar na Escócia, onde o *jus commune*, substancial e processual, penetrou muito mais amplamente). Este método comum, esta jus *commune-procedure* sobreviveu, pelo menos em parte, durante todo o século XVIII, e em muitos países durante todo o século XIX e, até, pode-se dizer, os primeiros decênios do século XX. Tal método estava fundado nos princípios da escritura, da mediatidade e da completa inatividade e neutralidade do juiz, ao qual se devia subtrair toda a direção do processo, considerado como "coisa das partes". O processo "comum" alemão e austríaco anterior às *Zivilprozessordnungen* de 1877 e de 1895 estava fundado ainda naqueles princípios dos quais havia começado (mas apenas começado) a se separar o *code de procédure civile* francês de 1806[485].

---

[483] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001, p. 27-28.
[484] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001, p. 33-34.
[485] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001, p. 99-100.

Considerando superficial o esquema *civil law versus common law*[486], Nunes faz um percurso no sentido de reconstruir o sistema processual a partir da rivalidade entre liberalismo e socialização. Desde a fase pré-liberal, passando-se pela socialização; ao final apresenta um modelo comparticipativo (policêntrico) de processo. A direção seguida pelo autor – a de contrapor liberalismo *versus* socialização – traz contribuições enriquecedores, pois, ao fazer aquela comparação, o pano de fundo é o papel desenvolvido pelos sujeitos processuais.

Portanto, tanto o liberalismo processual, estribado no protagonismo das partes; quanto a socialização processual, na qual predomina o protagonismo e virtudes do agente judicial, são inadequados para a implementação de um processo efetivamente democrático[487].

Ao contrário daquelas perspectivas liberais e socializantes, verificadas em diversos países – portanto, independente da tradição de *civil law* ou *common law* – há que se perceber a necessidade de existência de um verdadeiro policentrismo processual, modelo no qual os sujeitos devem assumir responsabilidades, sem, contudo, que isso venha a configurar omissão do magistrado, principalmente como garante de direitos fundamentais[488].

Além das questões técnicas, da matriz econômica (liberal ou social), há, ainda, uma última observação a ser feita, sobre as dificuldades deste tipo de recorte. É que, como lembra Michel Foucault, o estado, no início da era moderna, passa a incluir a vida humana nos cálculos de poder estatal[489]. De certa forma, isso colabora para o surgimento de maiores semelhanças na implementação das políticas estatais e, por conseguinte, há um intercâmbio entre técnicas de dominação, pouco importando a sua origem e a cultura da qual emergem e, certamente, o direito não se mostra alheio a tal tendência.

Portanto, caso as palavras lançadas acima não tenham sido em vão, é possível afastar o otimismo que marca a apresentação de variados juristas ao falarem entusiasmadamente sobre os sistemas estrangeiros, e que acabam lançando o Brasil no rol dos países carentes de reforma voltada à sua plena melhoria, algo que somente poderia ser implementado pela integral adoção

---

[486] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51.

[487] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 253-255.

[488] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 255-256

[489] "Se pudéssemos chamar "bio-história" as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de "bio-política" para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana; não é que a vida tenha sido exaustivamente integrada em técnicas que a dominem e gerem; ela lhes escapa continuamente". FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade** I: A vontade de saber, p. 155-156. Conferir, a respeito, AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 10-11.

de um modelo de precedentes judiciais, cuja justificativa se dá pelo aparente sucesso do direito nos países como Inglaterra e Estados Unidos. Vimos, ao contrário, sérios equívocos teóricos, que lamentavelmente constituem a base na qual vem sendo se assentando a tradição do *common law*.

4 O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

4.1 Direito legicêntrico e a utilização da jurisprudência no Brasil: as bases para a compreensão do direito brasileiro frente às tradicionais famílias jurídicas do *civil law* e *common law*

Com base no que fora escrito até aqui, o próximo passo a ser dado é bastante intuitivo. Trata-se, certamente, de analisar o ordenamento jurídico brasileiro à luz das tradições do *civil law* e *common law*. Entretanto, é preciso advertir, tendo em mente a mencionada crise na diferenciação entre as famílias jurídicas e a crise institucional dos nossos tribunais (notadamente os superiores), por óbvio, a análise será feita a partir desta premissa, ou seja, da possibilidade de ter o Brasil seguido, grosso modo, o mesmo caminho de outros países pertencentes à tradição do *civil law* e, desta maneira, ter recebido influências da tradição jurídica do *common law*.

Caso não tenha ficado claro, trata-se de tema importante, pois nos últimos anos cresce, em profusão, a referência à "jurisprudencialização" do direito brasileiro, dando a entender, à evidência, que o fenômeno seria recente[490]. Precisamos, entretanto, melhor compreender essa quadra.

A estruturação do direito brasileiro teve, logo em sua gênese, a marcante influência das leis e da codificação[491], certamente por herança lusitana. Aquela tendência incipiente predizia a vocação do direito brasileiro, ulteriormente confirmada, de apego à codificação e de farta produção legislativa, características impassíveis de grandes questionamentos no direito brasileiro dos nossos dias.

As Ordenações Afonsinas são consideradas como um marco da codificação moderna. Embora de curta duração – 1446 a 1511 – foram responsáveis pela compilação de diversos textos legais, inaugurando-se, deste modo, a matriz da codificação[492]. A referida matriz

---

[490] FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito:** reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. Conferir: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016; especialmente p. 345-374.

[491] VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**, p. 66.

[492] As Ordenações Afonsinas foram elaboradas a partir de um critério de compilação de diversas leis e o texto é típico de um código, tendo sido as ditas Ordenações divididas em cinco livros. CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil**, p. 274. Perceba-se, nos primeiros anos após o "descobrimento", não havia interesse de Portugal na exploração das terras brasileiras e, por tal razão, até 1530 não foi tentada uma legislação sistemática para a nova terra. SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 19. Portanto, ao se analisar os períodos de vigência das Ordenações Afonsinas, é fácil concluir que sua importância é mais contextual do que prática. Sobre os diversos períodos do direito em Portugal, conferir: ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 83-86.

codificadora tem sequência com as Ordenações Manuelinas, com o Código Sebastiânico e, ainda, com as Ordenações Filipinas[493]. Estas últimas representam "o mais duradouro documento jurídico tanto da história de Portugal quanto do Brasil"[494].

De maior importância, para nós, é constatar que ainda no século XVI eclode a primeira disputa por poder em terras brasileiras. A referida contenda, induvidosamente entre pessoas, mas disfarçada pela crença num concurso entre a legislação e jurisdição, tem lugar na longínqua época das capitanias[495]. Com a insatisfação de Dom João III, a Coroa portuguesa dera início ao transporte de aparatos burocráticos à colônia. Na dinâmica de exercício de poder e controle sobre o novo território brasileiro, a estrutura judicial torna-se uma espécie de esqueleto da burocracia colonial, portanto, desempenhara destacado papel[496].

Nos anos de 1548-49 é criado e implementado o Governo Geral[497]. A partir daí, nascem não apenas alguns cargos de feição jurisdicional[498], mas, também, ensaia-se uma completa estruturação e hierarquização dos órgãos judiciais, com a possibilidade de apresentação de recursos. O Tribunal de Apelação – também conhecido como Relação ou Casa da Relação –

---

[493] VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 66-67. Valladão assinala que as Ordenações Manuelinas mantiveram o sistema das Ordenações Afonsinas, embora tenha ocorrido uma condensação. VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 67.

[494] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 282.

[495] No interessante relato de Schwartz, consta que Martim Afonso de Sousa recebera, de Dom João III, amplos poderes judiciais, que se estendia a todos os membros da expedição e todas as pessoas do Brasil, portanto, tudo indica ter sido o primeiro homem com poder judicial (leia-se, jurisdicional) em território brasileiro. Rapidamente foi constatado que somente a colonização permanente poderia impedir a invasão do território descoberto. Visando assegurar a posse das terras, Dom João III divide o território em doze capitanias. Os donatários (aqueles que receberam as faixas de terra) receberam, do Rei, poder judicial em suas respectivas capitanias. Podiam, ainda, nomear outras pessoas para o exercício desta função, certamente de modo hierarquizado. De tal modo, em cada capitania havia uma estrutura judiciária própria, cujo vértice era o próprio donatário. Cabe ressaltar, no entanto, que a Coroa esperava o cumprimento das leis portuguesas, mas há relatórios que indicam abusos e inobservância das leis por parte dos donatários, ao exercerem a função judicial. SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 20-22.

[496] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 4. Recorde-se do desenvolvimento da ligação umbilical entre a colônia brasileira e Portugal, logo nos anos iniciais após a chegada dos portugueses. Como afirma Stuart B. Schwartz, "o desenvolvimento brasileiro anterior e posterior a 1580 freqüentemente seguia ou acompanhava o desenvolvimento em Portugal ou qualquer outro lugar do império. É, pois, necessária a compreensão da estrutura judicial portuguesa em 1580 para que se possa entender o período subsequente". SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 4.

[497] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil**, p. 304-305. Segundo Marcus Seixas Souza, a coroa "providenciou a instalação dos órgãos de sua burocracia administrativa, fiscal, alfandegária e de justiça, com a finalidade de aperfeiçoar o controle sobre a colonização". SOUZA, Marcus Seixas**. Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro**: Colônia e Império, p. 49.

[498] CASTRO, Flávia Lages. **História do direito geral e do Brasil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 307-309. Conferir VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 73.

compunha, juntamente com a Casa da Suplicação e outros órgãos, a estrutura judicial da época[499].

No vértice da organização judiciária, havia o Desembargo do Paço. Presidido pelo Rei, este funcionou como supremo tribunal de justiça[500] e tinha como função nuclear não aquela típica de um tribunal – ou seja, de julgamento de recursos – mas servia, ao contrário, como uma espécie de conselho governamental e, por isso, assumiu a centralidade da estrutura burocrática do império português[501]. Ainda no século XVI, Rodrigo Vázques, incumbido de analisar a organização judicial da época, direcionou críticas às cortes supremas de Portugal e logo foram empreendidas reformas importantes em Portugal, algo que, na sequência, gerou reflexos nas colônias[502].

No Brasil, o primeiro tribunal permanente tem as atividades iniciadas em 1609[503]. Por outro lado, é preciso assinalar, pelos relatos históricos, constata-se que desde a fase das capitanias, mostrou-se ininterrupta a posição de relevo da lei.

Com esse quadro, não tardou para surgirem os primeiros conflitos entre outras instituições governamentais e o Tribunal de Relação, acusado de se meter em assuntos que não lhe competiam[504]. Com base neste último apontamento, suspeita-se que, mesmo ao tempo da formação do direito brasileiro, ainda colonial, o aparato burocrático judiciário já dava mostras de assunção de certo protagonismo.

Portanto, situar temporalmente a utilização do direito jurisprudencial apenas nas últimas décadas, como vem sendo afirmado à exaustão[505], consiste em desprezo à narrativa histórica

---

[499] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 7.
[500] VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 74. Stuart B. Schwartz faz um organograma bastante didático sobre a estrutura judicial de Portugal e suas colônias. SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 27.
[501] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 9.
[502] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 37-40.
[503] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 52-56.
[504] SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979, p. 171-172. Nos dias atuais, a intromissão do Judiciário em outras esferas do poder é preocupante e caminha-se para a implosão institucional. Pouco tempo depois de afastar o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, o Supremo Tribunal Federal, afastou também o presidente do Senado Federal, Renan Calheiros. O caso se tornou ultrajante e escancarou uma crise institucional brasileira, isso porque, o Senador Renan Calheiros se negou a cumprir a determinação de afastamento do STF, desdenhando por completo da ordem judicial. Conferir: http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/07/maioria-do-stf-vota-pela-permanencia-de-renan-como-presidente-do-senado.htm.
[505] Segundo Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, somente nos últimos vinte anos a doutrina brasileira passou a se interessar pela construção de uma teoria geral dos precedentes. DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas.

sob enfoque, a menos que aquele tipo de afirmação corresponda, rigorosamente falando, ao **aumento** do seu uso nas últimas décadas, aí sim um posicionamento ao qual se pode aderir, ainda assim com bastante cautela. Nesse sentido, em reforço ao argumento, pertinentes são as advertências trazidas por Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza pois, segundo afirmam:

> Por este motivo, parece integrar o senso comum teórico dos juristas a ideia de que as recentes reformas do sistema jurídico processual, no sentido de valorizar os precedentes judiciais no Direito brasileiro, constituíram mudanças no status quo e/ou um movimento em direção a uma nova tradição – ignorando-se características do Direito do Império e do Direito português anterior, que valorizam a jurisprudência e os precedentes de modo mais intenso do que se imagina[506].

Como não há espaço, aqui, para um estudo pormenorizado, voltado ao enfrentamento da influência dos precedentes desde a época colonial – pois isto exigiria, inclusive, o estudo meticuloso do direito português – serão feitos brevíssimos apontamentos sobre o uso da jurisprudência no Brasil. Em seguida, veremos se houve um avanço ou sistematização do direito jurisprudencial ou, para alguns, a inauguração de um sistema precedencialista.

Um fator deve ser logo destacado, devido à sua grande importância. Trata-se de atentar para o fato de as técnicas precedencialistas terem sido desenvolvidas e aprimoradas especialmente nos países de *common law*[507]. No direito brasileiro, por sua vez, é possível perceber uma colossal escassez técnico-teórica no manuseio dos precedentes, talvez em virtude da herança histórica que ainda situa o Brasil, de modo estanque, entre os países da tradição de *civil law*, acreditando-se, portanto, no protagonismo do legislador. As técnicas de aplicação de precedentes, foram, historicamente, deixadas de lado.

O aspecto historiográfico constituiu, igualmente, um tema de fundo de inigualável importância. Isso porque, Marcus Seixas Souza, ao fazer o resgate histórico do direito brasileiro, identifica o surgimento do precedente judicial ainda na era colonial[508], surgindo também, naquele tempo, a discussão sobre a vinculação ou não aos precedentes. Portanto, o emaranhado de dados históricos pode ser reconstruído historiograficamente, surgindo daí, na perspectiva do autor, a ideia de nascimento do precedente judicial em âmbito nacional há quase meio milênio.

O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 103.

[506] DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 106.

[507] DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 103.

[508] SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro:** Colônia e Império. Dissertação de Mestrado. Salvador, 2014, p. 58-64.

A conclusão é impactante, principalmente se levarmos em consideração que, mesmo nos dias atuais, há quem defenda a inexistência de um sistema de precedentes judiciais no Brasil. Mais do que isto, para além da discussão sobre a sistematização, afirma-se inexistirem precedentes no Brasil, sendo, apenas, um sistema de vinculação jurisprudencial, isto é, pela esquematização do texto legal, alguns provimentos se tornam vinculantes e devem ser observados no momento da construção da decisão judicial[509].

Fato é que, pelo relato de Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, baseado em farto e convincente material bibliográfico, tanto na era Imperial, quanto após a Proclamação da República, o precedente e a jurisprudência eram considerados como fonte do direito[510]. Provavelmente ainda mais surpreendente é verificar que a dispersão jurisprudencial no direito brasileiro era motivo de preocupação desde meados do século XIX[511].

Registra-se que o art. 361 do Decreto nº. 848 (1890), continha o seguinte enunciado: "Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes: e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houver de interpretar leis da União" (sic). Lado outro, o art. 386, ainda do Decreto nº. 848, dispunha:

> Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto.
> Os estatutos dos **povos cultos** e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal (sic)[512].

---

[509] STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p.175-182, p. 176.

[510] DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 107. Conferir também SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro:** Colônia e Império. Dissertação de Mestrado. Salvador, 2014, p. 89-101.

[511] "Quando com as mesmas leis variam as decisões e casos identicos, aggrava-se o mal a ponto de ser melhor viver sem lei alguma. Estamos nestas circumstancias desanimadoras. Interpreta-se a lei como cada um quer; não ha limite para a liberdade de julgar, e desta liberdade, tão ampla póde abusar, sem receio algum, desde o juiz de paz até o ministro da justiça, e este, talvez, com mais algum receio" (sic). p. 4. CASTRO, José Antônio de Magalhães. **Decadencia da magistratura brasileira; suas causas e meios de restabelecê-la.** Rio de Janeiro: Typographia de N. L. Vianna e filhos, 1862.

[512] Decreto nº. 848 de 11 de outubro de 1890. Porém, antes mesmo do referido Decreto nº. 848, haviam decisões de natureza judicial que deveriam ser levadas em consideração para outros casos, são elas: os arestos e os Assentos. Os arestos são "as decisões judiciais, não suscetíveis de reforma, proferidas, em forma de julgamento definitivo, pelos tribunais superiores", e foram usados para poupar o trabalho de fundamentação da decisão nos tribunais. Já os Assentos, eram, igualmente, atos do Poder Judiciário, mas de natureza legislativa. A força dos Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa foi evidenciada ainda no século XVII. Os Assentos são legalmente incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº. 2.684 (de 1875) e o Decreto nº. 6.142, datado de 1876. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro.** 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1960, p. 443-444. Conferir a histórica completa, bem como a natureza jurídica dos Assentos em: SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo Saraiva 2005, p. 187-212.

Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza destacam, em primeiro lugar, a influência norte-americana no direito brasileiro, pois, o Supremo Tribunal Federal republicano fora afetado pela Constituição dos Estados Unidos da América e sua Suprema Corte. Em segundo lugar, os autores esclarecem que a aparente determinação de subsidiariedade do direito norte-americano no Brasil foi rejeitada pela doutrina da época. Concluem, portanto, que o problema dos precedentes fora inaugurado nos primeiros anos da República[513].

De todo modo, por influência de Rui Barbosa, a Constituição de 1891 recebeu inspiração do direito constitucional norte-americano e, por decorrência, adotou-se o *judicial review*[514]. Verifica-se, portanto, a formatação de um modelo jurídico híbrido, mesmo na fase inicial da República, como produto da fusão de caracteres cravados nas duas tradições, ou seja, no *common law* americano e no direito romano-germânico[515].

A própria Constituição de 1891 se incumbiu de fortalecer o direito jurisprudencial, como consta em seu art. 59, inciso III, § 2º[516], aparentemente para pôr fim à volatilidade da jurisprudência do período imperial[517]. Assim como ocorrido no direito estrangeiro, torna-se necessária a criação de um sistema de divulgação dos julgados, exatamente para assegurar a publicidade dos mesmos e possibilitar a extração da *ratio decidendi* do caso, bem como a promoção de eventual *distinguishing*[518]. Decorrido tanto tempo, é assustador e lamentável o fato de muitos operadores do direito desconhecerem, por completo, conceitos como *ratio decidendi* e *distinguishing*, elementares em qualquer ordenamento jurídico no qual se aplica a lógica do direito jurisdicional.

Nas Constituições ulteriores não constaram dispositivos que privilegiassem o uso da jurisprudência. No entanto, o Decreto 23.055 (1933) determinou a obrigação de os órgãos

---

513 DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 107-110.

514 ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 24-25.

515 ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30.

516 Art. 59 [...] § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União. Conferir ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1960, p. 449; DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 114.

517 DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 115.

518 SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes judiciais no Direito republicano.** *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 3, 2016 (no prelo), p. 10.

judiciais inferiores interpretarem as leis de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[519]. Lembram Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza que, embora os assentos tenham sido extintos, outros institutos, como os prejulgados[520]; prejulgados trabalhistas[521]; representação para a interpretação de lei ou ato normativo[522]; e a súmula da jurisprudência dos tribunais[523], assumem, em alguma medida, a antiga função dos assentos[524].

Em paralelo àquela tendência de valorização da jurisprudência, é preciso lembrar que, em momento algum, a usina de leis e dos códigos teve sua atividade interrompida. Ao contrário, no século XX, o Brasil foi palco de verdadeira profusão legislativa, não abandonada até os nossos dias[525]. Trata-se, no entanto, para que não se permita má compreensão do assunto, de uma tendência não circunscrita ao Brasil[526].

Constou, no art. 853, do Código de Processo Civil de 1939, dispositivo que inadmitia revista em caso de existência de jurisprudência uniforme[527].

---

[519] DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 115; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*, p. 115.

[520] Art. 2º da Lei 319 de 1936 e art. 861 do Código de Processo Civil de 1939. Conferir ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180.

[521] Art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho.

[522] Emenda Constitucional nº. 7, de 1967, que alterou a Constituição de 1967.

[523] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 259-265.

[524] DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015, p. 116. Súmula que surge, segundo relato do Victor Nunes Leal – então relator da emenda regimental que a instituiu e, ainda, dos primeiros 370 enunciados – como subproduto da sua falta de memória, que o obrigou a reunir e sistematizar notas para ulterior consulta. Conferir JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: **Fundamentos e sistematização.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 397. Conferir também SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes judiciais no Direito republicano.** *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 3, 2016 (no prelo), p. 11-13.

[525] Para se ter ideia da usina legislativa brasileira, até o ano de 2010 o CPC/73 foi modificado por aproximadamente 70 leis, representativas de algo perto de 460 alterações. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do NCPC** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 194.

[526] Quanto ao tema, transcreve-se trecho de Nicola Picardi: "Cappelletti sublinhou que – ao lado de um certo grau de criatividade que é intrínseco em todo ato de interpretação – o aumento dos poderes do juiz é hoje relacionado à enorme expansão da produção legislativa, aquela "orgia legislativa" que aparece como uma das características do Welfare State. A elefantíase legislativa é correlata, pois, a uma falta de tecnicismo: estão cotidianamente sob nossos olhos textos normativos que mostram um claro caráter de compromisso, que resultam carregados de ambigüidades ou aparecem freqüentemente emanados in fraudem legis. [...] Procurando analisar o fenômeno na sua atuação prática, devemos indubitavelmente reconhecer que através da aplicação do juiz – mesmo no direito continental –, as leis (e em geral, as fontes escritas) vêm, pouco a pouco, a cobrir-se de precedentes, que terminam por condicionar-lhes a futura leitura"(sic). PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, 146-147.

[527] Veja-se a redação original, ulteriormente alterada pela Lei 1.661 de 1952: "Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Civis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso

Dando prosseguimento, não há como esquecer do instituto do enunciado de **súmula** da jurisprudência dominante, esta que exerceu influência ímpar no processo de aumento da valorização do direito jurisprudencial no Brasil. A súmula despontou no ano de 1963, mais especificamente por ocasião de uma emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal. São aprovadas, de pronto, trezentos e setenta enunciados de súmula, na sessão de 13 de dezembro de 1963, tendo sido a vigência dos referidos enunciados adiada para o ano seguinte[528].

Mais adiante o instituto da súmula será analisado de modo esquadrinhado, principalmente porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 traz a ela um atributo todo novo, o da possibilidade de se tornar vinculante. De imediato, basta sublinhar o fato de ter servido a súmula, num primeiro momento, como substantivo coletivo, na medida em que, embora sua redação fosse singular, transmitia a ideia de multiplicidade, como uma espécie de compêndio, apesar de ter sido aquela ideia, num segundo momento, deturpada pela *práxis*[529].

O texto original do Código de Processo Civil de 1973, em Capítulo próprio, previu a técnica da uniformização da jurisprudência, com a possibilidade de edição de súmula para fins de uniformização e formatação de precedente[530], mas, é preciso assinalar, foram publicadas diversas leis esparsas, cujo conteúdo indica a busca pelo fortalecimento do direito jurisprudencial.

---

extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas. Parágrafo único. Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, ou turma, que a adotou, ou as Câmaras reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar".

[528] LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 11 Set. 2016, p. 1. Conferir ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 178-179; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ.** 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 123.

[529] LUNELLI, GUILHERME. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 106.

[530] "Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência".

Nessa linha de raciocínio, colhe-se[531] das Leis 5.584/70[532]; 8.038/90[533]; da Lei complementar 43/93[534]; do Decreto 2.346/97[535] e, ainda, das Leis 9.139/95[536]; 9.756/98[537]; 10.352/01[538]; 10.522/02[539]; o patente robustecimento do direito jurisprudencial[540].

---

[531] A indicação do conteúdo legislativo deu-se a partir da pesquisa no sítio eletrônico do Planalto, com alguns parâmetros de busca, como, por exemplo, as palavras: jurisprudência e súmula. Além disso, houve a consulta na doutrina, conforme recomendação de leitura. A impressão que se tem é que há fartura de dispositivos que privilegiam o uso da jurisprudência, de tal forma que é bastante difícil catalogá-los sem deixar nada para trás. Assim como ocorreu com outros autores, é possível que algum dispositivo legal tenha sido omitido. Conferir FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito:** reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 72-80.

[532] A referida lei fez constar o seguinte texto: "Art 9º No Tribunal Superior do Trabalho, quando o pedido do recorrente contrariar prejulgado estabelecido ou súmula de jurisprudência uniforme dêste Tribunal já compendiada, poderá o Relator negar prosseguimento, ao recurso, indicando o correspondente prejulgado ou súmula".

[533] Nasce, com o diploma legal indicado, a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal, leia-se, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: "Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal". SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes judiciais no Direito republicano.** *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 3, 2016 (no prelo), p. 18.

[534] No art. 4º, consta a atribuição ao Advogado-geral da União de unificar a jurisprudência administrativa e editar enunciados de súmula administrativa com base na jurisprudência uniforme (iterativa) dos tribunais.

[535] A obrigação de edição de súmula por parte da Advocacia-Geral da União; abdicação do exercício de direito de ação, no caso de a pretensão contrariar enunciado de súmula mencionada anteriormente; possibilidade de desistência de interposição de recursos. São estes exemplos descritos no referido Decreto, cuja tônica é evidentemente a mesma do movimento de valorização jurisprudencial.

[536] Com a referida Lei, foi alterado o art. 557 do CPC/73, passando-se a conter a seguinte redação: "Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. "

[537] Pela Lei 9.756/98, o CPC/73, a CLT e a Lei 8.038/90 foram alterados. Além de alguns pormenores, relacionados ao preparo e também sobre as peças para instrução de recursos, o objetivo central é claramente a uniformização jurisprudencial. Destaque para os seguintes enunciados: "Art. 1º. A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 120. Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente; Art. 481. Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão; Art. 544. § 3o Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior." (NR) "§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. Art. 2º Os arts. 896 e 897 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; [...]§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho". Uma análise atenta demonstra que o art. 557 do CPC/73 havia sido alterado pela Lei 9.139/95. No entanto, pela Lei 9.756/98

Por sua vez, a Emenda Constitucional 45/2004 é sempre lembrada entre aqueles que se propõem a escrever sobre o assunto. Realmente, não poderia deixar de ser, pois, por ela, fora instituída a súmula vinculante. No que nos interessa, a referida Emenda incluiu o art. 103-A[541]e, a partir daí, mais do que um critério de padronização e generalização, o referido instituto tem a missão de gerar vinculatividade e, de certa forma, inaugurar um certo constrangimento aos agentes incumbidos de poder decisório dos órgãos jurisdicionais e na administração pública direta e indireta[542].

alarga-se ainda mais o poder do relator, possibilitando-se o provimento monocrático do recurso se a decisão recorrida contrariar, de modo manifesto, súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

[538] Alterou-se a redação do art. 475 do CPC/73, com a inserção do § 3º, de tal forma que a remessa necessária passou a ser dispensada nas hipóteses em que a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

[539] O art. 19 da lei indicada autoriza a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não contestar, não apresentar recurso ou dele desistir, caso já tenha sido interposto, na hipótese de haver jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

[540] Conferir: NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira:** uma perspectiva crítica. Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179 – 208, jan/jun. 2013, p. 196.

[541] "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

[542] Conferir: DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 87-103.

A escalada legislativa em favor da solidificação jurisprudencial teve sequência com as Leis 11.276/06[543]; 11.417/06[544]; 11.418/06[545]; 11.672/08[546]; 12.322/10[547]; e 12.844/13[548].

Como visto, nas últimas décadas, houve um reforço em favor da jurisprudência. Sobre essa afirmação, assinala-se que ainda década de 70, Rubens Limongi França falava na existência de três grupos de juristas, com percepções díspares em relação ao direito jurisprudencial. De acordo com o autor:

> O primeiro, seria o dos negativistas, que atribuem pouco ou nenhum valor a jurisprudência como tal. O Segundo, dos que exacerbam o valor da mesma, e que

[543] De importante, para nós, na referida lei, é a modificação do CPC/73, dando a seguinte redação ao art. 518 do Código: "Art. 518. § 1o. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2o. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso".

[544] A lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências. Destaque para o art. 3º, que estipula o rol de legitimados a propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante e também para o art. 7º, que prevê a possibilidade de apresentação de reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal, caso alguma decisão judicial ou ato administrativo venha a contrariar enunciado de súmula. Notoriamente, há pelo menos duas questões extravagantes. A primeira delas, é o rol dos legitimados para a proposição de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula, já que, ao desautorizar qualquer do povo a requerer um daqueles procedimentos, cria uma espécie de assembleia de especialistas, baseando-se, por certo, num critério abstrato de representatividade. A segunda questão exuberante é possibilidade de apresentação de reclamação contra ato decisório que contrariar enunciado de súmula. Não se cogita de técnica idêntica sequer para proteção de um dos direitos fundamentais previstos no texto da Constituição da República, mas a súmula goza de tal vigília, inserindo o enunciado de súmula numa condição de inalcançável regalia.

[545] É inaugurada, mediante a inclusão dos arts. 543-A e 543-B, no CPC/73, como condição de admissibilidade do Recurso Extraordinário *strictu sensu*, a repercussão geral, considerada esta, a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Destaque para o fato de a decisão que inadmitir o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral ser irrecorrível e o § 5º do aludido dispositivo estender os efeitos da ausência de repercussão geral para todos os recursos que versarem sobre questão idêntica.

[546] Acresce o art. 543-C ao revogado CPC/73, para dispor sobre os recursos especiais repetitivos, nos seguintes termos: "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. [...]§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial".

[547] O CPC/73 é alterado pela referida Lei 12.322/10 para, dentre outros assuntos, o § 4º do art. 544 prevê a possibilidade de o relator negar seguimento ou dar provimento, conforme a decisão esteja em consonância ou contrariedade ao previsto em súmula ou jurisprudência dominante.

[548] Na redação dada pela referida lei, altera-se a Lei 10.522/2002, de forma que se amplia o rol de tribunais dos quais a jurisprudência emanada pode dispensar a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de interpor recurso ou dele desistir, caso já tenha sido interposto anteriormente. O dispositivo, nada obstante, vai além. Ele congrega a dispensa do recurso, mas também da apresentação de contestação. De fato, na redação original, não era possível que a Procuradoria deixasse de contestar, mas, pela inovadora redação, autoriza-se a não apresentação da contestação em caso de jurisprudência desfavorável à tese de defesa. Certamente, estamos diante de mais um indicativo do fortalecimento do direito jurisprudencial. Eis a nova redação que foi dada ao art. 19 da Lei 10.522/2002 que também modificou o inciso II: "Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda".

> chamaríamos jurisprudencialistas. O terceiro, o dos que se poderiam denominar realistas, pois, segundo nos parece, colocam a questão nos seus devidos termos[549].

Do referido texto de Limongi França, colhe-se que os "jurisprudencialistas", como assim são por ele chamados, **realçam a posição da jurisprudência como expressão do Direito**, inclusive com a possibilidade de decisão *contra legem*, estando inclusos, no referido grupo, ainda na metade do século passado, juristas como Washington de Barros Monteiro e Vicente Ráo[550]. Ocorre que a defesa de reforço do papel do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico, depositando-se apenas no judiciário a correção do direito ganha maior espaço nos dias atuais.

Para além disso, percebeu-se a insuficiência de fixação do reforço da jurisprudência, se a mesma se mostrasse livre de obrigatoriedade ou, noutras palavras, sem qualquer vinculatividade. A inconstância jurisprudencial representava um genuíno infortúnio aos juízes e aos próprios tribunais que a fixavam. Precisava haver uma melhor estruturação no manejo da jurisprudência. Desse modo, a legislação começa a ser modificada em prol da padronização.

Realmente, até que se alcançasse uma estruturação como a do CPC/2015, na qual o sistema é integralmente desenhado para o reforço do direito jurisprudencial, nota-se uma gradativa alteração legislativa. Recorde-se, aqui, as anotações feitas sobre o percurso inglês em busca da racionalidade e padronização das decisões judiciais, que, assim como se testemunha nos dias atuais, contou com reformas legislativas e uma considerável reestruturação do ensino jurídico, de modo que, a incerteza do *"dog-law"* pudesse ser substituída pela racionalização dos precedentes, mesmo sem a presença de um código que pudesse fazê-lo.

Agora que já estamos mais familiarizados com a listagem das inúmeras leis favoráveis à aplicação do direito jurisprudencial, um exame um pouco mais detalhado da cronologia das referidas leis nos estimula a não enxergar apenas coincidência na fecundidade legislativa em prol da jurisprudência, característica marcante dos últimos vinte anos ou trinta anos.

Anteriormente, algumas linhas foram reservadas para comentar o Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial. Com base nele, falou-se sobre a tendência de realização de reformas processuais de feição neoliberal.

Ao se fixar os olhos nas diversas leis mencionadas, comparando-as com o disposto no Documento nº 319, não é exagero afirmar a existência de um notável estreitamento entre eles. No referido Documento nº 319, é feito um apelo para a reforma do judiciário, reformulação esta

---

[549] FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 170.
[550] FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 171.

que deveria se dar pela implementação de algumas diretrizes. Pelos dizeres nele contidos – implícitos ou escancarados – nota-se, de modo muito evidente, que a reforma proposta pelo Documento nº 319 está inserida no contexto de proteção ao capital, cuja averiguação pode ser extraída da seguinte passagem:

> Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário, pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.
> Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados[551].

No escrito do Banco Mundial, desenvolve-se um argumento segundo o qual a independência dos juízes não se restringe à ausência de influência política. Ao contrário, mais do que uma mera insinuação, associa-se, de modo categórico, a independência dos juízes à estrutura organizacional do judiciário[552].

É verdade que consta, no documento, menção à independência interna do judiciário, isto é, torna-se objeto de preocupação a possibilidade de um juiz de inferior hierarquia sofrer influência de Cortes Supremas ou por parte do Legislativo[553]. Isto sugere que no documento de recomendações do Banco Mundial a liberdade decisória da magistratura constituiria ponto importante da reforma do judiciário. No entanto, o argumento parece cínico, pois, no mesmo documento, há um indicativo claro de que os serviços judiciais são tidos como mercadoria[554] e, contra o fracasso verificado no judiciário dos países latino-americanos, é preciso pôr em prática um programa de redução da morosidade do sistema[555].

---

[551] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 18.
[552] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 20.
[553] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 21.
[554] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 22.
[555] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 33. Em transcrição literal: "Os programas de reforma também podem incluir alterações nos procedimentos administrativos e nos códigos de processo, para aumentar a eficiência no processamento das demandas". DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 33-34.

Desse modo, coleta-se do Documento nº 319, a proposta de reforma processual, de modo a favorecer os procedimentos orais e minimizar o tempo de tramitação[556].

Partindo-se de uma falácia ou, ao menos, de uma fala retórica[557], além da reforma processual, recomenda-se a otimização dos serviços pelo reforço dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos[558].

De modo muito sutil, nota-se a possibilidade de ocorrer incentivos financeiros por parte do Banco Mundial, para fins de efetivação das reformas nos países em desenvolvimento, mas aqueles ficam condicionados à assimilação e ulterior execução dos princípios básicos apontados pelo documento do Banco Mundial:

> O Banco Mundial pode auxiliar, em parte, financiando relatórios sobre o setor judiciário dos países através de uma equipe multidisciplinar e politicamente diversificada. Além das considerações locais as reformas devem considerar os direitos reconhecidos pela comunidade internacional. **Os valores internacionalmente reconhecidos se apresentam como importantes padrões na reforma. Existem, por exemplo, princípios básicos de independência do judiciário definidos pelas Nações Unidas, bem como pelas Código de Padrões Mínimos de Independência do Judiciário da Associação Internacional de Advogados.** Esses princípios foram desenvolvidos para assegurar os princípios internacionais sobre direitos humanos, não podendo ser ignorados durante os processos de reforma. Quando não existe "audiência pública e justa por um tribunal imparcial e independente" ocorre a violação desses princípios de direitos humanos. Os elementos da reforma do Judiciário, como anteriormente esposados, buscam diretamente atender a esses princípios. O objetivo desses projetos é o de prover um serviço eficiente, igualitário, respeitado e valorizado pela comunidade. **A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância.** Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global[559] (destacamos).

---

[556] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 36.

[557] "As Cortes prestam um serviço público que deve ser estruturado para que todos, independentemente da renda, possam acessá-las, levando em consideração as fontes de recursos disponíveis". O trecho é retórico, pois, parece despreza o fato de que o direito de ação (direito à jurisdição) integra o rol dos direitos e garantias fundamentais. No Brasil, basta ver o disposto no art. 5º inciso XXXV da Constituição da República.

[558] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 38-39.

[559] DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016, p. 60-61.

Para que o argumento não seja radical e peque pela vagueza das recomendações de cunho neoliberal, algo que seria bastante infrutuoso, vemos, de modo prático, que, no Brasil, a partir da década de noventa, a assimilação da proposta neoliberal se dá por meio de atos normativos do governo, podendo-se citar, como exemplos, a Medida Provisória nº 1.179/95 e a Resolução nº 2.208, que versam o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, e, na sequência, outros atos estatais são aprovados, visando proteger o sistema financeiro[560].

A partir da década de noventa, com base em algumas leis e, ulteriormente, com a reforma do judiciário, levada a efeito por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, cria-se, na visão de José do Carmo Veiga de Oliveira, uma estruturação em prol da homogeneização e esta, por sua vez, voltada à proteção do capital investido[561].

É verdade que aquele arsenal de leis indicadas, favorável à aplicação mais célere e concentrada da jurisprudência, permitiria extrair conclusões sobre a existência de um "modelo jurisprudencialista", se é que se poderia usar uma expressão como esta. Mas a dispersão dos enunciados legais, permitiu igualmente a dissidência jurisprudencial e a almejada estabilidade acabou se desnaturando num modelo de concentração de poder nas cortes de sobreposição. Com tamanha instabilidade, a desejada celeridade não se deu em concreto. Era preciso fazer mais. Exigiam-se outras mudanças com foco na diminuição da dispersão jurisprudencial e, por derivação, a otimização da "prestação jurisdicional". Se fazia necessária uma mudança de racionalidade, que só viria pela estruturação de enunciados legais de modo sistemático e pelo incremento das técnicas processuais voltadas à aplicação do direito jurisprudencial.

Mostrava-se necessário, ainda, promover o transplante definitivo de parcela da mentalidade típica dos países de *common law*, pois, embora já se tenha destacado os entraves na divisão do direito entre famílias, em países daquela tradição, o respeito aos precedentes se dá de modo quase natural. Exigia-se, por fim, que aquela estruturação de que se falou logo atrás fosse apta à própria alteração do sentido das palavras. Era de significativa importância, portanto, transformar o **"direito jurisprudencial"**, difundido em tantas leis, num **"sistema de**

---

[560] OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do Efeito Vinculante no Novo CPC:** mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 205-207. O autor cita, em cifras, a destinação de recursos por parte do Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento à diversos países da América Latina, embora não conste o Brasil naquele rol.

[561] OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do Efeito Vinculante no Novo CPC:** mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 215-221. Segundo o autor, a Emenda Constitucional nº 45/2004 representa a consagração das propostas que vinham sendo recomendadas pelo Documento Técnico nº 319.

precedentes”. A vinculação às decisões dos tribunais de maior hierarquia se revelou, outrossim, um aspecto fundamental a ser implementado.

E tudo aquilo se tornou realidade no Brasil. Um passo crucial em favor da desejada estruturação foi dado pela Lei 13.015/14[562], mas, é com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15), ulteriormente alterado pela Lei 13.256/16, que se ensaia um sistema vocacionado ao extremo respeito às decisões anteriores, adote-se ou não a nomenclatura do **precedente judicial.**

4.2 O sistema de precedentes no CPC/2015

No capítulo anterior foi destacada a convergência entre tradições, famílias ou modelos jurídicos. Apesar de ter sido afirmada a tendência de circulação de técnicas e institutos entre diversos países, viu-se que, principalmente os Estados Unidos, se esforçam para transportar a outros países não apenas técnicas e institutos, mas também a mentalidade jurídica daquela nação.

A partir do momento em que se encara o entrecruzamento de modelos jurídicos, é inevitável reconhecer o surgimento de sérias dificuldades. Talvez a mais clara delas resida na compatibilização de técnicas e institutos estrangeiros frente ao modelo jurídico importador. Espantosamente, até com uma certa naturalidade, este embaraço – a possível incompatibilidade entre técnicas e institutos estrangeiros e nacionais – é deixado de lado. O motivo deste inexplicável esquecimento é a confiança na força da sistematização do direito nacional (importador), nascendo daí a crença – um pouco ingênua é verdade – que as técnicas e institutos importados se submeteriam ao sistema jurídico pátrio.

Quanto à última afirmação, pode-se apresentar uma forte objeção. Isso porque, se a tese de Ugo Mattei e Laura Nader estiver correta, ao se transportar a mentalidade jurídica do império à periferia, a quantidade e desenvoltura das técnicas e dos institutos, bem como sua assimilação, apresenta-se como um simples complemento de algo muito maior. Portanto, se este for o caso, o sistema interno não seria capaz de resistir à influência da mentalidade estrangeira. Por conseguinte, é de se cogitar da tendência de abertura do sistema interno ao sistema estrangeiro, representando essa possibilidade um perigoso caminho.

Na Exposição de Motivos do CPC/2015 há menção expressa sobre o pano de fundo que guiou os trabalhos da comissão de juristas responsável pela confecção do anteprojeto. Como

[562] Com a Lei 13.015/14 reformula-se, por completo, a dinâmica de aplicação jurisprudencial no âmbito trabalhista. Falaremos mais sobre a reforma pouco mais adiante.

confessam os juristas, trata-se de um objetivo genérico voltado a "imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema"[563]. Aliás, na Exposição de Motivos, o grupo de juristas utilizou a palavra sistema e seus significados correlatos (organicidade, forma sistemática, coesão, subsistemas) com irritante repetência[564].

À exemplo dos juristas responsáveis pela elaboração da Exposição de Motivos do CPC/2015, quando tantos outros se valem da palavra sistema, tudo indica que se aproveitam do sentido dicionarístico ou enciclopédico da expressão. E, desse tipo de fonte, certamente mais descomplicada, colhe-se a definição de sistema como um "conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação", para nos valermos aqui de um verbete do famoso Dicionário Aurélio. No mesmo dicionário, considera-se sistema, ainda, uma "disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada"[565]. Esta noção de sistema, umbilicalmente ligada à

---

[563] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Orgs). **Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 50.

[564] Para se ter ideia, é possível colher da Exposição de Motivos aproximadamente quarenta passagens que se valem da palavra sistema e semelhantes.

[565] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1943. Colhe-se, agora do dicionário de filosofia, a seguinte noção de sistema: "conjunto de elementos, materiais ou não, que dependem reciprocamente uns dos outros de maneira a formar um todo organizado" ou [...] "Especialmente, conjunto de idéias científicas ou filosóficas logicamente solidárias, mas enquanto são consideradas na sua coerência mais do que na sua verdade. "Um sistema não é outra coisa senão a disposição das diferentes partes de uma arte ou de uma ciência numa ordem em que elas se sustêm todas mutuamente, e onde as últimas se explicam por meio das primeiras"(sic). LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 1034. Conferir, sobre sistema, com referências à Kant, Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll e Coing: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 9-11. Como ensina Thomas Vesting, "sistema jurídico era como se chamava, no século XIX e, algumas vezes, como ainda hoje se chama um conjunto ordenado segundo princípios, a "unidade interna" de um ordenamento jurídico constituído de enunciados jurídicos e instituições. Aqui, "unidade interna" refere-se a uma disposição totalmente específica do material jurídico, a saber, a colocação em correspondência de todos os enunciados jurídicos e instituições segundo categorias superiores e inferiores, com uma categoria suprema como conclusão ou ápice". VESTING. Thomas. **Teoria do direito:** uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP: linha direito comparado, p. 89. Por sua vez, a transposição do pensamento sistemático, de feição natural-filosófica para o direito tem início com a Escola Histórica do Direito, especialmente Savigny e Puchta. VESTING. Thomas. **Teoria do direito:** uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP: linha direito comparado, p. 108. Partiremos dessa noção basilar de sistema. É verdade que seria mais indicado aprofundar no tema, principalmente pela possibilidade de deturpação ou simplificação extrema do uso das palavras, a aconselhar maior cuidado. Entretanto, a palavra sistema é de origem remota, já que teria surgido por volta dos séculos II e III d.C. No mesmo sentido, há longa data diversos filósofos e pensadores – da envergadura de Kant e Hegel por exemplo – vêm se ocupando da temática (CRUZ, Valéria Álvares. **Sistema adaptativos complexos e o direito.** São Paulo: Fiuza Editores, 2001, p. 13-25), apesar de que, segundo Thomas Vesting, é apenas no século XX que se pode falar na invenção e desenvolvimento de uma teoria dos sistemas VESTING. Thomas. **Teoria do direito:** uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP: linha direito comparado, p. 32. Jürgen Habermas, ao se referir ao mentor da teoria dos sistemas – Talcott Parsons – informa não ter sido desenvolvida qualquer outra teoria da sociedade tão complexa como a de Parsons. Eis então que surge, a partir de Parsons, uma efervescência na investigação dos sistemas HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** volume 2: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 359). Na trilha daquela ebulição, o fenômeno jurídico passa a integrar ou ser desenvolvido a partir da teoria dos sistemas. Para Niklas Luhmann, expoente da teoria dos sistemas aproveitável no direito, a vantagem daquela teoria reside no fato de que, por ela, possibilita-se a descrição do próprio limite do sistema em relação ao ambiente.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 20. Em complemento, para Luhmann, é possível descrever o sistema jurídico como um sistema que se auto-observa e se descreve. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 31. Mas, a mensagem mais importante a ser passada, é que não pretendemos usar imprudentemente a teoria dos sistemas de Luhmann ou qualquer outra, apenas para justificar o enrijecimento jurisprudencial. É curioso perceber, inclusive, que Luhmann não entende sistema como a interconexão de determinadas regras, como feito por muitos juristas, pois, segundo afirma, trata-se de uma interconexão de operações factuais com vínculo em comunicações operacionais, contando, ainda, com a distinção entre sistema e ambiente. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. p. 54-55. O direito, em Luhmann, é subsistema social. Do mesmo modo, trabalhar o sistema de precedentes em Luhmann, de modo sério, exigiria a remissão à problemática dos sistemas abertos e fechados, bem como o rigoroso e árduo estudo dos sistemas autopoiéticos, transportado das ciências naturais à sociologia pela teoria dos sistemas de Luhmann. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 56-65. A tentativa de leitura da Exposição de Motivos e de todos os enunciados do CPC/2015 que versam os precedentes é ainda mais tentadora, se verificarmos que Luhmann, embora não tenha formulado a sua teoria para o restrito âmbito do direito, se debruça sobre o lugar dos Tribunais no sistema jurídico. Devido ao inescapável dever de decidir (proibição do *non liquet*), consagrado na maior parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, os tribunais, para Luhmann, se inserem numa posição especial no sistema jurídico. De fato, os outros poderes podem deixar de decidir, enquanto a jurisdição não pode fazê-lo e disso decorre que, mesmo que não haja direito, devem inventá-lo. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p.408-423. A inevitabilidade da proibição do *non liquet* não apenas conduz à decisão do passado no presente, mas, como esclarece Luhmann: "Os tribunais reconstroem o passado no formato do caso que se faz presente. Só se levará em conta o que necessário para a decisão do caso, e nada mais. Para a delimitação da necessidade de informação vem em socorro o direito vigente. Esse direito é pressuposto como dado; portanto, como produto do passado. [...] De fato, os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro. Isso ocorre no esboço das regras de decisão às quais o tribunal se aterá em casos futuros do mesmo tipo. Essas regras de decisão podem ser regras de interpretação das leis, ou, como se tem sobretudo no Common Law, regras que se adquirem diretamente com base na abstração do caso. Trata-se sempre de inventar delimitações que deverão ser vinculativas no futuro. Isso significa: o sistema se fecha temporalmente ao construir o presente (que de per se se esvanece com a decisão) como passado de um futuro presente. A decisão se apresentará como modo futuri exacti, conformada por regras, sendo, assim, disciplinada LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 435-436. Desta forma, Luhmann nega a simplificação típica do positivismo jurídico que pretende cercar o direito, impedindo, assim, a conexão com a moral e outros aspectos da sociedade. Sem pretendermos trabalhar este difícil tema, indica-se a consulta às seguintes obras: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 341; LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I.* Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49-119; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 66-80; CRUZ, Valéria Álvares. **Sistema adaptativos complexos e o direito.** São Paulo: Fiuza Editores, 2001, p. 75-86; TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 122-131; HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** volume 2: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 368-542; LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011 (Coleção Sociologia); ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico:** uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF). Aponta-se, ainda, como discussão sobre a relação entre direito e moral, o que poderia dilacerar as típicas noções de sistema, exatamente pelo reconhecimento de uma conexão entre aqueles âmbitos e ainda, pela constatação de que o discurso jurídico faz parte do discurso prático geral, indica-se o exame de ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 241-321. Ronald Dworkin também afirma a conexão entre direito e moral ou, de modo mais exato, nas palavras do próprio Dworkin: "Afirmei que uma teoria geral sobre como o direito válido deve ser identificado, a exemplo da teoria do próprio Hart, não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela que pretende não apenas descrevê-la, mas também justificá-la – mostrar por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor. Se assim for, isso significa que a própria teoria jurídica baseia-

proposta de codificação, é plenamente justificável, principalmente porque é intuitiva e colabora na assimilação do texto legislativo, notadamente pelos práticos do direito.

Em nome da segurança jurídica e da efetividade, na Exposição de Motivos do CPC/2015, é revelada a profunda preocupação com a indesejada fragmentação do sistema, algo que poderia ocorrer em decorrência da oscilação jurisprudencial. Nesse contexto, os tribunais superiores assumem a função de moldar o ordenamento jurídico por meio de suas decisões. No entanto, além dos objetivos anteriormente citados, espera-se que a uniformização e estabilização jurisprudencial, dadas não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segunda instância, sejam capazes de reduzir a sobrecarga de processos no judiciário[566].

Partiremos, portanto, de uma noção genérica de sistema, como premissa à análise dos ditos precedentes no CPC/2015, mas, é preciso advertir, o sistema não será tido como pano de fundo da institucionalização dos precedentes, pois, conforme nossa compreensão, essa proposta é muito mais ousada e exigiria trabalho doutoral. Embora se pretenda fazê-lo, ainda não é o momento.

Para nós, a noção de sistema, à luz da qual se pode desenvolver o estudo dos precedentes no CPC/2015, exige a compreensão mínima de predicados ou caracteres do próprio sistema. Lançou-se a hipótese de inexistência de demarcação teórica quanto ao uso da noção de sistema na Exposição de Motivos do Código. Nesse cenário de inquietante indefinição, basta indicar que, à configuração de um determinado sistema (ou subsistema) jurídico, de menor significância é a quantidade de enunciados normativos ou o batismo jurídico como sistema[567], como normalmente ocorre com os códigos, nos quais se presume o atributo da sistematicidade. Diferentemente, o que mais importa para a configuração de um sistema de precedentes judiciais – poder-se-ia falar em subsistema –, para nós, poderia ser resumido em três aspectos: a) a coerência de enunciados legais que convergem a prol de uma finalidade específica; b) a

se em julgamentos e convicções morais e éticos". DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 200. A concepção de sistemas rígidos colide com a compreensão de direito de Dworkin, que reconhece a conexão entre direito e moral. Por isso mesmo, Dworkin denomina de arquimediana a concepção de filosofia, integrada por teóricos como Hart, que se valem de uma espécie de metodologia de duas ordens e, nesse sentido, adotam uma "meta" discurso. Conferir: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 199-207.

[566] Por isso, vêm à tona as afirmações imperativas sobre a necessidade de o judiciário ser composto por cortes compreendidas como um todo orgânico. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

[567] Irrelevante, neste ponto, se a nominação se deu interna ou externamente.

estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos; e c) a autoridade exercida pela estrutura organizacional anteriormente mencionada.

Após termos mencionado o caminho percorrido no Brasil, de reforço paulatino do direito jurisprudencial, é inevitável recordar do direito inglês, pois, como visto, especialmente nos séculos XVIII e XIX, naquele país, defendeu-se a unificação, racionalização e estruturação dos precedentes, algo que acabou desaguando, no final do século XIX, na alteração de diversas leis e, por fim, na fixação da tese do precedente obrigatório/vinculante por ocasião do julgamento do caso *London Tramways v. London County Concil* (1898).

Claro que há diferenças na dinâmica entre os dois países, mas a busca pela estabilidade da jurisprudência é um ponto certo de convergência entre os países.

No CPC/2015, em consonância com a ideia mestra contida em sua Exposição de Motivos, tudo leva a crer que os arts. 926 e 927 compendiam o sistema de precedentes. Mas se engana quem pensa que os precedentes se circunscrevem aos artigos indicados. Embora integrantes de capítulo próprio sobre os processos nos tribunais e, nucleares na própria compreensão do tema, nota-se que, na verdade, o legislador se empenhou em difundir, em distintas partes do Código, técnicas de aplicação de precedentes e provimentos vinculantes. Deste modo, há um elo, um encadeamento das técnicas favoráveis à aplicação dos precedentes.

A estruturação indicada pode ser visualizada, por exemplo, pelo disposto no art. 311, inciso II (pois este permite a concessão de tutela provisória de evidência, no caso de "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos"); art. 332 e seus quatro incisos, ao possibilitarem o julgamento de improcedência liminar e, ainda a título exemplificativo, com a exigência de fundamentação analítica e cotejo, conforme previsão do art. 489 § 1º. Um exame detido do sistema recursal demonstra que o mesmo é todo desenhado para reprimir a dispersão jurisprudencial[568]. Num primeiro momento, pela negativa de admissibilidade em caso de a tese do recorrente ser contrária ao precedente ou, ainda, pela possibilidade de o relator julgar o mérito recursal, monocraticamente, tendo por base o que foi anteriormente decidido. Paralelamente, há reflexos ainda na remessa necessária (art. 496); no cumprimento de sentença (art. 521) e até mesmo nas disposições que versam a ação rescisória, a teor do disposto no art. 966 § 5º.

Antes da imprescindível indicação da estruturação normativa sobre o direito jurisprudencial, um aspecto exige urgente esclarecimento. Trata-se de avaliar, de modo mais rigoroso, se é correto ou não afirmar a existência de precedentes e ou provimentos vinculantes

[568] Conferir: CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica.** Revista dos Tribunais. vol. 786, 90º ano, p. 108-128. São Paulo: Ed. RT. abr. 2001.

a partir do texto inaugurado pelo CPC/2015. Nessa linha, pretende-se discernir algumas noções básicas, como as de precedente, súmula e jurisprudência.

4.3 Noções fundamentais: precedente, enunciado de súmula e jurisprudência

Em um único dispositivo – art. 926 – são feitas referências à três institutos distintos. Com isso, os mais afoitos ou distraídos poderiam facilmente embaralhar as noções de jurisprudência, enunciado de súmula e precedente, lá mencionadas.

Enquanto as palavras jurisprudência e súmula são mais familiares aos juristas brasileiros, o mesmo não pode ser afirmado em relação à palavra precedente, que passa ao largo de boa parte dos estudantes e práticos. Isso se dá, é claro, principalmente porque, em sua caracterização original, decorre de outra tradição jurídica, a do *common law*. O fato de existirem, no Brasil, diversas leis de estímulo à aplicação do direito jurisprudencial, não significa reconhecer automaticamente a existência de um modelo ou sistema de precedentes. Muito menos que os juristas e estudantes estão habituados com o tema, na verdade, exatamente o contrário parece ocorrer.

Se, no Brasil, há uma dramática dificuldade na definição do precedente, na tradição do *common law* a busca por definições se torna até dispensável, pois a compreensão decorre, natural e intuitivamente, da própria cultura e prática jurídicas[569]. A dificuldade na apreensão do precedente recomenda deixá-lo para o final, ou seja, após a indicação das noções de jurisprudência e do seu possível produto, a súmula, sendo certo, todavia, que nalguns momentos se resvalará no precedente, para fins de melhor diferenciação.

Eliminando-se o equivocado sentido de considerar jurisprudência a *ementa* disponível em repertórios de sítios eletrônicos vinculados aos diversos órgãos jurisdicionais (por exemplo, nos Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Superiores)[570] ou de natureza privada, noção

---

[569] Como afirma Georges Abboud: "na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicite a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante. Isso não significa que no direito estrangeiro não haja qualquer diferença ou que lá os práticos e teóricos não se preocupem com a diferenciação. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 558. Sobre o grau de vinculação, como assevera Rodolfo de Camargo Mancuso, "mesmo no regime do *common law* registra-se análoga diferença, já que alguns julgados tornam-se vinculativos (*binding precedentes*) enquanto que outros operam na dimensão da influência que podem exercer (e ordinariamente exercem) sobre os casos futuros subsumidos na sua *ratio decidendi*, falando-se nesse caso em *persuasive precedents"*. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes:** natureza: eficácia: operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 420.

[570] No Brasil, é comum a identificação entre jurisprudência e qualquer decisão colegiada de qualquer um dos tribunais. Tecnicamente falando, esses repertórios dos sítios eletrônicos são compostos por julgados e não por jurisprudência. Fala-se até em "jurisprudências", exatamente porque cada caso julgado é visto como "uma jurisprudência". Perde-se, com isto, o caráter básico da noção de jurisprudência, que é o aspecto de conjunto.

vulgar que, lamentavelmente, habita o imaginário dos práticos do direito, a palavra jurisprudência possui, basicamente, três sentidos. Como já mencionado, jurisprudência pode ser compreendida como a ciência do direito ou, por noutro sentido, como o conjunto de pareceres oriundos dos jurisconsultos[571], mas, certamente, não são estas acepções que nos interessam[572].

No que toca à terceira acepção possível, essa sim essencial, jurisprudência pode ser compreendida como conjunto de julgados ou corpo de decisões[573].

A questão não é das mais simples, principalmente quando se contrapõe jurisprudência e precedente. A proposta de clarificação apresentada por Michele Taruffo é feita nos seguintes termos:

> Nas primeiras falas do discurso tenho usado deliberadamente, por simplicidade, os termos "precedente" e "jurisprudência" como se fossem sinônimos. As coisas, porém, não são na verdade assim, ainda que neste sentido seja a linguagem corrente, na qual os significados dos dois termos não vêm normalmente distinguidos. Considero, contudo, que entre precedentes e jurisprudência exista uma nítida distinção, a respeito da qual procurarei esclarecer alguns aspectos. Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo.* Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a *uma pluralidade*, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade "faz precedente". Ao contrário, nos sistemas – como o nosso[574] – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são

---

Ademais, considerar todos os julgados disponíveis nos acertos dos tribunais e noutros sítios eletrônicos representa violação à ideia de constância. Para Fábio Victor da Fonte Monnerat: "Em sentido estritamente técnico processual, por jurisprudência, deve ser entendido a reiteração de julgamentos sobre a mesma matéria, no mesmo sentido proferido em sede de tribunais". MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento.** *In:* Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 341-490, p. 351.

[571] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 108.

[572] Rubens Limongi França propõe cinco significados distintos para a palavra jurisprudência, sendo eles: 1º) conceito lato, de ciência do direito; 2º) conjunto de manifestações dos jurisconsultos (prudentes) sobre as questões jurídicas em concreto; 3º) doutrina jurídica, seja de natureza teórica, prática ou mista; 4º) manifestações dos juízes e tribunais sobre lides; 5º) conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário num determinado sentido. FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 144-146.

[573] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 108. Conferir PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 137-138. Disserta Alexandre Freitas Câmara, de modo resumido: "*jurisprudência* é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em mesmo sentido". CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 428.

[574] No trecho indicado, Taruffo refere-se ao direito italiano.

> necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma[575].

Todavia, a distinção não se restringe ao critério de quantificação, razão pela qual Taruffo realça também o aspecto qualitativo. Referindo-se ao direito italiano, mas para nós aproveitável, Taruffo afirma ser a jurisprudência: "Enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte de Cassação. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto *regras jurídicas*"[576].

É comum a indicação de sensíveis diferenças quanto ao que se entende por jurisprudência nas tradições de *civil law* e *common law*[577]. De acordo com Hermes Zaneti Jr., "nos países de tradição de *civil law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária"[578]. Logo se percebe que, mais uma vez, é necessária a remissão àqueloutra discussão sobre as tradições jurídicas convergentes entre si. O debate é espinhoso principalmente porque a busca por respostas rápidas recomendaria a associação pura e simples entre o precedente e a tradição de *common law* e, de modo inverso, a jurisprudência como marca dos países de tradição de *civil law*. As coisas, no entanto, não se dão dessa forma.

Mauro Cappelletti, ao tratar da estrutura e organização das cortes nas duas tradições distintas, afirma a existência, na tradição de *civil law*, da dicotomia entre as cortes supremas (como a *Cour de Cassation* francesa ou o *Bundesgerichtshof* alemão). A referida segmentação, somada ao fato de algumas cortes serem compostas por um grande número de juízes, gera perda de unitariedade[579]. O tema também aflige Michele Taruffo, que lembra a dificuldade de traçar

---

[575] TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011, p. 142. Rubens Limongi França, na década de 70 do século passado, falava sobre a existência de quatro grupos concernentes à jurisprudência como forma de expressão do Direito. Em transcrição literal: "O primeiro, daqueles que, de modo absoluto, lhe negam a possibilidade dessa prerrogativa. O segundo, dos que são omissos com relação à matéria. O terceiro, dos que a mencionam de modo parcialmente negativo, apenas para dizer que a jurisprudência não pode revogar a lei. O quarto, dos que, enfim, a ela se referem de modo positivo, mas não lhe reconhecem, senão um papel de mero coadjuvante na interpretação das leis". FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 159.

[576] TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011, p. 143.

[577] ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante -** A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. *In:* Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 505-509.

[578] ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303.

[579] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 116-117. Diferentemente, portanto, daquilo que ocorre nos países de tradição de *common law*, nos quais as cortes supremas

aspectos distintivos entre as cortes supremas e aponta a existência de três tipos fundamentais de cortes supremas (o modelo de cassação, o modelo de revisão e o modelo das Cortes Supremas norte-americana e inglesa). No entanto, segundo o autor, constitui característica comum àquelas cortes o fato de que, contra as suas decisões, não ser cabível nenhuma impugnação ulterior[580].

Tendo em vista que alguns processualistas brasileiros apostam na ética dos precedentes produzidos pelas Cortes Supremas, o assunto será abordado com maior profundidade no próximo tópico, mas a menção aqui feita acaba sendo oportuna, porque, nos dias atuais, as cortes supremas assumem diversas funções (reativa e proativa)[581] e torna-se cada vez mais difícil enquadrar os institutos da jurisprudência ou do precedente unicamente segundo o critério que considera o órgão do qual foi emanada determinada decisão[582].

---

são compostas por poucos juízes e tendem a manter maior unitariedade, aumentando-se, desse modo, a própria autoridade de suas decisões (precedentes).

[580] TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas** – Aspectos generales. *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 232.

[581] TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas** – Aspectos generales. *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 234.

[582] "Antes de tudo deve observar-se que há muito tempo se fala de precedente também em muitos dos ordenamentos de *civil law* e não só nos ordenamentos de *common law*. Esta extensão do fenómeno pode, no entanto, provocar muitos mal-entendidos, além de uma perda de precisão do conceito de precedente, dado que nem sempre se entende corretamente que coisa seja isto. Em particular, nem sempre se presta a devida atenção ao fato de que em linha de princípio o precedente se funda sobre a analogia que o segundo juiz percebe entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido, já que apenas sob esta condição se pode aplicar a regra pela qual a mesma *ratio decidendi* deve aplicar-se a supostos de fato idênticos ou ao menos semelhantes. Sendo esta a concepção correta do precedente, de tal forma que o juiz do caso sucessivo aplica a *ratio* do precedente só se perceber esta analogia entre fatos, daí deriva que se fala impropriamente de <<precedente>> quando o raciocínio do juiz sucessivo prescinde de toda comparação ente os fatos dos dois casos. Isso é o que ocorre, por exemplo, na Itália, quando o pretendido precedente que é invocado não é uma decisão sobre um suposto de fato particular, senão uma máxima de poucas linhas extraída de uma decisão recaída sobre fatos que não se conhecem ou não se tomam em conta. Portanto, <<a jurisprudência por máximas>> tem pouco a ver com o precedente, não só porque as máximas podem ser – para usar uma feliz expressão de Rodolfo Sacco – mentirosas, senão sobretudo porque a máxima enuncia sistematicamente uma regra geral e abstrata, frequentemente sem nenhuma referência a situação particular de fato decidida. Estes inconvenientes se agravam, ao invés de reduzir-se, quando sobre cada questão singular se acumulam listas de máximas sem nenhum aprofundamento e sem <<fatos>>, como se a mera interação agregasse alguma justificação ulterior a regra que se pretende aplicar". Tradução livre, no original: "Ante todo debe observarse que desde hace tempo se habla de precedente también en muchos de los ordenamientos de *civil law* y no solo en los ordenamientos tradicionalmente fundados sobre el precedente como los de *common law*. Esta extensión del fenómeno puede, empero, provocar no pocos malentendidos, además, de una pérdida de precisión del concepto de precedente, dado que no siempre se entiende correctamente qué cosa sea esto. En particular, no siempre se presta la debida atención al hecho de que en línea de principio el precedente se funda sobre la analogía que el segundo juez percibe entre los *hechos* del caso que él debe decidir y los *hechos* del caso ya decidido, ya que solo bajo esta condición se puede aplicar la regla por la cual la misma *ratio decidendi* debe aplicarse a supuestos de hecho idénticos o al menos similares. Siendo esta la concepción correcta del precedente, de tal manera que el juez del caso sucesivo aplica la *ratio* del precedente solo si percibe esta analogía entre hechos, de ahí deriva que se habla impropiamente de <<precedente>> cuando el razonamiento del juez sucesivo prescinde de toda comparación entre los hechos de los dos casos. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Italia, cuando el pretendido precedente que es invocado no es una decisión sobre un supuesto de hecho particular sino una *máxima* de pocas líneas extraída de una decisión recaída sobre hechos que no se conocen o que no se toman en cuenta. Por lo tanto, <<la jurisprudencia por máximas>> tiene poco que hacer con el precedente, no solo porque las máximas pueden ser – para usar una feliz expresión de Rodolfo Sacco – mendaces, sino sobre todo porque la máxima enuncia

Em âmbito de investigação histórica, tivemos oportunidade de analisar a mudança legislativa brasileira em favor da aplicação e uniformização da jurisprudência. Embora partindo de realidades distintas, a convergência tão falada aqui diz respeito exatamente à adoção de técnicas de outros ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, os países inseridos na tradição de *civil law*, devido às suas peculiaridades, mas imbuídos pela dinamização da atividade jurisdicional, precisavam implantar a unitariedade do direito jurisprudencial, típica dos países de *common law*. No entanto, almejando-se a dita uniformização, no Brasil, a aproximação jurídica ao modelo de precedentes é feita de modo *sui generis*, pois não há, entre nós, a preocupação de retorno ao passado visando a comparação entre os casos. Ao contrário, no CPC/2015, investe-se alto nos julgamentos por amostragem, visando-se a formação de teses de direito aplicáveis em casos futuros de tal forma que se objetiva o estabelecimento de normas no presente para pré-ordenação do porvir[583].

No Brasil, a reboque do esforço por racionalização do ordenamento jurídico, implementa-se absurdidades, como se vê na metamorfose da jurisprudência em súmula ou qualquer outro instituto similar, vocacionado à atribuição de caráter abstrato, geral e vinculante, à um sem número de casos. Segundo dizeres de Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

> Aqui entre nós, a "jurisprudência" (ou que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará 'resolvida' quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é a Súmula, "jurisprudência dominante", ou julgado proferido em "repercussão geral". Esta peculiar "jurisprudência" preventiva imagina uma possível divergência e trata logo de eliminá-la, não permitindo que a questão amadureça nos Tribunais à medida que for ocorrendo, para que, então, se forme um entendimento consolidado[584].

---

sistemáticamente una regla general y abstracta, frecuentemente sin ninguna referencia al particular supuesto de hecho decidido. Estos inconvenientes se agravan, en vez de reducirse, cuando sobre cada cuestión singular se amasan listas de máximas sin ninguna profundización y sin <<hechos>>, como si la mera iteración agregase alguna justificación ulterior a la regla que se pretende aplicar". TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas** – Aspectos generales. *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 244.

583 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas.** *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (Coordenadores). Processo em jornadas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 454-455.

584 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **"Jurisprudência instável" e seus riscos:** a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 438.

Vimos, lá atrás, que o enunciado de súmula surgiu em 1963 e tinha por objetivo principal a otimização do método de trabalho na aplicação do direito jurisprudencial. Na época da sua criação, foi estabelecida certa divergência sobre a inspiração ou origem do mesmo. Para alguns, a inspiração centrava-se no *stare decisis*, enquanto outros assimilavam-na aos assentos portugueses[585].

Por ocasião da Emenda Constitucional 45/2004, normatiza-se o instituto da súmula vinculante[586]. Lenio Luiz Streck e Georges Abboud formulam uma ácida crítica à súmula vinculante, não exatamente com base no direito, tendo eles, ao contrário, recorrido à filosofia. Segundo afirmam – em nossa visão de modo absolutamente acertado – não é possível pensar em atividade jurídica sem interpretação, principalmente porque, na esteira do giro ontológico-linguístico, não há essências e o mundo não é um conjunto de objetificações[587].

Em complemento à exposição de Streck e Abboud, falando-se de modo mais objetivo, não é possível acreditar que um texto, por mais simples que seja, possa dispensar o ato interpretativo. Um exemplo pode melhor elucidar a assertiva. Tende-se a acreditar que à medida em que se enxuga um texto, promove-se, paralelamente, uma redução de sua complexidade. Isso pode ser verdade em certa medida, mas, como pretendemos demonstrar, pode corresponder também à inversão daquela afirmação. Isso, é claro, se estivermos mergulhados nos paradigmas da filosofia da linguagem, da hermenêutica jurídica e da comunicação como discurso.

Determinada pessoa pode dirigir, ao seu interlocutor, uma pergunta de qualquer natureza. A resposta do interlocutor é um simples, seco e sonoro "*não*". Por mais representativo que possa parecer, aquele "não" depende de interpretação por parte do ouvinte. No mínimo, o ouvinte do "não" pode formular hipóteses complementares sobre o "não" ouvido. Pode ainda tentar convencer o interlocutor de que o "não" não é a resposta mais adequada. O interlocutor,

---

[585] ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 178-179. Segundo o trecho extraído de Zaneti, o projeto do Instituto dos Advogados Brasileiros, no qual se fazia remissão aos assentos não foi aceito, motivo pelo qual seria incorreto assimilar, do ponto de vista histórico, súmulas aos assentos portugueses. Valendo-se da narrativa de Aliomar Baleeiro, a inspiração que teria prevalecido foi a do *stare decisis*, sendo essa a história oficial. O problema maior é que, independente da inspiração, muito cedo as súmulas foram aplicadas como se fossem assentos, dotadas de caráter abstrato e genérico, algo que torna totalmente válidas as afirmações de associação entre súmula e assento. Na verdade, como já destacado anteriormente, a criação da súmula – não a vinculante, é claro – guiou-se, segundo a confissão de Victor Nunes Leal, diga-se de passagem, o Ministro responsável pela emenda regimental e os primeiros 370 enunciados, por um critério eminentemente praxista. Eram breves anotações, inicialmente utilizadas como lembretes, posteriormente sistematizadas.

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

[587] STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52-53.

por sua vez, pode simplesmente insistir no "não" com outros "nãos", algo que frustraria por completo a tentativa de comunicação entre eles, ou, noutra postura, poderia tentar explicar as razões pelas quais a sua escolha pelo "não" pode ser vista como mais adequada. Não se trataria, no caso, de mero recurso retórico, mas da plena compreensão do significado daquele "não" que foi dito.

À medida que se avolumam as palavras e todos os tipos de signos, aumenta-se também, proporcionalmente, a possibilidade de interpretações. Entretanto, a formulação de textos jurídicos, de qualquer natureza, se dá a partir de uma premissa contrária, segundo a qual as palavras são utilizadas com o objetivo específico de implementar a diminuição dos equívocos interpretativos. Busca-se, de fato, na formulação da lei – para partir de um exemplo tradicional – reduzir antinomias e possibilidades de interpretações díspares. Em busca de tal objetivo, uma solução adequada poderia vir com a formulação de um texto de maior coerência, um todo unitário, e o produto do primor da inteligência humana, no qual as palavras são meticulosamente inseridas com vistas à manutenção de sua coerência interna[588]. Essa é a típica proposta que conduz a codificação.

Naquele conglomerado composto por milhares de palavras, acredita-se na uniformidade interpretativa materializada pela harmonização de sua estruturação, tudo isso em decorrência da fé na inebriante razão humana, pretensamente capaz de construir o sólido edifício do conhecimento[589]. Mas aquele ajuntamento de signos, arquitetado materialmente em prol da univocidade, não é capaz de vencer a batalha contra a implacável (embora intangível), incerteza da linguagem.

A referência à era codificação foi feita simplesmente porque a instituição de súmulas vinculantes, no Brasil, segue o caminho da abstração, generalização e certeza da lei. A visão ordinária da súmula vinculante assimila uma fragmentação sem precedentes – com o perdão do trocadilho. A pretensão é dirigida pelo isolamento de um pequeno texto do restante do ordenamento jurídico. A esse respeito, não podemos deixar de recordar de José Joaquim Calmon de Passos, pois, afirmava o saudoso processualista, antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional instituidora da súmula vinculante:

---

[588] Pode parecer hodierna, mas a crença indicada é típica do século XIX, do século das grandes codificações. É ilustrativa a Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Nela, há a recomendação de que a redação das leis se dê com base na clareza, precisão e ordem lógica. É, pela referida lei, determinada a busca pela precisão, que seria alcançada ao se "articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma".

[589] DESCARTES, René. **Discurso do método.** São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15-26.

> Sempre que o objeto da análise é a parte de um todo, o que é necessário para ampliar seu **conhecimento**, faz-se indispensável subsequentemente, seja ela reintegrada ao todo de que foi isolada, para que haja sua **compreensão.** Tenho afirmado em várias oportunidades, e insistentemente, que **nada é sozinho**, bem como **nada é para sempre**. Faz-se imperativo não esquecermos a **interdependência** de quanto existe, incapaz de ser e funcionar solitariamente. Como se impõe termos sempre em mente a precariedade e transitoriedade de todo conhecimento[590].

Calmon de Passos recorda, na sequência, do pensamento de Niklas Luhmann. Para Luhmann, a complexidade – caos – tende a um processo de evolução social dos sistemas e, como resultado, sofre uma redução em sua complexidade[591]. O objetivo norteador da instituição da súmula vinculante realmente se amolda à perspectiva luhmanniana de redução de complexidade[592]. A ferida no (constantemente bombardeado) corpo democrático se abre ainda mais pela imposição Constitucional (?) de vinculação à súmula. Na trilha de Calmon de Passos, desprezam-se os fatos em busca da definição de "um entendimento *standard* do preceito normativo [...] a ser atendido em sua abstração e generalidade e obrigando tanto quanto os preceito legais de natureza interpretativa (sic)"[593].

A súmula vinculante, se aplicada como critério de racionalização, abstração, generalização, legalização, perenização e fechamento argumentativo[594], descolada dos casos anteriores que estão em sua gênese, representa muito mais do que a implementação da tópica, pois, na dinâmica almejada, a súmula não é só o ponto de partida, mas representa, a rigor, o ponto de chegada. Num breve parêntese, o precedente judicial deve ser visto como *starting points* ou *principium*[595]. Mas é preciso esclarecer melhor a hipótese.

Afirmar que o precedente deva ser visto como ponto *principium*, não significa ombreá-lo a um artefato tópico canalizado à facilitação do julgamento massivo de demandas. Aliás, no âmbito da tópica jurídica, como aquela exposta por Theodor Viehweg, a mesma é vista como instrumento infiltrado no sistema jurídico por meio da interpretação, visando eliminar as contradições existentes naquele sistema[596]. Revelando íntima ligação ao objeto do presente

---

[590] DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 87.
[591] DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 89-91
[592] Conferir: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-53.
[593] DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 96. Conferir: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 245-258.
[594] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 360; 385.
[595] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 408.
[596] VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 80-81.

estudo, o perigo maior quanto ao uso da tópica, certamente reside no fato de serem os *topoi* extraídos das opiniões dos mais sábios e famosos[597].

Com base nessas considerações, deve ser eliminada qualquer tentativa de uso tópico da súmula vinculante, conduzindo-a ao caminho pretendido por ocasião da sua invenção, ou seja, funcionar como facilitação do método, mas, sempre, respeitando os casos que a formaram e, do mesmo modo, impedindo-se que a súmula funcione como escudo que impeça a argumentação sobre seus fundamentos. Por oportuno, perceba-se que o art. 926 § 1º do CPC/2015 promove a necessária vinculação entre súmula e fatos dos casos no momento de sua formação, ao estipular que: "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação". Diferente não é a exigência de comparação entre a súmula e o caso a ser decidido, visualizável pelo dever de fundamentação exauriente contido no CPC/2015. Isso porque, o art. 489, em seu § 1º, diz que não se considerará fundamentada qualquer decisão que: "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"; ou, por sua vez, "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". Portanto, chega-se à conclusão de que súmula não é precedente[598] e, é sempre bom destacar, "foi criada, primordialmente, como um mecanismo de sumarização da cognição e facilitação do dever de fundamentar"[599].

Chega-se ao ponto culminante deste item, portanto, à perquirição sobre o que pode ser compreendido por precedente a partir do texto do CPC/2015, na verdade, consoante a

---

[597] Conferir: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica:** (in)compatibilidade entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 278; VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 25.

[598] Conferir JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 395-400. E como lembra Maurício Ramires: "Isso porque o presente estudo, como ficará mais claro adiante, funda-se justamente na compreensão de que os precedentes judiciais jamais são abstratos e genéricos (e, no sistema jurídico brasileiro, tampouco são vinculantes). A súmula, ao contrário, é por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade (e, por vezes, vinculação). Na súmula, o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram. Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não aproxima a prática jurídica nacional da tradição da common law, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame". RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62. Guilherme Lunelli define a súmula como "enunciado linguístico que, seguindo trâmites legais específicos, é redigido, editado, votado e publicizado por um Tribunal. Presta-se a sintetizar, por intermédio de uma locução única, um dado posicionamento jurídico". LUNELLI, GUILHERME. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 107.

[599] LUNELLI, GUILHERME. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110.

investigação até aqui empreendida, a pergunta refere-se, de modo mais exato, se se poderia falar em precedentes judiciais no direito brasileiro e especialmente no Código, principalmente porque há quem, expressamente, não enxergue no CPC/2015 um sistema de precedentes[600], tendo sido levantadas também hipóteses de inconstitucionalidade. De modo mais completo, como não seria razoável conceber um universo infindo de possibilidades quanto à temática, tem-se que, até o momento, aparentemente foram catalogadas cinco correntes sobre o precedente judicial no CPC/2015.

É impossível, no estudo do tema, escapar ao exame do art. 927 do CPC/2015. É por tal razão que as correntes anteriormente apontadas orbitam exatamente sobre este dispositivo. O catálogo composto pelas cinco correntes sobre o precedente judicial pode ser sintetizado da seguinte forma. Pela primeira corrente, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronaldo Cramer, de um critério prioritariamente semântico[601]. A segunda corrente, por sua vez, defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo, de fato vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação[602]. A terceira corrente considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos "precedentes" ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime

---

[600] STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p.175-182, p. 176-177.

[601] Segundo o autor, a referida corrente seria integrada por processualistas como Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael de Alexandria; Hermes Zaneti Jr.; Humberto Theodoro Jr.; Dierle Nunes; Alexandre Melo Franco Bahia; Flávio Quinaud Pedron; Cândido Rangel Dinamarco; Bruno Vasconcellos Carrilho Lopes; Araken de Assis; Arruda Alvim; Eduardo José da Fonseca Costa e Rodolfo Kronemberg Hartmann. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 183-184. Sobre o citado grupo, discordamos de Cramer, pois, em nossa visão, o autor comete equívoco ao agrupar autores com linhas de pensamento completamente díspares entre si. Ademais, em nota de rodapé, o autor menciona ainda os nomes de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, incluindo-os no referido grupo, pois, em sua visão, Streck e Abboud teriam apenas "trocado" o termo "precedentes" por "provimentos". Parece-nos uma leitura bastante superficial, porque, entre os processualistas mencionados, diferentemente do afirmado por Cramer, há vários que procuram **problematizar** a noção de precedente, deixando de lado o aspecto meramente semântico. Para ilustrar melhor a assertiva lançada, fornece-se, como exemplo, o livro de Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron. A noção de precedentes para estes não se restringe ao critério semântico. Ao contrário daquilo que fora afirmado por Cramer, em Theodoro Jr., Nunes, Bahia e Pedron, a "noção de precedente" decorre da proposta **dworkiniana de integridade e coerência.** Conferir: JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 393-425. A inclusão de Lenio Streck naquele rol é ainda mais extravagante, pois este último, há longa data, se posiciona de forma muito clara, no sentido de não ter o Brasil um "sistema de precedentes". Há linearidade no pensamento de Streck, contudo, em tempos mais recentes, publicou uma série de artigos (segundo o próprio Streck, uma verdadeira saga) no sítio eletrônico "Conjur", nos quais combate com veemência o denominado "sistema de precedentes" no Brasil. Portanto, repita-se, respeitosamente entendemos ter havido uma leitura deturpada por parte de Ronaldo Cramer. Conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes IV:** final. Por que interpretar não é um ato de vontade; STRECK, Lenio Luiz; STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45-46; 52-75.

[602] CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 184.

de cada um dos "precedentes"[603]. Pela tese da quarta corrente, a tentativa de estipulação de força vinculativa aos precedentes enumerados no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucional poderia agasalhar outras hipóteses de vinculatividade, a exemplo do que ocorre com os efeitos das decisões em controle direto de constitucionalidade e ainda no caso das súmulas vinculantes[604]. A mera alteração da legislação ordinária (Código de Processo) não teria força para alterar o estado das coisas, exigindo-se, por conseguinte, o atendimento ao devido processo legislativo-constitucional de emenda à Constituição. Os adeptos da quinta e última corrente, por sua vez, não se satisfazem com o rol dos precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Em suma, os precedentes vinculantes/obrigatórios não estão contidos apenas no rol do art. 927, mas, em verdade, decorreriam de qualquer decisão daquelas Cortes, sendo as únicas hábeis a formação de precedentes[605].

Curioso notar que os diversos posicionamentos trazidos por Cramer parecem não apresentar maiores divergências sobre a *mera existência ou sobre aquilo que se possa considerar como precedente judicial*. As variações dizem respeito, na verdade, à possibilidade de atribuição de efeito vinculante aos referidos precedentes relacionados no art. 927.

Em nossa visão, há, claramente, ao menos mais uma corrente, que se trata da impossibilidade de falar em precedentes no CPC/2015. Certamente podemos cometer o deslize de esquecer nomes importantes, mas é provável que Streck e Abboud sejam os mais destacados juristas a defenderem a tese da inexistência dos precedentes no Brasil, contudo, sem negar a proposta dworkiniana contida no texto do CPC/2015, que prima pela integridade e coerência. Para os autores, estar-se-ia, genuinamente, diante de um sistema de vinculação jurisprudencial

---

[603] CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 185. É importante perceber que, para Alexandre Freitas Câmara, a possibilidade de atribuição de efeito vinculante não depende de previsão constitucional, já que, para o autor, por exemplo, o art. 985 atribui força vinculativa aos acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 436-438.

[604] CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 186-187. Segundo Cássio Scarpinella Bueno: "Sim, porque, decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização *constitucional* – tal a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional". BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568. Afirmam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que o art. 927, ao utilizar a palavra "observar", acabou adotando um critério de vinculação e, por isso mesmo, flagrante inconstitucional. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1835-1846.

[605] CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 187-188. No próximo item, abordar-se-á a proposta de Marinoni e outros.

e não de precedentes[606]. A larga obra dos autores, com maior destaque ao primeiro (Streck)[607], torna ainda mais espinhoso o caminho da formulação de qualquer crítica. No entanto, especificamente a afirmação dos autores, segundo a qual não existe um modelo de precedentes no Brasil, mas apenas alguns provimentos vinculantes, merece, respeitosamente, algumas considerações críticas.

Claro que a nossa tradição se distancia do *common law* e, por isto, não temos prática no manuseio de precedentes. Os operadores jurídicos brasileiros, em sua grande maioria, até a entrada em vigor do CPC/2015, desprezam conceitos basilares da tradição precedencialista do *common law*, como *ratio decidendi* e *obter dictum*[608].

Convém lembrar, neste momento, do percurso histórico que, traçado a partir da historiografia conceitual, nos conduziu à conclusão de ter sido a tradição do precedente, no *common law*, forjada ao longo de vários séculos. Se, por um determinado ponto de vista, os dados históricos indicam a motivação das inúmeras mudanças naquela tradição, correspondente à disputa por poder entre órgãos estatais e classes econômicas, é possível atestar, por outro lado, o fato de ter sido o direito, naquelas tradições, desenvolvido com forte ligação ao aprimoramento dos argumentos e técnicas jurídicas em torno do precedente.

Desde o imprescindível conhecimento dos *reports*, passando-se pelo treinamento nos *Inns*, até o desenvolvimento filosófico e científico do direito – muito embora a partir de um panorama praxista é verdade –, pode-se falar, hoje, na existência de teorias do precedente judicial no direito estrangeiro.

---

606 STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 176.

607 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

608 Após a entrada em vigor do CPC/2015 (18 de março de 2016), sendo o tema o meu objeto de estudo, por curiosidade, formulei algumas perguntas para dez colegas da área do direito. Dentre os colegas, alguns advogados atuantes e outros estudantes de direito, às vésperas da formatura. Mas, o mais importante, é o fato de todos eles terem estudado nas melhores instituições de ensino do Estado de Minas Gerais. Foi espantoso atestar que, dentre os dez "entrevistados", nenhum deles tinha a uma noção razoável daquilo que se poderia entender por r*atio decidendi* e *obter dictum*. Tentei valer-me da expressão americana "*holding*", porém, foi em vão, pois as respostas simplesmente não vinham ou correspondiam à mero exercício de adivinhação por parte dos interlocutores. É claro que a "pesquisa informal", feita por mim, **nada tem de científica.** No entanto, o que começou como mero exercício recreativo, confesso, para aliviar-me da tensão das obrigações acadêmicas e profissionais, ainda que sem qualquer pretensão científica, serviu para me alertar sobre os profundos riscos do uso do precedente em nosso país. Em regra, os estudantes se formam em direito com boas noções de hierarquia legislativa, controle de constitucionalidade etc, mas, aparentemente, o estudo do precedente ainda é deixado de lado. Tudo caminha para a aplicação de padrões decisórios de modo mecânico já que a ensandecida busca dos juízes, desembargadores e ministros por máxima celeridade na prestação da atividade jurisdicional, tende a gerar reflexos profundamente negativos em nosso sistema jurídico, principalmente porque os profissionais com formação inadequada serão impiedosamente governados pelas técnicas de aplicação dos precedentes.

O Brasil, por sua vez, filiado à tradição de *civil law*, falando-se de modo singelo, nunca esteve autenticamente mergulhado na tradição dos precedentes. As universidades nunca estiveram preocupadas com o precedente judicial já que, no máximo, integram os planos de ensino a jurisprudência dominante sobre cada matéria lecionada. O fato de a história jurídica revelar a existência de inúmeros enunciados legislativos a partir dos quais se preza pela aplicação do direito jurisprudencial, não altera a realidade, ou seja, de não ter sido ainda possível implantar, de forma genuína, a tradição dos precedentes em nosso país.

O CPC/2015 menciona pouco a palavra precedente. No texto vigente[609], é verdade, constam apenas quatro passagens. Lado outro, numerosas são as referências à súmula e à jurisprudência, talvez isso possa justificar a defesa de Streck e Abboud, sobre o sistema de vinculação jurisprudencial. Dierle Nunes e outros se valem da expressão direito jurisprudencial como gênero[610], muito embora os autores compactuem com a utilização da palavra precedente, e falem com recorrência em sistema de precedentes.

Outra dificuldade surge pelo disposto no art. 927, pois ali consta um rol de provimentos a serem observados pelos juízes e tribunais.

O aspecto mais decisivo do assunto, a ser imediatamente enfrentado, relaciona-se com a capacidade de se ver implementado um modelo ou sistema de precedentes por meio de reforma legislativa, de tal sorte que a noção de precedente é delineada pelo conteúdo extraído do próprio texto legal. Ao se voltar os olhos ao passado, especialmente nos países radicados na tradição do *common law*, a afirmação segundo a qual é rechaçada a viabilidade da criação legislativa de um sistema de precedentes torna-se bastante verossímil. Afinal, no direito inglês, berço do precedente judicial, pode ser facilmente constatada a ocorrência de uma mudança gradativa da referida tradição jurídica. Portanto, lá por aquelas bandas, nada foi feito por saltos.

Comparando-se Brasil e Inglaterra, um elemento complicador ganha espaço, na medida em que o aparente fosso existente entre as duas tradições é consideravelmente minimizado, afinal, não se pode mais negligenciar que o uso do direito jurisprudencial no Brasil possui sólido lastro histórico, como pudemos observar. Guardadas as devidas proporções e, obviamente, as peculiaridades de cada país, a afirmação sobre a possível proximidade entre eles, ao menos no

---

[609] Como as reformas na legislação processual são recorrentes e às vezes abruptas, vale a pena lembrar que a referência é texto do CPC/2015 no mês de setembro de 2016.

[610] Como afirmam, trata-se de um "gênero que reúne todo e qualquer ato jurisdicional com carga decisória, ou com potencialidade para resolver casos concretos. Reúne, portanto, teses elaboradas por meio de julgamentos de casos repetitivos, enunciados sumulares, sentenças e acórdãos" JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 385.

que tange ao fortalecimento paulatino do direito jurisprudencial, não constitui hipótese de puro delírio.

Feitos os apontamentos anteriores, é preciso notar o potencial revolucionário contido nas reformas legislativas de grande extensão, como no caso em comento, em que se instituiu um novo Código de Processo Civil[611]. Há longa data, no Brasil, insista-se, os operadores jurídicos e a própria ciência do direito flertam com o direito jurisprudencial. No entanto, talvez o fato de existir considerável dispersão dos dispositivos legislativos sobre o direito jurisprudencial tenha colaborado para o adiamento da inauguração da cultura jurídica dos precedentes judiciais. O CPC/2015 rompe com o paradigma anterior[612] mediante a estruturação das diversas técnicas de uso do direito jurisprudencial, relacionando-as, ainda, à própria noção

[611] É, de certo modo, delicado afirmar que um Código de Processo (legislação ordinária, lembremos) teria a vocação, capacidade ou legitimidade em promover uma ruptura sistêmica ou paradigmática. A rigor, as rupturas são empreendidas pela Constituição. O desafio, entretanto, está em perceber que embora a Constituição da República apresente feição analítica, mudanças paradigmáticas podem muito bem ser implementadas por normas infraconstitucionais, obviamente, respeitando-se o texto constitucional. Na verdade, a legislação infraconstitucional pode, por meio da técnica jurídica, bem como a partir de repetições ou esclarecimentos adicionais eventualmente não expressados na Constituição, dar concretude aos dispositivos constitucionais. O princípio do contraditório pode servir de exemplo. Trata-se de garantia fundamental (uma vez que possui natureza processual), prevista no art. 5º inciso LV da Constituição da República. Mas o conteúdo do contraditório foi tradicionalmente visto, não raras vezes, como mero formalismo. Um mero dizer e contradizer. O CPC/2015 ressignifica a noção de contraditório, esculpindo-o como garantia de influência e não-surpresa. Se, no texto constitucional, a forma singela e econômica com que se colocou o contraditório no rol das garantias fundamentais, seria (foi) perigosamente capaz de esvaziar o seu significado democrático, tornando-o manejável pelos julgadores, no CPC/2015, por outro lado, o contraditório ganha outra dimensão. Contra a teimosia interpretativa, o legislador recorreu à redundância e ao esclarecimento das bases pelas quais o contraditório deve ser compreendido. Conferir: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 122-135; NUNES, Dierle José Coelho. NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório:** uma garantia de influência e de não surpresa. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007, p. 151-159; LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões:** no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; e, por fim, cita-se diretamente Fazzalari: "o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deve prestar contas dos resultados". FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-120.

[612] O uso da palavra paradigma é sempre muito arriscado. Em obra de referência, Thomas S. Kuhn assinala que o termo é utilizado em pelo menos vinte e dois sentidos diferentes (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Debates; 115), p. 288), sendo que, para o próprio autor, paradigma são "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Debates; 115), p. 53.

de precedente, por expressa opção legislativa, perfunctoriamente apurável pela redação de alguns dispositivos[613].

A partir daí, retorna-se ao argumento lá de trás, ou seja, às possibilidades de visualização do precedente no CPC/2015. Estando os traços gerais devidamente apresentados, afirma-se que, em nossa visão, o CPC/2015 pretende realmente instituir um modelo ou sistema de precedentes judiciais. Aliás, essa é a perspectiva que melhor se amolda ao direito democrático, pois um sistema de precedentes judiciais tende a trazer consigo o potencial de desenvolvimento de técnicas processuais (dogmática) e teoria (ciência) hábeis a diminuir os entraves que circundam o direito jurisprudencial.

A disposição do art. 927, ao estipular que os juízes e tribunais devem observar diversos provimentos anteriores, certamente cria outro elemento de dificuldade, pois integram o referido rol do art. 927 técnicas díspares entre si.

Portanto, a indagação se há ou não o instituto do precedente judicial no Brasil, deve ser respondida a partir da percepção de o direito nacional conviver, há longa data, com a força do direito jurisprudencial e, ainda, tomando-se nota de ter o Brasil, ao longo dos anos, especialmente nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, desenvolvido técnicas e institutos processuais – com inspiração ou não no direito estrangeiro – visando, insista-se, ao fortalecimento do direito jurisprudencial, cuja soma de fatores é coroada pela amarração contida no CPC/2015, de tal sorte que determinados provimentos são vistos como vinculantes, queira ou não.

A tese pela qual se nega a existência dos precedentes no CPC/2015, embora bem-intencionada e apresentada por ícones da ciência do direito, como é o caso de Streck, pode provocar efeito reverso, na medida em que os pontos positivos do direito estrangeiro quanto ao manejo de precedentes, aproveitáveis no Brasil e capazes de conduzir à melhoria da utilização dos referidos precedentes, podem ser intencionalmente ignorados, exatamente pela assimilação da inexistência de um sistema de precedentes.

Em outras palavras, a negativa da existência dos precedentes no CPC/2015, pode, inversamente, colaborar para a continuidade da aplicação caótica e descomprometida dos provimentos vinculantes ou padrões decisórios, quaisquer que sejam os respectivos nomes de

[613] Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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. Conferir ainda os enunciados dos art. 926§ 2º; e 927 § 5º.

batismo, algo que vem ocorrendo há décadas. Por óbvio, negar a existência do precedente no Brasil não representa o automático abate das técnicas trazidas pelo Código e, por esta razão, o sistema tornar-se-á ainda mais perverso.

Em nossa visão, a solução não decorre de um aspecto rígido, de tal sorte que não se pode mensurar a existência ou não do precedente pelo simples uso daquela palavra. Tanto é que, a sistemática do precedente não se restringe aos dispositivos normativos anteriormente mencionados. É interessante recordar que ao longo da tramitação legislativa, chegou a constar no texto do projeto do CPC/2015 um capítulo denominado "Do Precedente Judicial". Muito embora tenha sido ulteriormente suprimido[614], a lógica de decidibidade contida no Código, segundo a qual decisões passadas exercem influência sobre casos a serem decididos no presente-futuro se manteve.

O uso do direito jurisprudencial, por expressa colocação enunciativa, guarda conexão com a teoria dworkiniana da integridade e coerência do direito. Dito de outro modo, essa proposta interpretativa repercute em todos os enunciados que recomendam ou resvalam de qualquer maneira na aplicação do direito a partir de casos passados[615].

Sobre a menção à teoria de Ronald Dworkin, vista como inspiradora e direcionadora do direito jurisprudencial no CPC/2015, um breve esclarecimento deve ser feito. O texto final do Código, em harmonia com a Exposição de Motivos que pretendeu criar uma sintonia fina com a Constituição, guia-se pelo aproveitamento de propostas teóricas diversas. A título de exemplo, o art. 1.º não representa apenas uma referência vazia à óbvia supremacia da Constituição – reafirmação de supremacia essa, aliás, absolutamente dispensável, pois já ensaiada desde a época de Coke, implementada na prática por ocasião do caso *Marbury v. Madison* e positivada no Brasil, por influência americana, já desde a Constituição de 1891 – mas, mais do que isso, radica, no texto processual, o modelo constitucional de processo. Outro exemplo pode ser fornecido pelo art. 489 § 2º[616]. No referido dispositivo, fala-se em colisão entre normas e a indicação de um critério para solução, a ser dado pela ponderação. No caso, não há como ignorar a influência da teoria discursiva de Robert Alexy[617]. Coexiste no texto do Código, em paralelo

---

[614] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 412.

[615] No mesmo sentido, conferir: JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 412-415.

[616] Art. 489. [...] § 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.

[617] Conferir os riscos da adoção da proposta alexyana da ponderação em: STRECK, Lenio Luiz. **O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro –** Condições e possibilidades. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 355-372, abr./jun. 2015.

àqueles dispositivos, o art. 926, no qual facilmente se reconhece a inspiração dworkiniana. Feitas estas considerações, a inspiração teórica do Código é, de modo explícito, multíplice, o que não significa afirmar, por outro lado, que imperaria o caos devido à concorrência teórica[618].

Atingimos o ápice sobre o dilema da existência de precedentes judicias no direito brasileiro. Para nós, no Brasil, não existe, de fato, o precedente judicial, pelo menos ao modo como é considerado no direito inglês ou norte-americano. Nada obstante, a vasta bagagem de uso do direito jurisprudencial, somada à ruptura paradigmática do CPC/2015, parece permitir a rotulação do nosso modelo como sendo, agora, composto por precedentes judiciais, em virtude da estruturação normativa trazida pelo novo sistema processual.

Talvez, melhor do que afirmar que o direito brasileiro estaria passando por um processo de "*commonlização*"[619], algo que se daria pela própria lógica dos precedentes, seja mais adequado perceber que o direito jurisprudencial e todas as referências legislativas, contidas ou não no código, que dizem respeito à aplicação de decisões passadas ou outras técnicas similares, devam observar as noções de integridade e coerência.

Portanto, o art. 926 deve funcionar como uma lente no uso de quaisquer das técnicas de uso do direito jurisprudencial e, desse modo, é preferível enxergar a existência dos precedentes e, por conseguinte, viabilizar a sua correspondente lógica de funcionamento, segundo a qual o caso anteriormente decidido possui uma *ratio decidendi*, do que insistir na inexistência de um sistema de precedentes, pois, nesse caso, aplicar-se-á os padrões ou provimentos decisórios de

---

[618] A título de exemplo, ao se adotar o modelo constitucional de processo e, ainda, a teoria da integridade e coerência de Dworkin, o CPC/2015 insere na condição de subsidiariedade ou mera complementariedade ao dever de fundamentação o método alexyano de ponderação de normas. Lembre-se, por oportuno que, sem prejuízo à menção de outros autores sobre o critério da derrotabilidade, capaz então de otimizar não apenas princípios, mas também regras, no próprio Robert Alexy, pondera-se ou otimiza-se apenas princípios jurídicos e não regras, motivo pelo qual o uso da expressão "colisão de normas" não representa, genuinamente, o pensamento de Alexy. É preciso, claro, reconhecer a existência da denominada teoria da derrotabilidade, segundo a qual a divisão exata entre regras e princípios é problematizada. Ao abordar o tema, Thomas Bustamante afirma: "Como consecuencia, la derrotabilidad se presenta como una característica de las reglas jurídicas, que son las normas más rígidas del sistema jurídico. Curiosamente, la teoría de Alexy permite sostener que las normas derrotables son reglas, y no principios, pues sólo es posible derrotar o establecer excepciones a una norma que haya especificado una serie de consecuencias que deben ser aplicadas en un caso concreto". BUSTAMANTE, Thomas. **Conflictos normativos y decisiones contra legem:** una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 33 (2010). ISSN 0214-8676, pp. 79-108, disponível em http://hdl.handle.net/10045/32594, acesso em 29 de setembro de 2016, p. 94. Conferir também ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 203-215. Como a afirmação de Alexy é mais contundente, no sentido de diferenciar regras e princípios a partir da otimização, chega-se à conclusão de que a teoria da derrotabilidade é desenvolvida a partir de Alexy e não pelo próprio Alexy. Conferir ainda: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 147-161.

[619] STRECK, Lenio. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!.** http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso em 17 de novembro de 2016.

modo vinculante, sem argumentação adequada, ao estilo *phrase unique* francês, levando o direito democrático à completa ruína, pois a utilização dos referidos padrões dar-se-ia seletivamente e os tribunais pátrios, abarrotados de serviço, apresentariam comportamento unicamente estratégico sobre a temática.

Levando-se em consideração as premissas lançadas nos capítulos anteriores, pode soar estranha a defesa da utilização de uma teoria do direito de autoria americana – no caso, a de Dworkin – pois, aos mais desavisados, poderia parecer a adoção da mentalidade jurídica norte-americana, desejada pelas práticas neoliberais, como denunciado por Ugo Mattei e Laura Nader. Mas a verdade não é bem esta, pois, a teoria de Dworkin oferece uma proposta de problematização do direito e, em nossa visão, ao contrário de fornecer elementos para aceitação da aplicação de precedentes judiciais de modo antidemocrático, dá uma contribuição decisiva. Com Dworkin, parte-se do reconhecimento do direito formatado jurisprudencialmente – e, para dizer a verdade, negá-lo, nos dias atuais, seria negar a própria realidade – mas, por outro lado, permite expor as decisões anteriormente prolatadas à um contínuo processo de aprendizagem.

O que deve ser retaliado, ao contrário, é a crença na ética do precedente, na virtude das cortes supremas e na aplicação mecânica e célere do direito com base em padrões decisórios anteriores.

4.4 Precedentes obrigatórios e Cortes Supremas

4.4.1 A ética dos precedentes

Relembrando, na tradição do *common law*, o grau de vinculatividade ou a força de um dado precedente possui relação com a hierarquia do tribunal do qual foi emanado[620]. Nessa ordem de coisas, no Brasil, vem ganhando força uma corrente doutrinária que, aderindo à dinâmica estrangeira, aposta alto nos tribunais de elevada hierarquia, atribuindo-lhes a missão de **moldar o ordenamento jurídico**, algo irrealizável em instâncias inferiores, pois nestas impera a dispersão decisória.

Por essa vertente, implementar-se-ia o reforço da "mentalidade precedencialista" numa via de mão dupla. Sem maiores hesitações, busca-se regenerar o protagonismo dos tribunais superiores e, por conseguinte, fortalecer-se-ia os seus precedentes. Estes, por seu turno, pelo fato de emanarem de tribunais localizados em posição hierárquica superior, gozariam,

[620] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 28.

naturalmente, de maior respeito. Certamente, muito da força do precedente decorreria do seu *pedigree*[621], contra a qual as instâncias inferiores não poderiam se insurgir.

Aliás, nos dias atuais, objetar a supremacia dos tribunais superiores é como transgredir imperdoavelmente, é se colocar contra aquilo que vem sendo abraçado por grande quantidade de juristas, às vezes com o rótulo imponente de "doutrina majoritária". Princípios constitucionais, como o da segurança jurídica e da igualdade[622], estariam seriamente ameaçados se se permitisse a manutenção do quadro de anarquia decisória, este que se revela aterrador não apenas aos jurisdicionados leigos, mas também aos juristas, diante de tantas decisões conflitantes para casos ditos semelhantes.

Óbvio que, ao se utilizar a expressão "objetar a supremacia dos tribunais superiores" não se pretende revolver ou distorcer a própria Constituição, pois consta em seus arts. 102 e 105 a competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, deixando-se claro a sua superior hierarquia. No entanto, pretende-se dizer apenas que há riscos na crença da virtuosidade destas cortes e, nesse sentido, as suas decisões não podem ser consideradas intrinsecamente acertadas.

A divisão de funções, com a fixação de maior hierarquia a determinados tribunais ou órgãos de natureza *sui generis* eclode em inúmeros países, independente de pertencerem à tradição de *civil law* ou *common law*. O tema se torna árduo principalmente pelo fato de alguns ordenamentos possuírem estruturação própria das cortes e, nalguns casos, existem sistemas paralelos, bem como cortes constitucionais e ainda de direitos humanos[623]. Apesar da dificuldade invocada anteriormente, surgem propostas de divisão da função dos tribunais a partir de critérios vários. Nessa linha, Mitidiero enuncia a possibilidade de os tribunais funcionarem como cortes superiores ou cortes supremas, integrando aquelas o modelo de cortes de vértice[624].

---

[621] A inusual expressão *pedigree* constitui um dos pontos centrais no debate travado entre Hart e Dworkin. HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 340-356.

[622] Daniel Mitidiero afirma: "A primeira pergunta que deve ser respondida por um sistema realmente preocupado com a promoção da igualdade e da segurança jurídica – e, portanto, com a tutela efetiva dos direitos – concerne ao papel que as cortes que ocupam o vértice da organização judiciária devem nele desempenhar. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13.

[623] KERN, Christoph A. **El rol de la Corte Suprema.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 54-55.

[624] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-34. O autor menciona também a divisão entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes. Conforme Miditiero afirma, a divisão é dada por pressupostos conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais pertinentes. No trecho indicado esbarramos com um enigma do autor. Segundo afirma, a finalidade do processo civil no Estado Constitucional é "dar tutela aos direitos". O respeitado processualista, contudo, não esclarece o significado daquilo que é chamado por ele de

Não é difícil de perceber que essa tentativa de definição do papel dos tribunais brasileiros, conforme um dos modelos citados, surge no influxo das mudanças de ordem sistêmica, que pretendem funcionar como coroação do direito jurisprudencialista ou transformá-lo num rígido sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque, após um longo percurso no qual a jurisprudência era levada em conta, mas sem que exercesse efetiva vinculação aos demais órgãos e juízes, a plena implementação da sistematização trazida pelo CPC/2015 exigiria um passo a mais, um arremate que somente pode ser alcançado a partir de uma clara atribuição de papéis a serem desempenhados pelos tribunais de hierarquia superior, sendo exatamente este o núcleo da "tese" das Cortes Supremas, como veremos.

Mas, é preciso dizer, a leitura dos textos dos defensores brasileiros do modelo de Cortes Supremas deve ser precedida da consulta às proposições formuladas por Michele Taruffo. Isso porque, os leitores brasileiros de Taruffo chegam a conclusões que destoam do pensamento

"Estado Constitucional", ficando pouco claro, também, o que considera "dar tutela aos direitos". A expressão Estado Constitucional, comparada com o texto da própria Constituição, especialmente em seu preâmbulo – que menciona a instituição de um Estado Democrático – e, ainda, ao art. 1º, que classifica a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, parece inadequada. Isso porque a Constituição consiste na fundação política e jurídica do Estado, seja ela escrita ou não. Por tal razão, falar em Estado Constitucional constituiu, para nós, em algo vazio e redundante, assim como falar em Estado de Direito, na medida em que se retira o qualificativo fundamental, tão ansiado por muitos, que é a essência democrática. Por esta razão, o constituinte fez bem ele mencionar o Estado Democrático de Direito. Claro que isso não significa que a inserção daquelas palavras no texto constitucional tenha o poder mágico de instituí-lo, mas, ao menos, indica o caminho a ser perseguido. Por outro lado, também é enigmática a expressão "dar tutela aos direitos", pois dá a entender um perfeito encaixe de situações vivenciadas no dia-a-dia com o catálogo de direitos existente no ordenamento jurídico (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor). Por óbvio, o referido catálogo de direitos serve como ponto de referência do mundo da vida, mas, deve-se lembrar, não há como dispensar o elemento processual-cognitivo como condicionante da compreensão daquilo mesmo que se possa considerar como direito. Em síntese, embora existam "os direitos", não há como cogitar de sua tutela pela função jurisdicional sem a prévia processualização.

apresentado do italiano, que havia, ainda no início da década de noventa, se debruçado sobre a problemática das cortes de vértice[625], com especial enfoque na Cassação Civil[626].

Pois bem. Conforme se extrai do esquadrinhamento apresentado por Mitidiero, repita-se, seriam dois os modelos. O de Cortes Superiores e, de outro lado, o de Cortes Supremas. No modelo de Corte Superior, pressupõe-se, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica; adota-se a teoria cognitivista da interpretação e concebe-se

---

[625] De acordo com Michele Taruffo: "a) La primera distinción está referida a los modelos que pueden ser empleados para configurar globalmente el rol de la Casación en el sistema global de la administración de justicia. Al respecto es útil tener presente que la Casación es sólo uno de los tipos posibles de corte suprema y que el análisis comparativo ofrece, en cambio, un abanico muy diferenciado de modelos. Por ejemplo, uno es el rol institucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que efectúa al mismo tiempo el control de legitimidad y el de constitucionalidad de las leyes, resolviendo pocos centenares de casos cada año, y otro es el modelo de la *Revisión* alemana, que controla la legitimidad de la aplicación de la ley en el caso concreto resolviendo, también el mérito de la controversia. Luego, cosa diversa es <<el modelo de Casación>>, que implica o admite la existencia de otras cortes supremas dentro del mismo sistema, pero confía a la Casación, al menos tendencialmente, sólo el controle de legitimidad separado del pronunciamiento sobre el mérito de la causa." TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo.** Ensayos sobre la Casación civil. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005, p. 11. Em texto recente, Taruffo reafirma a dificuldade do tema pois não é possível desenvolver um discurso homogêneo sobre as funções das cortes supremas, em razão das diferenças de competência, estrutura, composição e modalidades de funcionamento daquelas. Além disso, diante da diversidade entre os modelos de Cassação (francesa e, nalguma medida, também italiana) ou de revisão (austro-alemão); e ainda da Suprema Corte inglesa e também da Corte Suprema dos Estados Unidos. Estes modelos, por sinal, não esgotam as possibilidades, pois nos diversos ordenamentos jurídicos, afirma Taruffo, existem modelos mistos. Diante da dificuldade, o elemento comum às cortes integrantes dos diversos modelos, para Taruffo, é o fato de consistirem em órgãos de última instância e, por esta razão, contra as suas decisões não são admitidas ulteriores impugnações TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 231-232.

[626] Sobre a Corte de Cassação, disserta Luiz Guilherme Marinoni: "A revolução francesa deu origem a uma Corte de Cassação destinada à realização de um desejo utópico, o de preservar a intangibilidade da letra da lei quando de sua interpretação judicial. Nos lugares em que o pensamento de Montesquieu teve maior repercussão, chegou-se a pensar em proibir ao juiz interpretar a lei. É sabido que essa pretensão foi logo descartada, na medida em que o Código Napoleão deixou de lado o *référé* facultativo, atribuindo ao juiz um dever de interpretar a lei para resolver os litígios. A célebre obra de Calamandrei, do início da segunda década do século passado, demonstrou que a evolução da Corte de Cassação culminou na necessidade de se atribuir-lhe as funções de declarar o sentido exato da lei e de garantir a sua interpretação uniforme. Basicamente, declarar o exato sentido da lei é o resultado da aplicação dos critérios do formalismo interpretativo, mediante o qual se investiga a letra da lei para se declarar a norma nela contida. Essa maneira de pensar é totalmente compatível com as funções atribuídas à jurisdição por Chiovenda e pelos chiovendianos, como Calamandrei. A prévia declaração do exato sentido da lei objetivava tutelar a unidade do direito objetivo, e não, como se poderia supor, garantir uma única interpretação judicial". Tradução livre, no original: "La revolución francesa dio origen a un Tribunal de Casación con el fin de realizar un deseo utópico, el de preservar la intangibilidad de la letra de la ley en el momento de su interpretación judicial. En los lugares en los que el pensamiento de MONTESQUIEU tuvo mayor repercusión, se llegó a pensar en prohibir que el juez interpretara la ley. Como es sabido, dicha pretensión más tarde fue descartada, en la medida en que el Código de Napoleón dejó de lado el *réfere* facultativo y atribuyó al juez un deber de interpretar la ley para resolver los litigios. La célebre obra de CALAMANDREI, a principios de la segunda década del siglo pasado, demostró que la evolución del Tribunal de Casación culminó en la necesidad de atribuirle las funciones de declarar el sentido exacto de la ley es el resultado de aplicar los criterios del formalismo interpretativo, mediante el que se investiga la letra de la ley para declarar la norma en ella contenida. Esta manera de pensar es totalmente compatible con las funciones que CHIOVENDA y los chiovendianos, como CALAMANDREY, atribuyen a la jurisdicción. La previa declaración del sentido exacto de la ley servía para tutelar la unidad del derecho objetivo y no, como se podría suponer, para garantizar una única interpretación judicial. MARINONI, Luiz Guilherme. **Del tribunal que declara <<el sentido exacto de la ley>> ao tribunal que sienta precedentes.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 205-206.

a pré-existência da norma jurídica. As suas decisões são reativas, portanto, voltam-se ao passado[627]. Em transcrição exata: "o objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, *a exata interpretação da lei*, formando-se a partir de *reiteradas decisões* no mesmo sentido uma *jurisprudência uniforme*", motivo pelo qual, conclui Mitidiero, as decisões das cortes superiores não funcionam como fonte primária do direito[628].

Esse modelo, segundo o autor, pressupõe a assunção dos dogmas da estatalidade e de completude do direito[629], bem como uma teoria de interpretação de feição cognitivista ou formalista, de tal modo que o ato de interpretar corresponda à descoberta do significado do texto normativo, sendo este o modelo influenciador das *Cour de Cassation* francesa e *Corte di Cassazione* italiana. Disso ressai que o pressuposto básico é a pré-existência de uma norma legislativa (sic) para ulterior aplicação judicial[630]. Por sua vez, a composição da corte superior se dá exclusivamente por integrantes da carreira jurídica e a sua competência tem por base a realização de um controle sobre a decisão recorrida[631].

Talvez o atributo mais significativo, dentre todos os indicados por Mitidiero, seja a função reativa que guia os tribunais ou órgãos integrantes do modelo de cortes superiores. Isto porque, segundo afirma o autor, no modelo de corte superior há apenas a reação à uma violação de direito já ocorrida, surgindo dessa premissa a sua função nomofilática[632]. Diga-se de passagem, esta é praticamente desconhecida entre os estudantes e juristas brasileiros e corresponde, nos dizeres de Mitidiero, à "defesa da legislação diante das decisões judiciais"[633].

Em decorrência do modo peculiar de funcionamento das cortes superiores, às quais se atribui a função nomofilática, encara-se com naturalidade a existência do dissenso jurisprudencial[634].

---

[627] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.
[628] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35.
[629] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.
[630] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-41. O referido modelo pressupõe, portanto, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica.
[631] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 42-44.
[632] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45-46.
[633] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.
[634] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 48. Michele Taruffo vai apontar, de fato, a possibilidade de a Cassação Civil atuar com foco no futuro – em decorrência da necessidade de

Em síntese, como características das cortes superiores, na visão de Mitidiero, podemos citar a função reativa; a preocupação com o passado; o método interpretativo é cognitivista; e nelas se forma jurisprudência e não precedentes e, em decorrência de todos estes caracteres, a dispersão ou dissenso jurisprudenciais são vistos como positivos ou pelo menos como algo natural.

De modo oposto, o modelo de Cortes Supremas – composto seja por corte de vértice na estrutura judicial ou por corte constitucional e, portanto, excluída da estrutura do judiciário – tem como características básicas o fato de as Cortes serem integradas por juristas de variadas origens e a função principal de "orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes"[635]. No modelo de Corte Suprema o direito é tido como prática argumentativa e não se restringe à tutela do direito pela definição do resultado da interpretação, mas também, implementa-se a tutela pela atenção à adequação do processo de interpretar[636], promovendo-se, desse modo, a unidade do direito pela adequada interpretação[637]. A abordagem das características do modelo de Corte Suprema encontra seu ponto alto pela indicação do critério funcional, já que, para Mitidiero, no modelo de Cortes Supremas sobressai a função de criação de precedentes vinculantes[638].

Foi mencionada a existência de conclusões distintas entre Michele Taruffo e alguns dos seus leitores-autores brasileiros. É verdade que também no pensamento de Taruffo a função

---

respeito ao precedente então formado – ou, no passado, atuando com vistas a identificar e corrigir erros eventualmente cometidos por outros juízes na aplicação de normas aos casos concretos. Emerge, então, a função nomofilática (nomofilaquia) da Cassação. TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo.** Ensayos sobre la Casación civil. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005, p. 13-15. Nada obstante, Taruffo alerta para a possibilidade de a nomofilaquia assumir diferentes concepções, sendo concebida, por um lado, como a função da corte voltada à formulação do significado da norma em termos gerais ou, noutra concepção, como verificação da adequada aplicação da norma ao caso concreto. TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo.** Ensayos sobre la Casación civil. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005, p. 15-16. A função nomofilática é vista como privada e emerge a partir do momento em que a Corte de Cassação francesa se coloca no vértice da legislação ordinária. A função é reativa e dirige-se à verificação de ter sido ou não aplicada adequadamente a lei material ou processual. TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 235.

[635] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55. Conferir: MITIDIERO, Daniel. **Dos modelos de cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 96.

[636] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

[637] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

[638] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 74-76.

nomofilática – correção da lei – é deslocada prioritariamente aos órgãos da jurisdição ordinária[639], enquanto que, às Cortes Supremas, seria preferencialmente atribuída a função de tutela dos direitos fundamentais[640]. No entanto, a "tese das cortes supremas" destoa do pensamento de Michele Taruffo ao estipular uma vinculação demasiadamente rígida ao precedente e, por isso mesmo, acaba-se por chancelar o uso de uma metodologia dedutiva.

Como o tema exige especial atenção, faz-se uma breve digressão. Por certo, Taruffo não poderia negar o caráter vinculante do precedente judicial, exatamente porque, se assim o fizesse, estaria rejeitando a própria realidade, assim como descrita por tantos autores que reportam o modo de funcionamento do *common law*. Recorde-se, ainda, que a força vinculativa do precedente judicial constitui exatamente o pano de fundo do presente trabalho, eis que exige a reformulação do ônus argumentativo do advogado.

Como afirma o próprio Taruffo, fatores institucionais interferem na atribuição de efeito vinculante ao precedente e, desta forma, o uso em si do precedente judicial possui relação umbilical com a estrutura do judiciário. Surge daí a vinculação vertical aos precedentes dos tribunais superiores, dada, sem dúvida, em razão da hierarquia do dito tribunal[641]. Como vimos, esse fator institucional não constitui novidade, já que, desde o início do *common law*, buscou-se a centralização do poder, algo certamente inalcançável se fosse admitida a dispersão jurisprudencial.

Para colocar a questão de modo mais rigoroso, nos países de *common law*, o precedente não representa apenas um critério segundo o qual estipula-se a vinculação de juízes e tribunais inferiores em relação às decisões tomadas pelos Tribunais de maior hierarquia, mas, para além disso, o próprio Tribunal como vinculado às suas decisões anteriores. Tal dinâmica de funcionamento é bem ilustrada pelo precedente no direito inglês pois, mesmo após o ano de 1966 (em que a *House of Lords* se declarou não estar absolutamente vinculada aos próprios precedentes), mantem-se coerência em relação ao passado[642].

Bem compreendidas as coisas, a fixação de dado precedente acaba sendo o produto de uma estratégia estatal e um dos propósitos que guiam essa prática é o gerenciamento da carga de trabalho dos tribunais de maior hierarquia. Isso faz com que a o exame da admissibilidade

---

[639] Para se evitar qualquer mal-entendido, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni que se valem do pensamento de Michele Taruffo, não o contrário.

[640] TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240-242.

[641] TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 437-438.

[642] TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 439.

se dê a partir de finalidades estratégicas, pois os tribunais passam a escolher as matérias e casos que consideram, do ponto de vista institucional, efetivamente importantes[643].

Por certo, há diferenças consideráveis no uso do precedente judicial nas tradições do *civil law* e *common law*. Naquela tradição, cujo país modelar é a França, o estilo é legalista, dedutivo e de *phrase unique*, notadamente na *Cour de Cassation*[644]*;* enquanto que, na última tradição – a do *common law* – adota-se um estilo judicial substantivo, discursivo e personalizado[645].

Sem prejuízo das considerações lançadas no parágrafo anterior, afirma Taruffo, mesmo na França, os precedentes assumem papel importante na interpretação jurídica, muito embora nem mesmo sejam citados[646].

Partindo-se de tais premissas, bem como do prestígio de que gozam os direitos inglês e norte-americano, torna-se fácil promover a defesa do papel do precedente obrigatório no direito brasileiro, na medida em que se acredita nas vantagens de importar um "modelo" vitorioso.

Sem embargo, o próprio Taruffo não se mostra tão otimista quando o assunto é a vinculatividade do precedente judicial, assim como pretendida por alguns autores brasileiros:

> O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e muito menos nos Estados Unidos. Com maior razão – e independentemente da eventualidade de se considerar a jurisprudência como fonte de direito – deve excluir-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de *civil law*. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente é então destituída de fundamento: se poderia falar só em força do precedente, entendendo-se que ela pode ser maior ou menor dependendo do caso[647].

---

643 TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 446.

644 TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 448-449. Conferir: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 16-19.

645 TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 450.

646 TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 456.

647 Tradução livre, no original: El precedente no tiene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra, y mucho menos en los Estados Unidos. Con mayor razón – e independientemente de la eventualidad de que se considere a la jurisprudencia como fuente de derecho – debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de *civil law*. Cualquier intento de atribuir tal eficacia al precedente estás entonces destituido de fundamento: se podrá hablar solo de *fuerza* del precedente entendiendo que ella puede ser mayor o menor según los casos. TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 244. Em outro texto, Taruffo deixa claro que não se pode almejar a uniformização do direito a qualquer custo: "En todo caso, pese a que se admita que la uniformidad de la jurisprudencia es, en línea general, un valor positivo, diversas opciones son todavía posibles en cuanto a sus modalidades de actuación. Puesto que una uniformidad total y absoluta no es realizable, y no es ni siquiera auspiciable porque reduciría a cero la independencia del juicio y la discrecionalidad de la interpretación de la ley, se presenta el problema de qué uniformidad, en qué grado y en qué modo concretada es la racionalmente posible en un sistema que también debe

Essas considerações colaboram para o alcance de uma diagnose mais completa dos referidos sistemas, cuja análise acaba se revelando perfeitamente aproveitável no direito jurisprudencial brasileiro, pois há indícios normativos e doutrinários que apontam para a importação de um sistema de precedentes híbrido, já que a sua aplicação no Brasil tende a se dar conforme o estilo de *phrase unique*, portanto, de modo nada discursivo.

Em outro texto, Taruffo, referindo-se à busca por uniformidade jurisprudencial, chega a usar a expressão "mito das cortes supremas", pois, por estarem situadas no ponto mais alto (ápice) da estrutura judiciária, acredita-se que nelas se concentra a administração da justiça. Lembra Taruffo, ainda, que os diversos ordenamentos jurídicos adotam técnicas variadas visando a realização da função uniformizadora. De acordo com o autor, a referência ao precedente se tornou uma espécie de **mantra, repetido à exaustão** e, portanto, passa a influenciar as reformas processuais[648].

O perigoso sentido da proposta apresentada por Mitidiero, muito embora decorrente de envolvente argumentação, torna-se manifesto pelo enquadramento que o autor dá ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, pois aqueles seriam responsáveis pela definição do sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional[649].

---

asegurar la necesaria evolución de la jurisprudencia. La relación uniformidad-diversidad o estabilidad variación, aparece por lo tanto como una relación esencialmente ambigua y, se podría decir, insolublemente ambigua: en efecto, parece imposible una opción radical por uno o por otro término, dado que la diversidad y la evolución no pueden significar el abandono de criterios generales en la interpretación de las normas, mientras que la uniformidad y la estabilidad no pueden convertir-se en jaulas vinculantes para el intérprete". TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo.** Ensayos sobre la Casación civil. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005, p. 22.

[648] TARUFFO, Michele. **La giurisprudenza tra casistica e uniformità.** *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 929. "É, todavia, interessante observar que os diversos ordenamentos empregam várias técnicas para disciplinar a maneira pela qual deve ser implementada a função de "uniformização" das respectivas cortes supremas. A mais comum destas técnicas é, certamente, constituída pelo *stare decisis*, ou seja, da atribuição a uma decisão anterior e, essencialmente, à *ratio decidendi* que justifica juridicamente o seu êxito, da capacidade de influenciar na decisão de um caso sucessivo idêntico ou análogo. Nascida principalmente nas cortes inglesas e norte-americanas, a prática do precedente foi difundida em muitos ordenamentos também de *civil law*. Em alguns casos, de fato, a referência ao precedente tornou-se uma espécie de mantra que é recitado repetidamente, até que se constituiu uma espécie de obsessão que também influencia o legislador processual". Tradução livre, no original: "E' tuttavia interessante osservare che i diversi ordinamenti impiegano varie tecniche per disciplinare le modalità con cui dovrebbe attuarsi la funzione "uniformatrice" delle rispettive corti supreme. La più diffusa di queste tecniche è senz'altro constituita dallo *stare decisis*, ossia dall'attribuzione ad una decisione anteriore, ed essenzialmente alla *ratio decidendi* che ne giustifica giuridicamente l'esito, della capacità di influenzare la decisione di un caso successivo identico o analogo. Nata principalmente nelle corti inglesi e nordamericane, la prassi del precedente si è diffusa in moltissimi ordinamenti anche di *civil law*. In alcuni casi, anzi, il richiamo al precedente è diventato una specie di *mantra* che viene recitato a ripetizione, fino a costituire una specie di ossessione che influenza anche il legislatore processuale". TARUFFO, Michele. **La giurisprudenza tra casistica e uniformità.** *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 929-930.

[649] MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

Classificamos como perigosa a proposta porque, ao final, corresponde ao alargamento do rol dos precedentes obrigatórios. Isso fica muito claro no seguinte trecho:

> Todavia, não são só os *precedentes retratados* em súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ou oriundos do *julgamento de recursos repetitivos* que geram a possibilidade de improcedência liminar do pedido. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, retratados ou não em súmulas, decorrentes ou não de julgamento de casos repetitivos, autorizam a improcedência liminar do pedido[650].

Luiz Guilherme Marinoni compartilha da mesma proposição e pretende atribuir força vinculante às decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, versem ou não casos repetitivos[651]. Em consonância com o que foi afirmado lá atrás, os autores investem alto na atribuição de poder às Cortes Supremas. A partir do julgamento de determinado caso, elevam-se os principais motivos da decisão (*ratio decidendi*) à condição de precedente vinculante. Por conseguinte, o próprio órgão e todos os que se situem em posição hierárquica inferior ficariam vinculados ao precedente[652].

A ideia de Marinoni orbita, portanto, de modo muito claro e em parceria com a de Mitidiero, ao redor da função desempenhada pelas cortes supremas. Na visão de Marinoni, inclusive, seria ingenuidade afirmar a existência de um princípio do duplo grau de jurisdição[653]. Mas, é preciso bem compreender tal afirmação, algo que exige a apreensão do pano de fundo pressuposto pelo autor. Em sua visão, tendo sido formado determinado precedente, este se tornaria obrigatório e, por conseguinte, teria amplo alcance, de forma tal, que, na sua otimista visão, o precedente seria de pleno conhecimento de todos, inclusive dos cidadãos[654].

---

[650] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 112. A referência à improcedência liminar do pedido é apenas um dos exemplos dados, pois, conforme pensa Mitidiero, a mesma lógica – a de observância obrigatória dos precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, tenham sido ou não indicados como vinculantes – se aplica também para a fase recursal. Portanto, o autor afasta a noção de precedente dos casos repetitivos e jurisprudência vinculante. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113-115.

[651] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

[652] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

[653] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

[654] "Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes dias o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa". MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

Assim sendo, no momento em que o jurisdicionado passasse a ter dúvidas sobre seus direitos, careceria de instrução do advogado, até aí, nada demais. Mas a coisa torna-se toda outra, pela assertiva de Marinoni, segundo a qual:

> Contudo, num sistema de precedentes, a orientação jurídica se torna efetivamente factível. Os advogados têm como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar – ainda que com custosa e convincente argumentação – a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos, o Judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis[655].

Caso tenha passado despercebido, pelas palavras do processualista, o advogado deve recomendar o ajuizamento da ação nos casos de a pretensão do autor se amoldar ao precedente obrigatório, ou, ainda, nos casos em que não houver precedente contrário à pretensão. Diferentemente, na hipótese de a pretensão conflitar com o precedente, a função do advogado seria a de recomendar o não ajuizamento da ação. Partindo-se dessa explicação, fica fácil entender porque Marinoni desacredita o duplo grau de jurisdição[656], pois este seria desnecessário, dada a presunção da força e o acerto do precedente obrigatório. Nessa linha, tornar-se-iam vãs as decisões de primeira instância ou talvez todo o processo, **pois nem mesmo deveria ter sido ajuizada a ação, por recomendação do advogado, baseando-se no precedente obrigatório.**

Ao perceber que a pretensão de seu cliente conflita com um precedente obrigatório, o advogado deve, certamente, indicar os riscos da propositura da demanda, até porque o CPC/2015 reestrutura os ônus sucumbenciais e, a médio e longo prazo, é possível que o judiciário se valha estrategicamente da estruturação contida no Código e, fixando altos percentuais de honorários advocatícios, passe a desestimular o ajuizamento de ações consideradas de risco ou verdadeiras aventuras judiciais[657]. Aliás, o novo papel do advogado envolve exatamente a análise dos riscos oriundos do sistema de precedentes.

---

[655] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

[656] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134-135.

[657] Esse tipo de raciocínio, no âmbito recursal, pode ser colhido em: PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. **Honorários recursais:** incidência nos recursos pendentes de julgamento – efeitos concretos. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/data/files/38/F3/17/BC/ABC53510577BC335ED4E08A8/HONOR_RIOS%20RECURSAIS.pdf Acesso em 07 de novembro de 2016.

No entanto, a coisa precisa ficar mais clara, pois, dado o modo com que foi estruturado o direito jurisprudencial no CPC/2015, somado ao apelo em favor dos precedentes obrigatórios e da virtuosidade das cortes supremas, poderia surgir um efeito nefasto, pois há o risco de o advogado se sentir altamente desestimulado no combate argumentativo contrário a determinado precedente vinculante. Considerando-se que boa parte dos advogados inseridos na tradição do *civil law* – e, por certo, no Brasil também é assim – não domina as técnicas de aplicação de precedentes judiciais[658], é previsível a estagnação do direito jurisprudencial ou precedencialista, a menos que se perceba a mudança profunda implementada pelo CPC/2015, que atribuiu ao advogado o dever de consideração e aperfeiçoamento quanto às técnicas de formação e aplicação do direito jurisprudencial. Aliás, também os juízes precisam compreender de modo mais adequado a dinâmica de funcionamento do sistema que pretenda se valer, de modo genuíno, dos precedentes, que deve se dar a partir de um modelo comparticipativo, que respeita a integridade e coerência do direito, perspectiva na qual o precedente é munido de força gravitacional.

Advirta-se, uma coisa é o advogado apontar os riscos da demanda. Outra coisa completamente diversa é apostar alto no poder dos precedentes das cortes supremas, fazendo com que o precedente (padrão decisório) aniquile o direito de ação, o que pode ocorrer ao se considerar o acerto do precedente[659].

Marinoni vai além, pois acredita na "ética dos precedentes", a ser moldada em conformidade com a posição hierárquica de determinada Corte. A peculiar narrativa se inicia pela informação de ter o processualista partido em viagem de estudos para os Estados Unidos da América, surgindo, da experiência estrangeira, o livro Precedentes Obrigatórios. Argumenta que a função das Cortes Supremas é atribuir sentido ao direito[660]. Porém, a parte mais intrigante corresponde à abordagem feita sobre a ética, o capitalismo e a racionalidade, cujo ponto de partida é a obra de Max Weber[661].

---

[658] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 13.

[659] A "ciência" de como os tribunais decidem, para Marinoni, é importante não apenas para a economia de mercado, mas para a esfera de cada um e, ainda, para alcançar uma suposta harmonia da vida em sociedade. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

[660] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 13-14.

[661] MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 19.

Visando o ajuntamento de argumentos favoráveis à reafirmação do poder das Cortes Supremas[662], Marinoni situa o desprezo aos precedentes em fatores sociais. Para ele, patrimonialismo e personalismo são como chagas inviabilizadoras do associativismo, da coesão social e de instituições fortes, cuja explicação se dá pelas origens culturais no Brasil. A esfera pública é invadida pelos interesses íntimos e formam-se grupos nos tribunais, capazes de manipular suas decisões[663]. Desta forma, somente a atribuição de autoridade às decisões das Cortes Supremas seria capaz de dificultar o "jeito" e o "lobby", práticas estas, segundo afirma, "peculiares às relações dotadas de pessoalidade e características à formação cultural brasileira"[664]. Da leitura de todo o texto, dá realmente a impressão de que Marinoni tenha sido convencido da existência de povos éticos em outros países, predicado ainda não alcançado pelos brasileiros. Fica transparecido também uma espécie de encanto em relação ao povo americano e inglês, talvez justificado, nas entrelinhas, pelo sucesso de ambos os países na implementação e desenvolvimento do modelo capitalista.

Conforme apontam Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico de Sena Horta, Marinoni "comete um equívoco recorrente da própria sociologia brasileira, legatária de autores como Sérgio Buarque de Holanda e de uma análise equivocada de Weber"[665]. Ademais, crê-se equivocadamente que os brasileiros são completamente diferentes dos povos de outros países (como alienígenas verdinhos, ironizam)[666]. Trata-se de uma clara demonstração da fascinação nutrida por Marinoni em relação aos povos estrangeiros, o que colabora para que o autor defenda a ética das cortes, ignorando os incontáveis fatores que influenciam os juízes e tribunais, como admitido com destemor por autores do realismo jurídico americano, como Holmes e Benjamim Cardozo.

Já que Marinoni se valeu de argumentos metajurídicos (sociológicos) para justificação da aplicação de precedentes obrigatórios, é possível apresentar um contraponto não estritamente jurídico à defesa empreendida pelo autor.

---

662 MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.
663 MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82-89
664 MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.
665 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 20.
666 NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 20.

A crença na ética dos precedentes emanados pelas Cortes Supremas dá a entender que Marinoni assimila apenas o discurso histórico dos vencedores, de clara roupagem progressista[667]. Nesse contexto, para o autor, o direito aplicado nos Estados Unidos e Inglaterra deveriam servir de modelo. Por certo, essa perspectiva se encaixa perfeitamente àquelas considerações feitas por ocasião da análise da convergência de tradições jurídicas e à consequente exportação do *common law*, pois, como denunciado por Mattei e Nader, a assimilação da cultura jurídica é um passo fundamental à manutenção de práticas econômicas de natureza neoliberal.

A leitura de Marinoni, em nossa visão, peca porque despreza outras narrativas históricas sobre a própria missão desempenhada pelas Cortes Supremas. Acreditar na ética dos precedentes e na virtuosidade das Cortes Supremas representa um esquecimento dos povos excluídos das narrativas oficiais[668]. É condescender com os assombrosos precedentes americanos sobre a questão racial, apenas rebatizando-os compreensivamente como se fossem reles e inevitáveis deslizes do passado, numa marcha natural de aprendizagem. Esse otimismo em relação às Cortes Supremas ignora dados cruciais, como a sangria promovida pelos Estados Unidos em outros países ou, mesmo internamente, a tendência de crescimento da desigualdade econômica da população, situação com o potencial de gerar um colapso na democracia, como mencionado na pesquisa de Thomas Piketty.

Por outro lado, a maior ingenuidade aparentemente reside na crença da ética dos precedentes e, por derivação, dos membros integrantes das Cortes Supremas. Com tantos escândalos de corrupção, nos diversos níveis hierárquicos e não circunscrita aos políticos, acreditar que a Corte Suprema possa ser blindada da corrupção, do *lobby* e das variadas

---

667 Sobre o tema, Francis Fukuyama faz um belo convite à reflexão, ao tratar daquilo que chama de "fim da história". O autor, acertadamente, desconfia da capacidade de a história apresentar um curso favorável ao homem: "As mentes mais moderadas e sérias deste século não vêem razão para pensar que o mundo caminha para o que nós no Ocidente consideramos como instituições políticas decentes e humanitárias – ou seja, a democracia liberal. Nossos mais profundos pensadores chegaram à conclusão de que não existe isso que chamamos de História – ou seja, uma ordem significativa no amplo movimento dos eventos humanos. Aparentemente, a experiência nos ensinou que é mais provável que o futuro contenha males novos e não imaginados, desde ditaduras fanáticas e genocídios sangrentos até a banalização da vida através do moderno consumismo, e que desastres sem precedentes nos aguardam, desde o inverno nuclear até o aquecimento total do globo". (sic) FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem.** Rio de Janeiro: Rocco, 1992, p. 29-30. Conferir: RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S/A, 1990.

668 Ao se debruçar sobre o discurso e as narrativas, Michel Foucault lembra que o poder é a guerra e, por sua vez, a "política é a guerra continuada por outros meios". A passagem não foge ao tema, pois, ao analisarmos a proposta de autores como Marinoni e Mitidiero, visualizamos a possibilidade de os tribunais de hierarquia superior, ao pretenderem decidir "eticamente", formatarem precedentes capazes de fazer perpetuar a guerra e manter as desigualdades. Segundo Foucault: "o problema central do direito nas sociedades ocidentais significa que o discurso e a técnica do direito tiveram essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação". FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 (Coleção Tópicos), p. 22-31.

influências políticas e econômicas, é como crer que Lúcifer não poderia ter sido corrompido, por estar próximo de Deus. Aqui, o exemplo da questão racial dos Estados Unidos também se aplica, pois, o destino de um sem-número de pessoas foi mudado para pior, por conta da tratativa dada pela Suprema Corte americana.

Marinoni reconhece o possível surgimento de problemas em decorrência das decisões vinculantes das Cortes Supremas e, atento a isso, aposta no critério deliberativo[669]. Por certo, a decisão colegiada representa, normalmente, um incentivo à maior argumentação, mas isso, por si só, não é sinônimo de adoção de uma decisão correta ou intrinsecamente virtuosa.

4.4.2 O paradoxo dos precedentes obrigatórios

A entusiasmada defesa dos precedentes obrigatórios, por sua vez, traz à tona questões de natureza técnico-jurídica. A primeira objeção diz respeito à possível inconstitucionalidade do alargamento dos precedentes obrigatórios. Perceba-se que, o sistema de precedentes trazido pelo CPC/2015, fruto de um longo processo legislativo, não se mostrou imune às acusações de conter, em si, vício de inconstitucionalidade[670]. Embora se trate de aspecto espinhoso, o mesmo não se aplica à hipótese de alargamento dos precedentes vinculantes.

Como se verá detalhadamente, afirma-se a severidade com que o CPC/2015 estrutura a aplicação dos precedentes. Aplica-se uma lógica vinculante de "ponta-a-ponta". No entanto, existem determinações normativas capazes de guiar a formação dos precedentes, bem como sua aplicação ao caso concreto, o que se ilustra facilmente pelo contraditório dinâmico e dever de fundamentação. O alargamento do rol dos precedentes obrigatórios, como propõem Marinoni e Mitidiero poderia facilmente acarretar maior engessamento do direito considerando-se a impossibilidade de superação do referido precedente.

Como a sistematização do precedente vinculante tende a achatar a argumentação sobre os casos que envolvam questões jurídicas já decididas em precedentes obrigatórios, a ampliação dos precedentes pode inviabilizar, por completo, a superação de determinada tese pois, pouco a pouco, os casos deixariam de ser discutidos pela existência de decisões conflitantes. O fato de os defensores da tese sobre os precedentes obrigatórios estarem de acordo com a afirmação segundo a qual muitas decisões recentes das Cortes Supremas brasileiras – portanto, STJ e STF – não possuírem qualquer *ratio decidendi*, por simplesmente constituírem uma soma de votos

---

669 MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 108-119.

670 Conforme uma das correntes anteriormente mencionadas, que procuram estabelecer uma interpretação adequada do art. 927.

favoráveis ou contrários ao provimento recursal[671], transforma-se em algo ainda mais desconcertante, pois, seguindo-se a referida tese, poder-se-ia aplicar precedentes obrigatórios sem a definição clara da parte essencial do precedente, ou seja, de sua *ratio decidendi.* Nesse cenário, os tribunais e órgãos de instâncias inferiores estariam vinculados exclusivamente à parte dispositiva das decisões colegiadas. Se assim fosse, estaríamos diante de um "sistema de precedentes" totalmente desfigurado e aleijado.

Lado outro, aquele alargamento significaria, em simples palavras, o descarte àquilo que a tradição do *common law* tem de melhor a oferecer, isto é, a prática argumentativa no momento da formação do precedente. Atribuir efeito vinculante a qualquer decisão oriunda do STJ e STF, equiparando-a ao regime dos repetitivos, sem a moldagem processual destes, beira ao absurdo, pois destoa dos ordenamentos da tradição do *common law*, nos quais há um diferencial argumentativo que inexistiria com a tese das Cortes Supremas.

A adoção de um modelo que parta do pleno reconhecimento da vinculatividade de uma decisão, pelo simples fato de ter sido prolatada por uma das Cortes Supremas se baseia, curiosamente, num critério positivista.

Portanto, seguindo-se a lógica da expansão da noção de precedentes obrigatórios, pouco importaria se a decisão é correta ou não – e sabemos do grande potencial de o judiciário decidir estapafurdiamente – basta ter sido dada por uma Corte dotada de autoridade suprema. O positivismo foi atacado, não sem razão, exatamente por desprezar aspectos substanciais do ordenamento jurídico em favor de elementos formalísticos e, no mesmo sentido, o reconhecimento da autoridade de um precedente em razão da sua origem é potencialmente capaz de gerar os mesmos percalços pela aplicação do direito em viés positivista.

A tese dos precedentes obrigatórios, como desenhada por Marinoni e Mitidiero, traria grande facilidade aos membros do judiciário, pois, já submetidos a uma alta carga de trabalho, teriam condições de enxugar o iter processual escudados em uma só decisão, como produto de recurso extraordinário ou recurso especial.

Apesar da possibilidade de diminuição da carga de trabalho, devido à dispensa de apreciação do mérito de um sem número de casos, esse dinamismo tem um alto custo, na medida em que acarreta uma perda no processo argumentativo, algo imprescindível à evolução do direito. É fundamental compreender, de uma vez por todas, que só se pode vislumbrar uma resposta correta a partir do momento em que se permite o enriquecimento do processo por meio

[671] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 128.

da formulação e consideração dos argumentos jurídicos no processo decisório. Portanto, a diversidade de teses argumentativas deve ser vista como ponto de melhoria no próximo sistema, e não como um entrave, cuja razão de ser se reduziria à promoção da dispersão jurisprudencial.

Como lembra Frederick Schauer, uma das consequências da adoção de um sistema de precedentes vinculantes é o fato de que alguns juízes serão constrangidos a decidir em consonância com o precedente, sendo que, caso aquele não existisse, decidiriam de outro modo. Para nós, ainda mais atordoante do que a possibilidade de o direito se engessar pelo fato de os juízes de instâncias inferiores se sentirem coagidos a seguir os precedentes[672-673], independente de os precedentes se apresentarem como uma decisão correta no sentido dworkiniano, o que facilmente conduziria à renúncia à interpretação pelo recurso à tópica[674], é a descrição do alto custo da adoção de um sistema de precedentes, muito bem ilustrada pela tabela de Schauer[675].

---

[672] SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 68. Michael J. Gerhardt apresenta uma proposta moderada sobre a força do precedente, resumida por aquela que o autor chama de "regra de ouro". Segundo afirma, os juízes devem tratar os precedentes dos outros assim como gostariam que os próprios precedentes fossem tratados, portanto, sem desdém. GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, p. 3-4; 79.

[673] Considerando-se a obrigatoriedade dos precedentes, no direito comparado ganha importância a técnica da ressalva de entendimento, chamada de *disapprove precedent.* "Trata-se da "técnica específica de decisão, na qual o dispositivo está em conformidade com o precedente, mas a fundamentação é realizada segundo entendimento que pretende influir para revertê-lo". CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro.** *In:* Fredie Didier Jr., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 747.

[674] Trata-se de uma proposta dos lugares-comuns. Conferir: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. De acordo com Manuel Atienza, as noções básicas da tópica de Viehweg são imprecisas e equívocas, pois pode a tópica ser visualizada como técnica de busca de premissas; teoria da natureza das premissas; e uma teoria sobre o uso dessas premissas. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 47.

[675] Os limites impostos pela obrigação com o futuro podem ser ilustrados numericamente. Imagine uma série de cinco decisões, cada uma envolvendo uma escolha sobre uma variedade de A e uma variedade de B, onde A e B representam categorias assemelhadas, mas em alguns aspectos diferentes, A(1) até A(5) e B(1) até B(5). Suponha que para cada decisão em um caso de A(n) versus B(n), é possível determinar o valor social relativo das diferentes decisões baseado no valor de A ou B. Podemos então esboçar uma série de cinco oportunidades para a decisão:

1. A(1) 55 B(1) 45
2. A(2) 30 B(2) 70
3. A(3) 40 B(3) 60
4. A(4) 45 B(4) 55
5. A(5) 60 B(5) 40

Se cada decisão fosse independente das outras decisões, a decisão ideal para cada caso seria A no primeiro caso (55 é maior que 45), B em segundo (70 é maior que 30), terceiro (60 é maior que 40) e quarto casos (55 é maior que 45) e A no quinto caso (60 é maior que 40), para um valor líquido de +100 (+10, +40, +20, +10, +20) ao longo de cinco decisões. Porém, suponha que, ao invés disso, o julgador, no Caso 1, saiba que sua decisão irá ser seguida em uma série de casos futuros envolvendo aspectos particulares, mas na mesma categoria. Sob essas circunstâncias, o juiz, sabendo que sua decisão no Caso 1 será seguida nos Casos 2 a 5, deve decidir, efetivamente, não apenas o Caso 1, mas também os outros 4 casos. Onde precedente é importante, em um sistema, a possibilidade de otimização caso a caso não é mais viável, e o que resta é a escolha de decidir por A (de 1 até 5) ou B (1 até 5), uma escolha de -40 ou +40. O julgador racional escolheria B, +40. Esta escolha por B, em +40, embora racional à luz das alternativas disponíveis, ainda é abaixo do ideal em termos do melhor resultado para cada um dos cinco casos (+40 é menos que +100), e também é diferente da escolha que seria feita no primeiro caso, se o tomador de

Pela observação da referida tabela – que deve ser analisada à luz do o critério da pretensão de correção normativa, pertencente à dimensão do ideal, mas esclareça-se, tomada aqui a partir do viés dworkiniano (resposta correta ou *right answer*) – Schauer põe em destaque os riscos das decisões tomadas com olhos no futuro, ou seja, nas hipóteses nas quais impera o caráter prospectivo do precedente. As análises, no âmbito do direito, feitas com base em analogias matemáticas e geométricas sempre carregam um risco acentuado, pois, se se levar a sério a teoria dos sistemas, é deveras complicado chegar à certas conclusões a partir da permuta de dados pertencentes a sistemas distintos, o que faz com que muitas dessas analogias não passem de prestidigitação, dada em razão de uma mudança súbita de terreno[676]. Entretanto, a tabela é honesta e tem força simbólica, pois, vista de modo mais simples e didático, revela a possibilidade de o julgador adotar uma decisão **apenas quarenta por cento acertada**, enquanto que, se as individualidades e a correção fossem levadas a sério, poder-se-ia estar diante de uma decisão cem por cento acertada.

Não é por outra razão que o realismo jurídico[677] acaba ganhando maior espaço, transformando assim o judiciário em superego da sociedade, pois, ele – o realismo jurídico – tem o condão de transmudar a premissa prospectiva da decisão judicial em consequencialismo decisório[678].

Pode-se apontar, por fim, uma inconsistência de grau expressivo, capaz de enfraquecer ainda mais a tese dos precedentes obrigatórios como posta pelos autores que, apesar de tudo, vem sendo fortalecida a cada dia. Para melhor compreensão da inconsistência indicada, é preciso reproduzir um trecho literal da obra:

> Ora, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em

decisão pudesse pensar naquele caso isoladamente, e não como um precedente para o futuro. Logo, a escolha por B, claramente a escolha correta se o precedente deve ser levado em consideração, é inferior quando comparada com o melhor resultado teoricamente possível num leque de casos, se cada caso puder ser considerado isoladamente, e ainda é inferior quando comparada com o melhor resultado que este juiz tomaria para o caso concreto. SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 69-70.

676 BOUVERESSE, Jacques. **Prodígios e vertigens da analogia:** o abuso das belas-letras no pensamento. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29-30.

677 Explica Frederick Schauer que o realismo jurídico possui correspondências com outras correntes, como a Escola de Direito Livre, iniciada no final do século XIX e, mais recentemente, possui proximidade também com o trabalho de François Geny. SCHAUER, Frederick. **Pensar como un abogado:** una nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 138-139.

678 NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro.** Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, v. 189, p. 47-48.

> poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*[679].

A inteligência e a perspicácia de Marinoni o impedem de defender um sistema de precedentes obrigatórios de Cortes Supremas sem que se saiba exatamente aquilo que possa ser compreendido como precedente. Dessa forma, como visto no excerto, o renomado processualista direciona esforços sobre o modo de deliberação e à necessidade de proclamação da *ratio decidendi*. Sintetizando-se o aspecto crucial, para que se possa admitir um sistema de precedentes obrigatórios, a *ratio decidendi* dos mesmos é que precisa ser vista como obrigatória. Para que isto ocorra – ou seja, para que se possa implementar a obrigatoriedade, como desejada – é necessário que a Corte Suprema não apenas decida, mas, sobretudo, que haja, na referida Corte Suprema, a concentração da interpretação sobre a *ratio decidendi.*

Explicando um pouco melhor, para Marinoni, seria imprescindível a retirada do poder de interpretação sobre a *ratio decidendi* das instâncias hierarquicamente inferiores, sendo este um passo fundamental à plena solidificação do sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque, se as instâncias inferiores puderem interpretar a *ratio decidendi*, a obrigatoriedade dos precedentes tornar-se-ia claramente relativizada[680].

Deparamo-nos, então, com o paradoxo dos precedentes obrigatórios. Paradoxo este que, respeitosamente falando, não foi solucionado por Marinoni, embora tenha o autor tentado equacioná-lo mediante artifício retórico[681], como a transcrição abaixo o indica:

> Por outro lado, é certo que, em países que têm tradição de Corte de Precedentes, a Corte que está a julgar o caso não declara a *ratio decidendi*. Assim, todo o trabalho fica a cargo da corte inferior que, diante de um novo caso, depara-se com o precedente. Contudo, isso, ao que parece, é uma falha dos sistemas destes países. Como é óbvio, não é porque as cortes de um país de tradição de *common law* têm determinado comportamento que esse, apenas por isso, está correto. Na verdade, parece existir aí um mau vezo. Não só não há motivo para evitar a declaração da *ratio decidendi* no momento do julgamento, como essa declaração é totalmente conveniente, **ressalvando-se, como não poderia ser de outra forma, a possibilidade de as cortes inferiores interpretarem esta declaração, assim como sempre interpretam os precedentes para concluir se devem ou não aplicá-lo ao caso sob julgamento[682].**

---

[679] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

[680] Conferir, a esse respeito, as possibilidades de compreensão da *ratio decidendi* e a relação existente entre a declaração pelo próprio tribunal formador da decisão com os juízes e tribunais sucessivos. MARSHALL, Geoffrey. **What is Binding in a Precedent**. *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

[681] SCHOPENHAUER, Arthur; CARVALHO, Olavo de. **Como vencer um debate sem precisar ter razão:** em 38 estratagemas: (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

[682] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.

O paradoxo a que nos referimos fica mais claro pela seguinte passagem, extraída daquela obra:

> Não é por outro motivo que, à tarefa de delineamento da *ratio* por parte da Corte Suprema, soma a interpretação conferida ao precedente pela academia e, especialmente, pelos advogados e juízes dos casos futuros. Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade da sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores. Da definição da *ratio,* **em outras palavras, não decorre um efeito vinculante ou obrigatório aos tribunais inferiores. A proclamação da *ratio* tem uma natureza relativa, aberta a conformação pelas cortes inferiores. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e a expansão em face dos casos que estão por vir[683].**

Caso o nosso argumento se mostre ainda obscuro e incapaz de explicitar o referido paradoxo, é melhor apresentar uma síntese daquilo que pretendemos demonstrar. Se as cortes e juízes de grau inferior podem interpretar a *ratio decidendi*, por conseguinte, poderão também divergir em relação ao próprio precedente, uma vez que o seu núcleo é exatamente a *ratio.* Se a *ratio decidendi* não é vinculante, não há como o precedente sê-lo. Reside nisto o paradoxo! Como falar em precedente obrigatório, se o seu núcleo – a *ratio decidendi* - encontra-se em estado de permanente abertura à interpretação pelas cortes inferiores? É de significativa relevância lembrar que cabe ao juiz do caso **sucessivo** estabelecer a existência ou não de precedente[684]. É no diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente. Acrescente-se, o sistema processual inglês não está imune a críticas, tanto é que foi alterado ao longo dos tempos, como já assinalado. Apesar disso, não há como negar a sua estabilidade, isto é, a sua capacidade de perpetuar no tempo. Essa longevidade se dá exatamente porque, lá, as Cortes não indicam a *ratio decidendi*, com isso, implementa-se uma postura argumentativa em torno do precedente judicial, inclusive em instâncias inferiores. Portanto, toda a lógica de funcionamento do sistema inglês gira em torno de se saber o que conta ou não como precedente[685].

Atrás, falou-se sobre a possível associação entre precedente e tirania. O referido paradoxo contido no postulado dos precedentes obrigatórios realça ainda mais o potencial cáustico que pode ser assumido pelo precedente judicial, caso se adote a perspectiva das Cortes

---

683 MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.
684 TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011, p. 142-143.
685 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom.** *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 323.

Supremas. Não passa de aformoseamento a afirmação segundo a qual as Cortes Supremas, advogados, academia e tribunais inferiores promoveriam, em conjunto, a interpretação da *ratio*[686], se, na verdade, o modelo é aquele de precedentes obrigatórios.

Ao contrário, há, sem rodeios, a busca por estabilização de sentidos dada pelas Cortes Supremas e, paralelamente, reforça-se o sentido previamente fixado por uma série de barreiras que impedem (e impedirão) o reexame do precedente, contendo ou não uma *ratio* bem delineada.

Aliás, o problema da elaboração ou da descoberta da *ratio decidendi* ganha contornos ainda mais complexos ao se recordar que no direito estrangeiro existem inúmeras técnicas apresentadas como idôneas para extrai-la[687]. Isso significa, de modo muito singelo, que a própria definição da *ratio decidendi* faz parte de um processo bastante dificultoso e, portanto, não é nenhum exagero pensar em consideráveis divergências entre tribunais e Cortes Supremas sobre aquilo que se possa considerar como sendo a *ratio* do caso. Um método que se pretenda simplificador para fins da descoberta da *ratio*, ao se deparar com a possibilidade de um dado precedente conter mais de uma *ratio,* pode facilmente entrar em colapso.

Aliás, Neil Duxbury lista nada menos que seis motivos principais pelos quais o conceito de *ratio decidendi* deixou os pensadores tão confusos. Segundo aponta, em primeiro lugar, a *ratio decidendi* tende a ser obscurecida pelo *obter dictum* e vice-versa; a segunda dificuldade se refere à impossibilidade de, em alguns casos, localizar a *ratio*, muito menos distingui-la do *obter*, pois é possível que um caso seja decidido mas não contenha *ratio*; em terceiro lugar, ao contrário, há casos que possuem várias *rationes*; a quarta complicação indicada pelo autor corresponde a saber se a *ratio decidendi* é declarada pelo próprio tribunal ou depende da interpretação ulterior de outro tribunal; a quinta e sexta dificuldades referem-se, respectivamente, à própria definição da *ratio decidendi* e a sua determinação[688].

Veja-se, portanto que, muito embora o pano de fundo a partir do qual escreve Duxbury seja o do positivismo jurídico inglês, o autor não coaduna com a solução do problema através de simplificações, seja quanto à conceituação da *ratio decidendi* ou ainda no que se refere ao seu manejo (uso prático), o que o leva, inclusive, a afirmar a possibilidade de contestação da *ratio*:

---

[686] MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 132-135.
[687] Conferir: DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68-69.
[688] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 69-76.

> A dificuldade do problema pode ser exacerbada facilmente, a *ratio decidendi* de um caso é muitas vezes não muito bem interpretada e repetida, para isso não é preciso olhar muito longe além de uma nota introdutória da maioria dos casos que sabemos como o teor da *ratio* será inequívoca para qualquer tribunal de segunda instância. **Mas o fato de que uma *ratio* pode ser contestada ilustra como precedentes judiciais podem ser maleáveis, como nos casos em que os tribunais de segunda instância selecionam uma relação de duas ou mais *rationes* possíveis dentro de um caso, e elas são determinantes para verificar qual autoridade do precedente deve manter[689].**

Portanto, com base em todas as dificuldades assinaladas por Duxbury, é possível apresentar um forte contraponto à corrente que pretende encarregar as Cortes Supremas da definição daquilo que se possa considerar como sendo o precedente obrigatório. No direito inglês, de fato, fica muito evidente que há a implementação de processos argumentativos visando identificar qual é – ou quais são, em razão da possibilidade da existência de mais de uma *ratio* – o precedente relevante à aplicação do caso[690]. Portanto, não há automatismos e a busca pela identificação *a priori* da *ratio decidendi* não representa mais do que uma ilusão, estranhamente, de cariz positivista, que pretende impedir a ulterior interpretação de um texto por advogados, juízes e tribunais sucessivos, algo que despreza as indicações alcançadas no âmbito da filosofia da linguagem e especialmente da hermenêutica. De forma a tornar o argumento mais simples, imaginando-se uma situação tão hipotética quanto esdrúxula, nos dias atuais, se fosse aprovada uma lei proibindo que as pessoas interpretarem o direito, a própria lei, nesse caso, seria objeto de interpretação.

O grande risco que se corre é de o Brasil importar um sistema de precedentes vinculantes ou obrigatórios de modo degenerado, isto é, piorado em relação ao efetivo modo de funcionamento visualizado nos países de *common law*. Isso porque, como já indicado à exaustão, naquela tradição, a formação e aplicação dos precedentes judiciais, embora parta da premissa positivista ou realista[691], permite o florescimento das aporias do próprio sistema, algo que, perigosamente, pode não ocorrer no Brasil, vez que o principal critério de atribuição de

---

689 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 74. Tradução livre, no original: "The difficulty of the issue can easily be exaggerated; the ratio decidendi of a case is often not so much interpreted as repeated, for one need look no further than the headnote of most cases to know that the case yields a ratio which will be unambiguous to any later court. But the fact that a ratio can be contested illustrates how judicial precedents may prove malleable, for in those instances where later courts select a ratio from two or more possible rationes within a case, they are determining for what authority the precedent should stand."

690 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom.** *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 324.

691 Recordando-se que o positivismo predomina no direito inglês, enquanto que o realismo constitui o pano de fundo do direito norte-americano.

força ao "precedente" seria o da hierarquia da Corte Suprema, tornando estéreis e fadadas ao fracasso as tentativas de superação por parte de advogados, juízes e tribunais de hierarquia inferior.

A simplificação do método para fins de determinação da *ratio decidendi* a partir do critério hierárquico das Cortes Supremas indica que o caminho para algo ainda mais perigoso já foi aberto, isto é, ensaia-se a proteção da **escolha voluntarista no processo decisório.** Isso significaria que a Corte Suprema poderia eleger, a partir de um ato de vontade, aquilo que compreende como sendo a *ratio decidendi* dos casos anteriores, valendo-se, nesse particular, de um paralelismo à metodologia defendida pelo positivismo jurídico de viés kelseniano ou hartiano, pois, nas referidas teorias, assegura-se ao juiz a possibilidade de fazer escolhas dentro das diversas possibilidades contidas numa moldura ou textura aberta. Considerando-se a indeterminação linguística[692], o precedente passaria a ser considerado tão somente aquilo que a Corte Suprema diz ser[693].

A bem da verdade, os que defendem a tese dos precedentes obrigatórios das Cortes Supremas parecem ignorar os inúmeros problemas que pairam sobre os atos decisórios. Dentre eles, veja-se, mesmo na tradição do *common law*, Benjamin N. Cardozo, na primeira metade do século passado, já apontava incontáveis interferências a que se submetem os juízes no processo decisório.

Portanto, a prévia definição da *ratio decidendi*[694] dada pela Corte Suprema, em nossa visão, não seria suficiente para reinserir o precedente na condição de obrigatório, pela razão muito simples de existirem distintas técnicas de extração da *ratio*, variadas *rationes* num só caso e, ainda, pela aceitação da premissa que considera possível a interpretação da *ratio decidendi* pelas cortes e pelos juízes sucessivos. Singelamente falando, não há como escapar do paradoxo.

---

[692] O argumento da indeterminação linguística constitui o pano de fundo da teoria de Hart, o que o leva a defender a noção denominada de textura aberta, isto é, a possibilidade de escolha (discricionariedade) por parte do decisor. De fato, em Hart, os "cânones da interpretação" podem diminuir as incertezas jurídicas (linguísticas), muito embora não possam eliminá-las por completo. HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 164.

[693] Apesar de adepto do positivismo (o inclusivo, esclareça-se), Hart ironiza a pretensão de plena antecipação das condutas a partir de uma norma, algo que se transformaria num mundo adequado a uma jurisprudência mecânica. HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 167.

[694] A pretensão de solução do problema do uso dos precedentes pela mera definição da *ratio decidendi* pela "Corte Suprema" desmorona, se levarmos em conta que já foram indicadas até trinta e três operações que podem ser feitas em relação a um dado precedente. VAQUERO, Álvaro Núñes. **Sin precedentes:** una mirada escéptica a la regla del *stare decisis. In:* ATIENZA, Manuel (director). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 39. Alicante: Marcial Pons, 2016, p. 148.

Seria mais adequado pensar que um sistema de precedentes só pode emergir da assimilação de uma teoria do direito consistente e que se revele apropriada a dialogar com problemas e paradoxos de variados tipos. No próximo capítulo, veremos como o processo democrático e a teoria dworkiniana da coerência e integridade do direito podem ofertar uma contribuição mais adequada ao manejo de precedentes judiciais.

4.5 Estruturação normativa das técnicas de formação e aplicação de precedentes no CPC/2015

O iminente colapso da atividade jurisdicional, prenunciado pelo altíssimo número de demandas judiciais[695], serviu de pretexto à estruturação do "precedente" no CPC/2015[696]. No art. 927, para partir de um exemplo, nota-se a enumeração de diversas técnicas e institutos a serem observados pelos juízes e tribunais. Entretanto, as referidas técnicas e institutos, se observados com atenção, são nitidamente díspares entre si[697], tanto pelo procedimento de formação, quanto ao seu produto final, revelando-se, portanto, o desígnio do legislador em não deixar escapar qualquer possibilidade de incremento da padronização decisória.

O presente item é voltado à análise dogmática, claro, sem que esse foco constitua impedimento à formulação de críticas, quando se mostrarem oportunas.

A ênfase dada ao direito jurisprudencial pelo CPC/2015 é melhor visualizada a partir de um olhar panorâmico sobre seu texto, cuja compreensão é facilitada pelo enfoque das fases processuais, das primeiras às últimas, de acordo com o procedimento comum. O Código se revela rico em passagens que prestigiam o uso do direito jurisprudencial, no entanto, há imperiosa necessidade de se perceber que a roupagem normativa direcionada ao uso do direito jurisprudencial é que prefigura aquilo que vem sendo chamado de sistema de precedentes.

A força que as decisões passadas podem vir a exercer sobre os casos a serem julgados mostra-se monumental desde a confecção da petição inicial. A assertiva fica evidente pela

---

[695] Não se deve esquecer que a larga maioria das demandas em curso – nos dias atuais, algo em torno de 100 milhões de processos – conta com a participação de um dos denominados litigantes habituais. No total de 100 milhões de demandas, em 95 milhões se fazem presentes apenas 15 (quinze) litigantes habituais. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas?** Angústias e desconfianças. Revista de Processo. vol. 259, ano 41, São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 316.

[696] Marcelo Abelha Rodrigues afirma o seguinte: "A mágica inventada pelo legislador são os filtros redutores de ações e recursos, peneiras de eliminação não apenas das demandas e recursos que estão em curso, mas daquelas que ainda estão porvir". RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas?** Angústias e desconfianças. Revista de Processo. vol. 259, ano 41, São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 316.

[697] No mesmo sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 474.

leitura do art. 311, especificamente em seu inciso II, pois este possibilita a concessão de tutela de evidência[698] se "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Significa, de modo muito singelo e relevante ao presente trabalho, que se a pretensão do autor estiver em conformidade com tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, haverá o redimensionamento do ônus temporal[699]. Noutras palavras, mudarão os ombros sobre os quais recairão os nefastos efeitos do tempo necessários à prestação da atividade jurisdicional[700], uma vez que a cognição se torna sumária, em razão da concessão da tutela de evidência. Curioso notar que, no caso em comento, a medida é concedida independentemente da existência de perigo da demora (*periculum in mora*), algo inusitado, bastando-se, para tanto, a existência de padrão decisório anterior favorável à pretensão[701].

Ainda na fase incipiente da postulação, além da possibilidade da concessão de tutela de evidência, o "precedente" pode gerar importante impacto, ao permitir, pela redação contida no art. 332[702], a improcedência liminar do pedido nas hipóteses em que a pretensão do autor conflitar com um dos itens ali enumerados, configurando-se, desse modo, a situação de julgamento antecipadíssimo de mérito[703].

A redação trazida pelo art. 332 motiva alguns autores a defenderem que o referido enunciado inaugura o dever de enfrentamento imediato da *ratio decidendi* dos "precedentes" ali mencionados[704]. Para outro autor, omitindo-se nesse enfrentamento, a parte revelaria típica

---

[698] "Denomina-se *tutela da evidência* à tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma *tutela antecipada não urgente*, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se, na prática o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora"*. CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 167. Conferir: BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. **Os *référés* no ordenamento francês.** Revista de Processo. vol. 255, ano 41, p. 527-566. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.

[699] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 596; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 198-200.

[700] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 211.

[701] Conferir: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 578-579.

[702] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

[703] Conferir: http://jota.uol.com.br/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe

[704] Em análise ao dispositivo, pontuam Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron: "A aludida técnica mantém a possibilidade de julgamento sem oitiva do réu em hipóteses nas quais já exista entendimento modelar dos Tribunais Superiores acerca da matéria (ou de Tribunal que tenha julgado um incidente de resolução de demandas

conduta *não cooperativa*, passível de imposição de multa, em função da manifesta má-fé em desprezar o precedente, assim como é colocado por Fernando da Fonseca Gajardoni, fundamentando tal possibilidade a partir do art. 77, inciso II e, também, art. 80, incisos I, III e VII[705]. Ainda que a prática possa conduzir à inaplicabilidade das penalizações por litigância de má-fé, em razão da ausência de previsão no texto legal, há a possibilidade de o autor se ver diante de uma sentença de improcedência liminar sem cognição exauriente[706].

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, seguindo a tese dos precedentes obrigatórios das Cortes Supremas, defendem a possibilidade de alargamento das hipóteses de improcedência liminar do pedido, já que, para eles:

> O precedente, porém, é um conceito material e qualitativo – diz respeito à completa apreciação dos argumentos que podem influir na solução da questão examinada e à autoridade de quem elabora as razões a partir de determinado caso. Nessa linha, é claro que as razões invocadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos repetitivos ou no julgamento do incidente de assunção de competência podem gerar precedentes, mas é claro que pode igualmente haver a formação de precedentes a partir das razões invocadas pelas Cortes Supremas fora dessas hipóteses – por exemplo, no julgamento de um recurso extraordinário ou de um recurso especial. A mesma observação vale para a hipótese em que o tribunal de justiça se pronuncia sobre questão local – hipótese em que as suas razões devem valer como precedentes para os juízes de direito a ele submetidos: independentemente de a questão ter sido sumulada, é claro que pode haver precedente local oriundo de julgamento do tribunal de justiça. E semelhante precedente local obviamente poderá dar lugar a julgamento de improcedência liminar[707].

Quanto à hipótese de ampliação dos precedentes capazes de autorizar a improcedência liminar do pedido, basta recordar, neste momento, das colocações já lançadas em item anterior, quando da análise da tese das Cortes Supremas, defendida por Marinoni e Mitidiero.

No entanto, ainda que se considere apenas o conteúdo normativo – portanto, as hipóteses descritas no art. 332 e não qualquer outra – fica difícil negar a reformatação empreendida no sistema processual, que passa a exigir, de modo estridente, que o direito jurisprudencial seja levado em consideração pela parte autora – claro, de modo mais rigoroso, por seu advogado – quando da confecção da petição inicial. Por certo que o advogado não é obrigado a fazê-lo, mas

---

repetitivas). De imediato já se percebe um aprimoramento em relação ao sistema então existente diante da necessidade de promover o julgamento liminar do mérito **somente** na hipótese de haver entendimento modelar no âmbito dos Tribunais Superiores. JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 426.

[705] Conferir: http://jota.uol.com.br/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe

[706] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição:** uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

[707] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 168-169.

se a pretensão não estiver jungida ao "precedente", o primeiro obstáculo pode surgir logo na fase postulatória, nascendo uma situação desfavorável à parte que deixar de incluir as decisões modelares anteriores por ocasião da formulação dos seus argumentos jurídicos.

Aliás, tudo indica que, de agora em diante, se mostrará fundamental, ainda na consulta jurídica do advogado com seu cliente, a indicação do "estado da arte" do direito jurisprudencial que possa gerar impacto no caso, exigindo-se do profissional o desenvolvimento de estratégias processuais a partir de casos pretéritos. Em conformidade com o cenário jurisprudencial, o advogado poderá recomendar ao seu cliente o não ajuizamento da ação, se a pretensão colidir frontalmente com um dos padrões decisórios e não houver razões plausíveis para a tentativa de superação daquilo que fora anteriormente decidido.

Claro, esse tipo de aconselhamento representa uma atitude drástica. Para que possa ser tomada, o conhecimento do advogado não deve se restringir aos padrões decisórios listados no art. 332, mas, muito além disso, deve possuir o domínio das técnicas quanto ao uso do direito jurisprudencial, notadamente o *distinguishing* e o *overruling*[708], imprescindíveis ao exercício do direito de ação e de defesa num modelo que dá importância às decisões dos tribunais, principalmente os que se situam no vértice do ordenamento. Pode-se dizer, coloquialmente, é uma questão de sobrevivência.

O advogado é compelido a raciocinar por comparações (de casos) e, nesse ambiente comparatístico, deve indicar analogias e contra-analogias suficientes para a individualização do caso[709], impedindo-se, dessa maneira, que a decisão seja construída a partir de critérios generalíssimos que não guardam efetiva correspondência às questões jurídicas debatidas.

A existência de um "precedente" contrário, somado à deficiência do profissional no manejo das referidas técnicas, traz um cenário extremamente desfavorável, isso porque, torna-se previsível que o ajuizamento da ação terá sido em vão, dada a possibilidade de, rapidamente, ser prolatada sentença de improcedência.

Portanto, para que fique claro, a argumentação envolvendo os modelos decisórios contidos no art. 332 não deve ser deixada para fases ulteriores, como a recursal, por exemplo. Ao contrário, é fundamental que, já na petição inicial, conste de modo claro todo um constructo argumentativo-jurídico que abarque os "precedentes".

---

[708] As técnicas serão explicadas com maior detalhe adiante.

[709] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 310.

Há, em nossa visão, um reposicionamento dos sujeitos processuais em torno da produção do ato decisório, o que nos leva a crer que a simplória resistência ao "sistema de precedentes", sem a indicação de alternativas, acaba fomentando o protagonismo judicial, na medida em que a **eventual carência argumentativa tende a ser suprida pelo juiz.**

Outro importante dispositivo que orbita em torno do direito jurisprudencial é o art. 489. Em seu §1º são apresentadas hipóteses nas quais não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial. No referido rol, destaque aos incisos V e VI.

Pelo inciso V, considera-se não fundamentada e por isso passível de nulificação ulterior, qualquer decisão judicial que se limite à invocação de precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Na sequência e em conformidade com o disposto no inciso VI, também é considerada carente de fundamentação adequada a decisão judicial que deixe 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.

Apesar de a própria Constituição ter contemplado o princípio da fundamentação racional das decisões[710], o CPC/2015 renova e recrudesce a anterior previsão constitucional, fazendo-o por meio de uma interessante técnica legislativa, de aspecto analítico, na qual não se recomenda uma forma específica de fundamentação, mas, ao contrário, apresenta exemplos de fundamentação inadequada. Dito de outro modo, o legislador dispõe sobre como os juízes não devem decidir, para que decidam de maneira adequada.

Hodiernamente, é preciso destacar, há uma amarração necessária entre os princípios da fundamentação e do contraditório[711]. O que está em jogo é o que e como se decide, objeto de profunda e preocupante investigação de inúmeros juristas. Essa inquietação levou Lenio Luiz Streck a afirmar: "por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto –, discutir as condições de

---

[710] Expõe Brêtas, sobre a exigência de fundamentação, cujo enquadramento, segundo o autor e que seguimos de perto, se dá em bases principiológicas: "A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito". BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 166-167.

[711] O entrelaçamento entre contraditório e fundamentação impõe ao juiz levar em consideração a postura hermenêutica e "prestar contas" às partes. Portanto, é preciso atentar ao dever de consideração das teses trazidas. JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 349-350.

possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia"[712]. Trata-se, portanto, de levar a sério os argumentos, teses e provas das partes e, ainda, a busca por uma decisão legítima, correta e íntegra, não necessariamente prolixa[713].

A arquitetura trazida pelo CPC/2015, quanto à fundamentação, permite um maior controle do ato decisório, no entanto, deve ficar consignado que o mero cumprimento ao conteúdo do art. 489 § 1º não assegura o atendimento ao princípio constitucional da fundamentação, principalmente se levarmos em consideração a diversidade com que se pode ofender o dito princípio, por meio de estratégias encobertas[714], sendo que, nalguns casos, a decisão é capaz de revelar preferências pessoais do decisor por intermédio de alguns rastros por ele deixados[715].

Agora, com enfoque no direito jurisprudencial, a norma contida nos incisos V e VI do § 1º do art. 489, bem vistas as coisas, se notabiliza por trazer consigo o potencial de romper radicalmente com o paradigma anterior (CPC/73), pois, de acordo com a disciplina ali prescrita, constata-se a reformulação do dever (ônus?) imposto ao juiz[716], por ocasião da fundamentação

---

[712] STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência?. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 95. Maurício Ramires relaciona a exigência de fundamentação com a contenção do arbítrio, informando ainda que não há consenso entre os historiadores quanto à exigência de fundamentação no direito romano, era inaplicável nos julgamentos ordálicos, mas foi depois da abolição das ordálias pelo Concílio de Latrão, em 1215, que se cogitou sobre os motivos das decisões no direito canônico. Na prática, a "motivação" se reduzia à breves referências aos fatos, portanto, não satisfazia mais do que uma exigência formal. A imotivação das decisões era regra nas monarquias absolutistas da Europa inauguradas a partir do século XIV, pois o rei soberano personificava um julgamento divino e, por isso mesmo, independia de justificação. Em se tratando de textos legislativos, o dever de fundamentação somente surge em 1748, com o *Codex Fridericianus Marchius*, pelo rei Frederico II da Prússia. Mas somente no segundo pós-guerra se cogitou da fundamentação como verdadeira garantia democrática. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35-39.

[713] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 328.

[714] Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias chama a atenção para a denúncia de Ronald Dworkin referente à denominada "tese do fingimento", pela qual as decisões são fruto das convicções pessoais do juiz. Sobre essa peculiar forma de "decisão", Brêtas explica: "o juiz julga em razão do que o direito deveria ser, segundo sua convicção ou formação supostamente privilegiada e superior, mas tentando fundamentar ou justificar a decisão no ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, em tais casos, os juízes fingem que decidem conforme o direito, daí a oportuna denominação da tese". BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 163. Em Dworkin, colhe-se o seguinte trecho: "A tese do fingimento mostra os juízes como mentirosos bem-intencionados; a tese do caso limítrofe mostra-os, por outro lado, como indivíduos simplórios". DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 50. Dworkin vale-se da expressão "jogos de palavras", que possui relação com a filosofia da linguagem, nesse particular, com Wittgenstein. Sobre os vários jogos de linguagem, conferir WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 31-32. Conferir a diferença entre motivação e fundamentação: JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 332-371.

[715] Consulte-se a questão dos indícios da decisão naquela que é, para nós, a melhor obra que se tem notícia sobre fundamentação e motivação. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 79-112.

[716] No próximo capítulo tentaremos responder à seguinte pergunta: o dever contido no art. 489 §1º representa um ônus, dever ou obrigação?

do ato decisório. Ao se valer de expressões tais como "fundamentos determinantes", "distinção" e "superação", o Código não apenas indica a exigência de respeito aos casos anteriores – por isso fala-se em **parametricidade**, isto é, a indução à aplicação dos fundamentos determinantes do caso passado[717] – mas, muito além disso, coage os operadores do direito a mergulharem definitivamente no mundo do precedente judicial, dado que, eventual deficiência no seu manejo, comprometerá toda a atuação processual.

Entretanto, como já assinalado, a necessidade de observância dos "precedentes" não se restringe ao juiz, pois, o advogado, ao atender o seu cliente e elaborar a petição inicial, deve bem compreender o impacto que as decisões passadas podem gerar no caso. Na hipótese de existir padrões decisórios contrários à pretensão do autor, deve o advogado dominar o manuseio das técnicas[718] de distinção e superação, visando afastar a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do caso passado apto a ser adotado como "precedente" contrário.

O art. 496 § 4º apresenta hipóteses nas quais, independentemente do valor, a sentença não se sujeitará ao reexame necessário, se estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; 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 - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Os "precedentes" também podem gerar reflexos no cumprimento provisório de sentença. Por se tratar de ato decisório passível de reforma, muito embora o CPC/2015 permita seja dado início ao cumprimento provisório da sentença cujo recurso não seja dotado de efeito suspensivo, exige-se, pela redação do inciso IV do art. 520, a prestação de caução (suficiente e idônea) como condição permissiva do levantamento de depósito em dinheiro e outros atos de transferência de posse e propriedade. Entretanto, a referida caução pode ser dispensada se a sentença (leia-se, decisão) a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos[719]. É o que dispõe o art. 521, inciso IV.

---

[717] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 393.

[718] Sobre as técnicas de manejo, conferir os próximos itens.

[719] Ao comentarem o referido dispositivo, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros veem nele uma novidade bem-vinda, considerando-se a possibilidade de manutenção da decisão exequenda. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 951-952. A dispensa da caução, permitindo-se a troca do poder de

O art. 926, já mencionado acima, direciona, aos tribunais, alguns deveres em torno da jurisprudência, sendo eles o da uniformização, estabilidade, integridade e coerência[720]. Já se ouvem vozes que defendem que os dois últimos deveres indicados – integridade e coerência – não devem ser interpretados à luz da teoria de Dworkin, muito embora seja clara a inspiração dworkiniana[721].

É possível que se instale uma controvérsia doutrinária e também jurisprudencial sobre os deveres retro mencionados, pois, como condição necessária ao intérprete, deve-se definir, de modo mais certo, o seu alcance. Ainda, há que se verificar se, o dito dever, não constituiria, na verdade, premissa, técnica ou mesmo um princípio. O (re)enquadramento dos ditos deveres como princípios pode ser arriscado e um tanto quanto esquisito, notadamente se for ignorado o vínculo à teoria da integridade e coerência de Dworkin, pois nela as palavras significam algo. O receio que se tem é que ocorra a conversão da integridade dworkiniana, com claro lastro democrático, em algo perverso, como num "princípio da integridade e estabilidade da jurisprudência", na trilha daquilo que Lenio Luiz Streck denomina de panprincipiologismo, significando o neologismo a abusiva invencionice de princípios jurídicos, às vezes, sem qualquer vínculo com a normatividade[722].

Nessa hipótese, num país como o Brasil, no qual a padronização decisória possui inestimável valor aos magistrados, torna-se intrinsicamente perigosa a eleição dos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência à condição de princípios jurídicos, transformando-se em trunfos à disposição do decisor, capazes de justificar qualquer decisão contrária à modificação dos "precedentes". O cenário torna-se ainda mais aterrorizante se o leitor conseguir visualizar o modo pelo qual os princípios podem ser balanceados, otimizados ou ponderados[723], sendo os critérios de balanceamento, otimização ou ponderação verdadeiras

---

dispor sobre bens – do executado para o exequente – pode ser justificável ao se pensar na hipótese de aplicação ótima do "precedente". Entretanto, pode surgir daí verdadeira catástrofe, no caso de a decisão ser reformada (por outras razões, que não as contidas no padrão); ou se o "precedente" for superado ou distinguido.

[720] O referido dever de uniformidade, segundo Tereza Arruda Alvim Wambier decorre da extrema desuniformidade da jurisprudência brasileira, comprometendo-se, desta forma, a previsibilidade e a segurança jurídica. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1455-1456.

[721] DIDIER JR. Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais:** uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In:* Fredie Didier Jr., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 387.

[722] Conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 475-501.

[723] O pioneirismo da teoria de Alexy reside em sua proposta de solução decisória na hipótese de existir colisão de princípios. Uma vez ocorrida tal colisão, a predominância de um princípio sobre outro resultaria da aplicação da deslembrada lei da ponderação, exteriorizável aritmeticamente pela fórmula do peso. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92-97. A lei da colisão ou da ponderação reza:

ferramentas ou cortina de fumaça, com o claro objetivo de permitir a justificação enviesada da decisão.

Portanto, o desenho pelo qual se configurariam a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência como princípios, poderia servir de escudo a favor da aplicação de comandos oriundos da padronização decisória em um sem número de situações – por exemplo, a improcedência liminar do pedido ou a negativa monocrática de provimento de recurso com a aplicação – olvidando-se do propósito genuíno da existência dos princípios jurídicos, na medida em que estes devem funcionar como pontos de conjunção de processos democrático-discursivos contínuos, com o objetivo de promover a correção normativa, dada a equivocidade e indecidibilidade inerentes ao sistema composto por enunciados legais (textos), incapazes de implementar autorreferenciamento[724].

"quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro". ALEXY, Robert. **Princípios formais:** e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7. A lei da ponderação é explicitada aritmeticamente pela fórmula do peso: "Em quase todos os campos da aplicação da constituição a lei da ponderação é encontrada em diferentes formulações. Ela expressa a essência da ponderação, e possui grande importância prática. A análise dos princípios formais e da discricionariedade legislativa exige, contudo, uma descrição mais precisa e completa da estrutura da ponderação. Para conseguir isso, a lei da ponderação tem que ser melhor elaborada. O resultado de tal elaboração é a fórmula do peso. Ela reza:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$W_{i,j}$ representa o peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio colidente P_j. A fórmula do peso define esse peso concreto como o quociente dos três fatores que estão, pode-se dizer, em cada lado da ponderação. I_i e I_j possuem importância especial. I_i representa a intensidade da interferência em P_i. I_j representa a importância do cumprimento do princípio colidente P_j. I_j também pode ser compreendida como intensidade de interferência, ou seja, intensidade da interferência em P_i. W_i e W_j representam os pesos abstratos dos princípios colidentes P_i e P_j. Quando os pesos abstratos são iguais, o que frequentemente ocorre em colisões de direitos fundamentais, eles se anulam reciprocamente. I_i e I_j, bem como W_i e W_j, dizem respeito à dimensão material da ponderação. R_i e R_j possuem um caráter completamente diferente. Elas se referem à certeza das suposições empíricas e normativas que dizem respeito, em primeiro lugar e sobretudo, à questão de quão intensa é a interferência em P_i e quão intensa a interferência em P_j seria se a interferência em P_i fosse omitida. Além disso, a certeza das suposições empíricas e normativas pode também se relacionar à classificação dos pesos abstratos, ou seja, a W_i e a W_j. O ponto decisivo é que a certeza é um fator que não se refere a coisas, em nosso caso à intensidade da interferência e aos pesos abstratos, ou seja, ela não é um fator ôntico. Ela é antes um fator que se refere ao conhecimento das coisas, ou seja, um fator epistêmico. Essa distinção entre fatores ônticos e epistêmicos se revelará de extrema importância para a teoria dos princípios formais e para a discricionariedade legislativa". ALEXY, Robert. **Princípios formais:** e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 7-9. Perceba-se que exatamente nesse texto – Princípios Formais – Alexy altera sua fórmula de peso, que se torna mais refinada, passando a contar com a seguinte estrutura:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

A recente modificação da fórmula do peso pelo seu inventor, a nosso ver, supera a mera estranheza – pois presume-se que uma fórmula possua uma base rígida, sem possibilidade de modificação, afinal, se não fosse assim, não haveria qualquer grau de confiança – e comprova a possibilidade de manipulação de sentidos a partir de critérios supostamente confiáveis.

[724] Pense-se num ordenamento despido de princípios jurídicos, composto apenas por regras, ainda que derrotáveis. Nesse caso, a mera inclusão de cláusulas ou comandos abertos, sem lastro principiológico, não promoveria melhorias no sistema, pois os enunciados seriam interpretados ao bel-prazer de cada decisor. Ao contrário, o princípio jurídico pode promover uma estabilização temporária de sentidos e, por tal razão, mostra-se capaz de promover a correção de outros enunciados.

Retomando-se a indicação dos dispositivos sobre o uso do direito jurisprudencial no CPC/2015, no art. 927 consta que os juízes e tribunais devem observar: 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. O referido artigo, em conjunto com o art. 926, pode ser considerado o mais importante de todo o Código no trato do direito jurisprudencial, ao enumerar diversos padrões decisórios ou "precedentes" a serem observados pelos juízes e tribunais, apesar de não corresponder a um rol taxativo[725].

A aversão do Código à dispersão jurisprudencial é ilustrada, também pelo contido no inciso IV do art. 932 do CPC/2015, ao conferir o poder de o relator negar provimento do 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.

Após ter sido alterado pelas Leis 9.139/95 e 9.756/98, o CPC/73 havia concedido poderes especiais ao relator com o objetivo certo de assegurar a observância do direito jurisprudencial, permitindo-se não apenas a negativa de seguimento de recurso que se mostrasse contrário à determinados padrões (súmula ou jurisprudência dominante) mas, também, possibilitando ao relator o provimento monocrático ao recurso interposto visasse a impugnação de ato decisório desalinhado aos padrões anteriormente indicados. No CPC/2015 o empreendimento precedencialista é reforçado pela ampliação dos poderes conferidos ao relator no regime anterior, cabendo ao mesmo negar ou dar provimento às espécies recursais tendo por base o amplíssimo rol de padrões decisórios eleitos pelo legislador como padrões a serem observados pelos juízes e tribunais. Por certo, esse tipo de arranjo leva em conta a turbulência que recai sobre a atividade jurisdicional e em nada destoa da espinha dorsal jurisprudencialista do CPC/2015, anunciada quando da elaboração da Exposição de Motivos do Anteprojeto e reafirmada por meio desse tipo de técnica, muito embora o remédio contra a "doença da

[725] O disposto no art. 332, em seu inciso IV, apresenta hipótese não prevista no art. 927, ao tratar da possibilidade de improcedência liminar do pedido por confrontar a pretensão do autor à enunciado de súmula de tribunal de justiça que trate de direito local. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 474-475.

morosidade", que assola a atividade jurisdicional, carregue em si a capacidade catastrófica de ofensa processo democrático, dada a possibilidade de descompasso com as garantias constitucionais.

Sistemas exigem coerência interna. Essa diretriz, por sua vez, somente se alcança pela implementação de diversas técnicas convergentes entre si, dispostas e canalizadas à obtenção do resultado pretendido. Por esta razão, não bastaria conferir ao relator o poder de negar provimento ao recurso, como retratado no inciso IV. O propósito sistêmico reclama, então, o aumento do aparato técnico outorgado ao relator quanto à apreciação dos recursos. Veio, nessa linha, pelo disposto no inciso V do art. 932, a possibilidade de o relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a determinado 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.

Um aspecto significativo a ser colhido do dispositivo citado é o deslocamento da competência colegiada ao relator, confiando-se a um único julgador a decisão sobre a existência ou não de paralelismo entre o padrão decisório anterior ("precedente") e o caso a ser decidido, muito embora exista a possibilidade de interposição de agravo interno, com o fito de retornar à competência ao órgão colegiado. Aliás, sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam de modo categórico: "o relator pode decidir monocraticamente *tudo*, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre admissibilidade e mérito do recurso"[726].

Os poderes do relator, no que diz respeito ao uso do direito jurisprudencial, ficam claros também por ter o Código conferido a oportunidade de a decisão sobre conflito de competência se dar monocraticamente, se a mesma estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal ou, ainda, se basear em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Tal possibilidade é conferida pelo art. 955, parágrafo único, incisos I e II.

O art. 947 cuida do incidente de assunção de competência, ou seja, quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante

[726] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1851.

questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Apesar de a aplicabilidade do referido incidente depender da inexistência de repetição da controvérsia em múltiplos processos, não pode ser deslembrado o dever de observância dos acórdãos dados como produto do IAC, conforme determina o art. 927, inciso III, anteriormente mencionado, servindo o incidente também como munição para o relator negar ou dar provimento a determinado recurso interposto, em conformidade com a decisão da assunção de competência. Aliás, os §§ 3º e 4º do art. 947 reforçam a padronagem idealizada, ao disporem que, o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese e que o disposto no artigo se aplica quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

O art. 966, em seu inciso V, traz o Código a possibilidade de a rescisória atacar a decisão de mérito transitada em julgado, se tiver a referida decisão violado, manifestamente, norma jurídica. A aparente singeleza do dispositivo rui diante do disposto no § 5º do mesmo artigo, assim redigido:

> Art. 966.
> [...]
> § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

É bom notar, diga-se de passagem, que a redação transcrita não é original da Lei 13.105/15, mas foi incluída pela Lei 13.256/16. Apesar disso, fato é que o enunciado permite a propositura de rescisória por "ofensa" à enunciado de súmula ou acórdão oriundo de casos repetitivos. Existem duas possibilidades de visualização do dispositivo. A primeira delas, otimista, poderia enxergar no enunciado o reforço à adoção de técnicas para o uso de precedentes, ao prever a hipótese extrema de rescisão da coisa julgada por manejo inadequado de "precedentes". A outra possibilidade parte de um olhar mais pessimista sobre o enunciado, dada a compreensão do risco que paira sobre a coisa julgada, preocupação ainda mais plausível no sistema brasileiro, que dá os primeiros passos no uso do precedente judicial.

Considerando-se a possibilidade – talvez uma tendência – de haver renhida controvérsia sobre os próprios contornos daquilo que se passará a compreender por distinção, por se tratar de tema envolto por incontestável complexidade[727], o permissivo pode acarretar grave insegurança jurídica.

[727] Apenas para ilustrar a afirmação, a distinção se dá a partir da *ratio decidendi*. Esta, por sua vez, não é tão simples de ser extraída, havendo, em certos casos, efetiva dificuldade de diferenciação em relação ao *obter dictum*.

Ademais, o dispositivo, sob o ponto de vista da teoria do direito, é no mínimo, inusitado, ao equiparar os padrões decisórios (súmula e acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos) com norma jurídica, ressuscitando mais uma vez a temática das fontes do direito, remetendo-se o leitor às considerações feitas anteriormente.

Visando reforçar o sistema de "precedentes" estatuído pelo Código, importante figura é a da Reclamação. À primeira vista, o conteúdo do CPC/2015 seria meramente complementar, já que a reclamação é prevista na Constituição da República, no art. 102, inciso I, letra l; e art. 105, inciso I, letra f, visando assegurar a competência e a "autoridade" das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, cuja inspiração remete à Suprema Corte norte-americana, vez que lá foi formulada a teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, em síntese, se o tribunal possui o poder explícito de julgar, tem o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões[728].

Mas o Código alarga a previsão constitucional, pois, segundo preceitua em seu art. 988, poderá a parte interessada ou o Ministério Público lançar mão da referida técnica[729], dentre outras hipóteses[730], para: "IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência",

---

Por outro lado, não se pode desprezar o fato de existirem ao menos dois momentos de valoração sobre a distinção, ou seja, por ocasião da decisão rescindenda – pois espera-se exatamente que a técnica seja aplicada adequadamente – e, ulteriormente, pela própria valoração do caso pelo Tribunal, cabendo ao último decidir se houve ou não a distinção.

[728] DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 527. De fato, muito embora se trate de instituto genuinamente brasileiro, a reclamação se consolida, na década de 50 do século passado, a partir da influência do direito norte-americano. O caso *McCullock vs. Maryland*, do início do século XIX, serve de sustentáculo à adoção da teoria dos poderes implícitos. Em 1957 – portanto, sob a égide da Constituição de 1946 – resta alterado o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para prever expressamente, pela primeira vez, a reclamatória. A Constituição de 1967, bem como a de 1988, trouxe o instituto da reclamação ao texto constitucional. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, inaugura-se a possibilidade de utilização da reclamação para preservação dos enunciados sumulares vinculativos (nos moldes do art. 103-A da própria Constituição). MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto. **Reclamação Constitucional.** *In:* Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr; Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Precedentes. 2ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 754-757.

[729] Segundo lembrança de Teresa Wambier e outros, predomina o entendimento segundo o qual a Reclamação possui natureza jurídica de ação. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1570. Conferir os comentários à alteração promovida na reclamação pela Lei 13.256/16 em: MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/2015.** *In:* Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 281-285.

[730] Como para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

não havendo, portanto, dúvidas quanto à intenção de fortalecimento das decisões dos tribunais, na mesma linha do que vem sendo afirmado nos últimos itens[731].

4.6 A reforma da Lei 13.256/16 e outros dispositivos que versam o direito jurisprudencial

A disciplina dos recursos extraordinário e especial, empobrecida pela reforma empreendida pela Lei 13.256/16[732], possui profunda relação com o direito jurisprudencial.

Durante o período de *vacatio legis*, de fato, o texto do CPC/2015 foi alterado pela Lei 13.256/16, pela qual, além de outros aspectos, como a revogação do dever de observação à ordem de conclusão para julgamento dos casos (art. 12), restou alterado o regime de admissibilidade recursal dos recursos extraordinário e especial. Manteve-se, portanto, o anterior formato do CPC/73.

O problema de fundo da reviravolta, muito bem colocado por Nelson Nery Júnior e Georges Abboud, parte da compreensão de que os tribunais superiores (STF e STJ) seriam responsáveis pela fixação de teses jurídicas, e não incumbidos de decidir casos concretos, havendo aí dois equívocos. Pelo primeiro deles, defende-se algo contrário à Constituição e o segundo reside na defasagem desse tipo de proposta frente à teoria do direito[733].

Com os ganhos da teoria hermenêutica gadameriana, percebe-se que não há um sentido no texto a ser descoberto, seja a vontade do legislador ou a vontade da lei. A norma é produto da interpretação e os "momentos" de interpretação e aplicação do direito, por sinal, são um só[734].

Recorda-se, nesse momento, das referências feitas à "proposta das Cortes Supremas". Como advertido por Nery Júnior e Abboud, a criação de teses jurídicas parte do pressuposto de

---

[731] Não é essencial, para consideração de um precedente, a previsão de um meio específico para impugnar a eventual decisão contrária. MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/2015.** *In:* Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 285.

[732] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 432.

[733] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 218-219. Os autores mencionam a crença na produção de **"super decisões"**, ou seja, aquelas decisões capazes de trazer a solução da lide antes mesmo do surgimento do caso. A expressão, em nossa visão, não corresponde ao **"super precedente"**, conforme exposto por Michael J. Gerhardt. Segundo o último, super precedente é aquele que, de tão profundamente enraizado no direito e na cultura, torna-se praticamente insuperável (imodificável). GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, 177.

[734] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 220-222. "A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação". HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 247.

que o caso concreto é mero pretexto para a decisão[735]. Recorde-se, o judiciário é competente para o julgamento de causas (casos) e não teses jurídicas, o que é constatável facilmente pela leitura do texto constitucional. O trágico é que a Lei 13.256/16 piorou o sistema recursal e fornece munição para a defesa dos tribunais superiores como responsáveis pela criação de teses, na medida em que promove a restrição de acesso àqueles tribunais[736].

Com o reforço do papel do direito jurisprudencial ou a inauguração do "sistema de precedentes", o instituto do recurso ganha outra modelagem, tendo em vista que só se cogita de precedentes formados em tribunais e, à obviedade, é imprescindível o manejo de uma das espécies recursais[737].

Se, pela redação original do CPC/2015, a remessa dos autos ao respectivo tribunal se dava independentemente de exame da admissibilidade pelo tribunal *a quo*, o art. 1.030 foi modificado pela Lei 13.256/16 e foi restaurado o regime do CPC/73. Criou-se, portanto, uma primeira dificuldade de acesso aos tribunais superiores. No entanto, torna-se ainda mais problemático o conhecimento do recurso na hipótese de o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (local) proferir juízo negativo quanto à admissibilidade, em se tratando de regime de repercussão geral ou recursos repetitivos. Nesses casos, caberá apenas o agravo interno, conforme previsão contida no art. 1.030, § 2º[738]. Sendo improvido este recurso, não há outro cabível[739], o que nos conduz à conclusão de que foi estabelecida uma barreira praticamente intransponível, visando-se a perenização das decisões dos tribunais superiores, impondo à doutrina a árdua tarefa de encontrar soluções para amenizar a rigidez do sistema, certamente incompatível com o processo constitucional[740].

---

[735] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 223.
[736] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 229.
[737] Conferir: JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 387. Inclusive, recentemente, o presidente do Superior Tribunal de Justiça informou a necessidade de aprovação da PEC 209/12, que passaria a exigir filtro de relevância para admissão dos recursos especiais. http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Presidente-do-STJ-anuncia-medidas-para-acelerar-an%C3%A1lise-de-processos.
[738] No direito inglês, o direito legislado sempre pode revogar um precedente, o que amplia a possibilidade de sua superação. Fica claro, mais uma vez, que na Inglaterra o precedente não é imune a modificações, como às vezes se acredita. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. El precedente en el Derecho inglés. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 203.
[739] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016, p. 229.
[740] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes.** http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em 19 de novembro de 2016.

Dando continuidade ao exame dos dispositivos, o art. 1.035 § 3º, inciso I dispõe sobre a presunção da existência de repercussão geral na hipótese de o recurso impugnar acórdão contrário a enunciado de súmula, mas também que conflite com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Consoante se depura de uma análise pormenorizada, parece que a presunção de repercussão geral lançada no art. 1.035 § 3º inciso I, consiste em indicação de aproveitamento de precedente não previsto expressamente no art. 927. Não consta, portanto, no rol dos cinco incisos do art. 927, o dever de os tribunais observarem a jurisprudência dominante. Aliás, trata-se de uma boa medida, pois a aplicação do precedente extraído da vaga expressão jurisprudência dominante, somada à tese dos precedentes obrigatórios, pode se revelar extremamente danosa na dinâmica de aproveitamento de precedentes.

É preciso mencionar ainda o art. 1.043, que enuncia o recurso de embargos de divergência, cuja função é promover a uniformização da jurisprudência interna dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça)[741].

Feitas tantas indicações sobre o aproveitamento do direito jurisprudencial, sem que se consiga alcançar um "conceito de precedente", é bom notar que a mera invocação dos cinco incisos do art. 927 comprova a diversidade entre as técnicas enumeradas, o que inviabiliza a associação pura e simples entre texto legal e um pretendido conceito de precedente.

Um aspecto crucial é saber se o CPC/2015 poderia inaugurar o modelo de precedentes, dispensando-se alteração constitucional. Em nossa visão, uma forma de se apresentar um contraponto à acusação de inconstitucionalidade que haveria no rol do art. 927 seria interpretá-lo de acordo com o art. 926. Se assim for feito, a base do sistema de "precedentes" é umbilicalmente ligada à noção de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência e, nessa linha de raciocínio, ao se mencionar o dever de os juízes e tribunais observarem aqueles cinco incisos, ter-se-ia um sistema que **partiria da noção do precedente e não apesar dele.**

Tudo isso, dito de outro modo, significa que, ao **observar** as decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, os juízes e tribunais devem procurar identificar o precedente emanado da referida decisão. O mesmo deveria ocorrer no caso de invocação de enunciado súmula vinculante. Sabe-se – e o CPC/2015 é contundente nesse sentido – que a súmula não pode servir de mero abstracionismo, portanto, ao se valer desse instituto, é fundamental levar em consideração os casos que a formaram. E a análise de

[741] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal.** vol. III. 48. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1158.

casos, por sua vez, se dá a partir de um sistema jurídico que leve a sério as próprias dificuldades da aplicação do precedente.

Essa afirmação pode aparentar soar como óbvia, mas, se bem compreendida, rompe, de imediato, com a prática jurídica brasileira quanto ao uso do direito jurisprudencial, pois a parte dispositiva das sentenças e dos acórdãos deixa de ser o núcleo do caso, estando este localizado nas razões determinantes.

A partir do momento em que se percebe a formação *legislativa* do sistema brasileiro de precedentes judiciais, é imprescindível ampliar o enfoque crítico, de forma a viabilizar a análise dos aspectos metodológicos da formação do precedente. Todo o sistema pode ser analisado a partir de duas perspectivas totalmente díspares entre si. O traço distintivo entre as duas vertentes situa-se no peso conferido aos elementos metodológicos da formação do precedente.

De acordo com a primeira possibilidade, uma vez observadas as **regras de metodologia** fixadas pelo Código, ter-se-ia formado o precedente. Perceba que a perspectiva apresentada parte de critérios marcantemente positivistas e, a possível desconfiança na legitimidade dos padrões decisórios, é abafada pela credibilidade que a metodologia tende a oferecer. Noutras palavras, o que importa é o cumprimento das etapas previstas, deixando-se em segundo plano os elementos conteudísticos do precedente, por isso mesmo poderia ser batizável como critério metodológico e, assim como um corpo celeste preso inescapavelmente à sua órbita, o precedente gira em torno da metodologia de sua formação[742].

Abandonando-se a analogia sideral e volvendo-se à realidade do processo brasileiro e, para partir de um exemplo nada abstrato, não há, pela literalidade da lei, dúvida quanto ao dever de os juízes e tribunais *observarem* os acórdãos provenientes de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, inciso III), cujo objetivo, não restam dúvidas, é conferir maior racionalidade, coerência e completude ao sistema.

Ressurge aqui o problema da estruturação normativa trazida pelo Código quanto ao direito jurisprudencial, pois é fácil perceber que o texto legal reúne técnicas distintas e atribui a elas força vinculativa, numa verdadeira mixórdia, como se extrai do art. 927. No inciso III do

[742] O pano de fundo do solipsismo decisório, típico das correntes positivistas, como em Kelsen e Hart, leva em consideração a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de aplicação da lei. Diante disso, ao magistrado, cabe a fixação do sentido da norma jurídica legislada. A questão importante aqui é perceber que, com Gadamer, constata-se a cisão entre método e verdade, pois o cumprimento daquele não representa, necessariamente, o alcance da verdade. É imprescindível que ocorra o diálogo entre tradição e intérprete, no entanto, deve-se abandonar, pela circularidade, as pré-compreensões. JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 340-346.

referido dispositivo é prevista a vinculação às decisões tomadas em incidente de resolução de demandas repetitivas, popularmente conhecido como IRDR.

O IRDR, juntamente com o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos compõem o denominado microssistema de solução de casos repetitivos[743]. Sobre o incidente, Luiz Guilherme Marinoni – quem diria? – formula algumas objeções, pois, assim como afirma o autor, não há identidade entre o precedente e o dito incidente[744], até porque o último carrega a possibilidade de violação ao contraditório, em virtude da ausência de participação dos interessados na sua formação[745].

O julgamento do incidente é de competência do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do respectivo tribunal (art. 978) e, como extensão à garantia constitucional da publicidade, dispõe o art. 979 que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. É possível a oitiva de quaisquer interessados (pessoas, órgãos e entidades) e a designação de audiência pública (art. 983).

Sofia Temer tece as seguintes considerações sobre a relação entre precedente e a decisão proferida no IRDR:

> Via de regra, no sistema do *common law*, quem extrai um precedente de uma determinada decisão é o órgão ou juiz posterior, por ocasião da aplicação de seus fundamentos [*rectus* fundamentos determinantes] no julgamento de caso análogo, de modo que, via de regra, não é possível falar *a priori* que determinadas decisão é precedente. Por outro lado, a decisão proferida no IRDR foi feita para ser "precedente". O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferia pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgador como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada. A decisão do IRDR é "propositadamente" precedente, e seu objetivo é declaradamente fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados, o que é deve ser uma premissa indispensável para analisar-se o instituto (sic)[746].

---

[743] Conferir Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

[744] MARINONI, Luiz Guilherme. **O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015, p. 400-402.

[745] O pedido de instauração do incidente pode ser formulado pelas partes e Ministério Público, no entanto, após instaurado, dele não participam efetivamente. A solução apresentada por Marinoni é a possibilidade de participação das partes conforme art. 979, possibilitando-se o ingresso dos interessados no processo, conforme previsto na Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. MARINONI, Luiz Guilherme. **O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015, p. 407-410.

[746] TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 201-202.

Realmente, nota-se, pela leitura do Código, a possibilidade de formação de tese jurídica vinculativa (art. 978, parágrafo único somado ao art. 927, inciso III), oponível a litigantes que não participaram do processo, pois o julgamento se dá por amostragem.

A referida técnica é adotada para dar conta do expressivo aumento do número e da complexidade temática das demandas judiciais, na esteira da efetivação dos direitos encartados na Constituição. Realmente, o processo constitucional passa a ser palco não apenas da busca por direitos tipicamente privados, mas também da implementação de direitos fundamentais, tendo em vista a incapacidade de as funções administrativa e legislativa assegurarem a sua efetiva implementação[747].

A inspiração do referido incidente vem do processo-modelo para julgamento das controvérsias do mercado de capital na Alemanha, o denominado *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG), visando solucionar, de modo idêntico e vinculante, questões controversas[748]. Inicialmente restrita ao mercado de capitais e com "prazo de validade" de cinco anos, a técnica foi ulteriormente incorporada ao ZPO alemão[749].

Apontado o influxo exercido pelo processo-modelo alemão no IRDR brasileiro, percebe-se a disparidade em relação ao precedente aos moldes como formado no direito inglês e americano, colocando-se em destaque a proposta metodológica de formação de uma decisão a ser aplicada a um gigantesco número de casos, não apenas já ajuizados, mas, cuja decisão seria vinculante a casos futuros. Portanto, de certa forma, o IRDR torna-se artificialmente uma

---

[747] NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória:** um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. *In:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 473

[748] NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória:** um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. *In:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 474.

[749] NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória:** um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. *In:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 475. O procedimento alemão é composto por três etapas. Na primeira, elege-se uma causa representativa da controvérsia; na segunda, processa-se a demanda, com a possibilidade de produção de provas e realização de audiências, sendo a controvérsia julgada na sequência; na terceira etapa, os processos pendentes (sobrestados) são decididos com base na decisão-modelo do tribunal estadual, de forma tal que há uma cisão da cognição, isto é, decide-se sobre o modelo, mas também, com base no referido modelo, decide-se a controvérsia individual, levando-se em conta as suas particularidades. NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória**: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. *In:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 476-477.

técnica precedencialista pelo "carimbo" do legislador, visando dar vazão à atividade jurisdicional, principalmente em relação às demandas que envolvem, em tese, direitos individuais homogêneos[750].

Num sistema jurídico como o brasileiro, no qual a lei ainda goza de relevante prestígio, a formação de teses ou padrões decisórios através de uma proposta metodológica pode se revelar mais proveitosa do que a sua construção sem parâmetros mínimos, como se vê no caso de uso do direito jurisprudencial a partir de "precedentes" extraídos solitariamente da enigmática expressão "jurisprudência dominante". Ora, a cautela no uso da metodologia – que não pode blindar a verdade[751] – não significa desprezá-la por completo, pois isso poderia facilitar o recurso dos juízes à própria autoridade, isto é, ao poder de decidir, independentemente do procedimento previsto em lei, transformando os atos decisórios em verdadeiras aberrações intáteis.

Assim é que, se a ausência de lastro metodológico representa o caos, a crença absoluta na verdade extraível da metodologia é, igualmente, algo nefasto, pois o *mero* cumprimento aos ditames previamente estabelecidos, encobre a possibilidade de ter sido o caminho percorrido com base em preferências pessoais e eliminações relevantes, visando-se a confirmação daquelas preferências[752].

---

[750] Vicente de Paula Maciel Júnior apresenta uma proposta de completa reformulação das ações coletivas Brasil. O processualista faz minucioso exame dos direitos e interesses a partir de diversas teorias, incluindo-se a de Bentham e Ihering. Para Maciel Júnior, Ihering comete um deslize metodológico, na medida em que pressupõe que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse previsão legal de tutela desse interesse. O equívoco, portanto, reside no fato de ter Ihering confundido interesses e direitos. Se todo direito possui em seu processo de formação um interesse, nem todo interesse gerará a formação de um direito, enquanto que os direitos carecem de um processo de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados. Assim, em sede de direito coletivo, os interesses são manifestações ou afirmações unilaterais de vontade em face de determinados bens, motivo pelo qual não se pode falar em interesses difusos ou coletivos, uma vez que o interesse é sempre individual, sempre ocorre na esfera particular do indivíduo. O que pode ocorrer é, diante de um determinado fato, existir um número grande de interessados coletivos. Os direitos são, ainda na visão do autor, situações jurídicas reconhecidas por um processo de validação de interesses. MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas:** as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 43-47; 55-57. Ainda que se refira ao âmbito das ações coletivas (leia-se, ações temáticas), Maciel Júnior destaca a importância da formação participada do mérito das referidas ações, reflexão plenamente aplicável aos casos repetitivos, como previstos no CPC/2015. MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas:** as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 183-185.

[751] Retorna-se ao problema da relação entre verdade e método. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: volume 1:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

[752] Leia-se um trecho da importante obra de crítica feita por Hans-Georg Gadamer à metodologia: "Na metodologia da ciência moderna esse tipo de discussão é um pouco estranho. O que constitui a essência da metodologia científica é que seus enunciados sejam uma espécie de tesouraria de verdades garantidas pelo método. Como toda tesouraria, também a da ciência tem uma provisão para uso discricionário. Na verdade, a essência da ciência moderna é enriquecer constantemente a provisão de conhecimento para o uso discricionário. O decisivo em todos os problemas de responsabilidade social e humana da ciência, que desde Hiroshima tanto pesam sobre nossa consciência, consiste em que uma das conseqüências da coerência metodológica da ciência moderna é justamente não ter condições de dominar os fins a que se aplicam seus conhecimentos, como domina suas próprias relações objetivas. Possibilitando a aplicação prática que chamamos de técnica, a abstração metodológica da ciência

Tudo isso serve para deixar claro que a formação de um padrão decisório a partir do cumprimento de certas etapas previstas no CPC/2015, por exemplo, para o incidente de resolução de demandas repetitivas, não assegura, por si só, o acerto da decisão então formada.

Outra perspectiva, oposta à anterior, é considerar que a proposta metodológica indicada pelo CPC/2015 para formação dos "precedentes" ou padrões decisórios representa, verdadeiramente, um *iter* mínimo a ser observado, algo justificável principalmente em decorrência da inexistência de cultura brasileira no manejo de precedentes judiciais. Entretanto, a feição meramente metodológica do *iter mínimo* ao qual foi feita a referência, deve ser subordinada aos componentes do discurso jurídico e, já que estamos falando do Brasil, exige-se a regência pelo devido processo, cuja incidência de princípios e garantias constitucionais *colabora* à diminuição das imperfeições que naturalmente surgem da aplicação vazia e meramente formalística, típica das opções metodológicas.

Boa parte da doutrina ainda não atentou à reformulação do ônus argumentativo operada pela estruturação do precedente no CPC/2015. Ou se ignora por completo o ônus argumentativo ao qual os sujeitos processuais estão submetidos ou, por outro lado, muito embora se admita a sua existência, foca-se prioritariamente na atividade do juiz[753]. Assim, imerso no cenário de

---

moderna teve êxito. Também a técnica, como aplicação da ciência, não pode ser controlada". (sic) GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II:** complementos e índice. Petrópolis, RJ: Vozes; 2002, p. 227-228. Atento às proposições de Gadamer, o filósofo Giorgio Agamben transplanta o problema ao âmbito do direito: "No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um "processo" que envolve sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais. Uma colocação correta do problema da aplicação exige, portanto, que ela seja preliminarmente transferida do âmbito lógico para o âmbito da práxis. Como mostrou Gadamer, não só toda interpretação linguística é sempre, na realidade, uma aplicação que exige uma operação eficaz (que a tradição da hermenêutica teológica resumiu na fórmula colocada em epígrafe por Johann A. Bengel em sua edição do Novo Testamento: *te totum aplica ad textum, rem totam aplica ad te*); mas, no caso do direito, é perfeitamente evidente – e Schmitt estava em situação privilegiada ao teorizar tal evidência – que a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual". AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção:** homo sacer, II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio), p. 62. É o apego ao método e ao formalismo jurídico que permite as maiores catástrofes. Como lembra Agamben, "nem Mussolini nem Hitler podem ser tecnicamente definidos como ditadores. Mussolini era o chefe do governo, legalmente investido no cargo pelo rei, assim como Hitler era o chanceler do Reich, nomeado pelo legítimo presidente do Reich. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção:** homo sacer, II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio), p. 75. Em outro texto, pertinente à questão metodológica, afirma Giogio Abamben: "E uma das poucas regras às quais os nazistas se ativeram constantemente no curso da "solução final", era a de que somente depois de terem sido completamente desnacionalizados (até da cidadania residual que lhes cabia após as leis de Nuremberg), os hebreus podiam ser enviados aos campos de extermínio. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010, p. 128-129. Portanto, dito de modo muito claro, a metodologia do extermínio nazista exigia a prévia perda da nacionalidade. Naquele cenário aterrorizante, o mérito da matança não tinha a menor importância, mas apenas a formalidade prévia às práticas bárbaras, conforme recomendava o método.

[753] Ronaldo Cramer, ao tratar da dinâmica do precedente, afirma: "Em relação aos comportamentos do magistrado, têm-se a aplicação, a rejeição, a distinção e a superação do precedente, tendo como variantes de superação a superação parcial, a transformação, a modulação dos efeitos da superação, a superação antecipada e a sinalização. No que tange aos comportamentos das partes, vislumbram-se: a impugnação da decisão que fixa o precedente; a

precedentes, o decisor deve segui-los, salvo na hipótese de apresentar boas razões para não adotar o precedente.

Não por outra razão, o direito jurisprudencial recém remodelado pelo CPC/2015 apresenta novos rumos quanto ao difícil tema da argumentação jurídica. Isso fica bem evidenciado no microssistema de resolução de demandas repetitivas, a partir da percepção do modo pelo qual um recurso qualquer pode se tornar representativo da controvérsia (questão de direito em disputa).

Note-se, a própria exigência de abrangente argumentação jurídica e discussão da questão, como critério indispensável à seleção do recurso como afetado (art. 1.036 § 6º), comprova que a argumentação jurídica pode gerar reflexos dos mais relevantes não apenas no caso individual, mas também em um sem número de casos, que passarão a depender do destino dos recursos afetados.

Do mesmo modo, aos litigantes que tiverem os processos suspensos (art. 1.037, inciso II) em razão da afetação da questão jurídica, caberá, se for o caso, discorrer sobre a existência de distinção, algo que exigirá refinada técnica processual-argumentativa.

Devido a ausência de critérios legislativos bem delineados, somado ao fato de haver um desprezo dos práticos do direito no Brasil com relação ao sistema processual de traço precedencialista, se faz necessário reconhecer a importância de seguir um *iter* mínimo na aplicação de precedentes no direito brasileiro. Conforme exposto por Nunes *et al:*

> Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1.º - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): [...] 2.º - Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: [...] 3.º - "*Stare decisis et non quieta movere*". – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: [...] 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"): [...] 5.º - Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obter dicta* da decisão: [...] 6.º - Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing)* e superação (*overruling)* do padrão decisório: [...][754].

O desafio trazido pelo novo Código, que consiste numa obviedade, mas lamentavelmente esquecida por muitos, cinge-se na necessidade de se perceber que os fundamentos normativos para um pretendido sistema brasileiro de precedentes não

impugnação da decisão que aplica o precedente vinculante; a impugnação da decisão que deixa de empregar o precedente vinculante; e a rescisão com base em precedente CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais:** teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, *p.* 139.

754 NUNES, Dierle et al. **Curso de direito processual civil:** fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 639-641.

correspondem, genuinamente, às técnicas que enumeramos, mas, ao contrário, se situam no plano principiológico[755] e, por isso, não há como defender nada diferente, senão a leitura do direito jurisprudencial a partir da Constituição e do processo constitucional.

Isso tudo nos faz repensar o sistema processual brasileiro dos dias de hoje, pois alguns artífices do Código, ao pretenderem instituir um sistema de precedentes supostamente capaz de assegurar isonomia, segurança jurídica, celeridade e felicidade ao jurisdicionado, negligenciam a ausência de fechamento argumentativo que marca o uso do direito jurisprudencial nos países da tradição do *common law*, tendo em vista a impossibilidade de, lá, o precedente ser anunciado de forma completa e única[756], inaugurando-se, na retaguarda da decisão anterior, a própria problematização quanto à sua aplicação; em nossa visão, é este o ponto!

[755] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 400.
[756] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 309.

5 COMPARTICIPAÇÃO E O ÔNUS ARGUMENTATIVO DO ADVOGADO

5.1 A comparticipação normativa no CPC/2015

Tendo sido observada a tendência de convergência de modelos jurídicos, com a expansão de aspectos do *common law* a diversos países do mundo e, ainda, visto o modo inexorável com que o legislador brasileiro pretendeu estruturar um sistema de precedentes vinculantes, o momento atual exige cautela.

Ao contrário do que se supõe, não há neutralidade na exportação de técnicas e da cultura jurídica do *common law* a outros países, cuja imagem semelhante pode ter sido pintada num quadro que retrata a processualística dos anos setenta – com o grande projeto cappellettiano de acesso à justiça[757]– sendo mais plausível afirmar que as reformas processuais venham se guiando por interesses de grandes conglomerados financeiros, incluindo-se, nesse grupo, o próprio Estado, pois este é, simplesmente, o maior litigante do país[758], o que faz com que a atividade jurisdicional seja dirigida primordialmente pelo critério da eficiência quantitativa, buscando-se a máxima produtividade[759].

A reforma do sistema jurídico é guiada por diretrizes impostas, explicita ou implicitamente, pelos grandes investidores, pois é preciso forjar um ambiente jurídico compatível com a diminuição dos riscos, permitindo-se o integral e rápido retorno dos investimentos feitos[760].

---

[757] Para Humberto Theodoro Júnior a aproximação mais efetiva entre *civil law* e *common law* teria tido origem no "trabalho de campo" feito por Garth e Cappelletti, há aproximadamente 50 anos, visando a modernização do processo civil europeu. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas.** Revista de Processo. vol. 255. ano 41. p. 359-372. São Paulo: Ed. RT, maio 2016, p. 369). Essa assertiva deve ser aceita com ressalva, pois já tivemos oportunidade de abordar nos itens anteriores a problemática da convergência de famílias jurídicas. Deve-se levar em conta que a conclusão de Theodoro Júnior se dá a partir de uma análise meramente técnico-dogmática, no entanto, justificável pela leitura do Projeto Florença de Acesso à Justiça. Aqui, claro, não nos contentamos com esse tipo de análise, na medida em que, repetimos, esse diálogo de modelos não se restringe ao plano meramente técnico, como poderia aparentar da leitura de Cappelletti e Garth. Sobre o Projeto Florença, segundo Dierle Nunes, ápice da socialização processual, foi desenvolvido ao longo da década de 70, envolveu juristas de 23 países. Preocupados com dados empíricos, o método adotado no projeto foi a formulação de respostas a um questionário, indicando os problemas e as possíveis soluções de forma a aprimorar o acesso à justiça. Dali em diante, surgem as denominadas ondas renovatórias, isto é, propostas concretas de solução dos problemas, incluindo-se a modificação quanto à assistência judiciária; a representação dos interesses difusos e também a reforma do processo, dentre outros. Conferir: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 115-116. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

[758] Em levantamento divulgado pelo CNJ nos anos de 2011 e 2012, o Estado encabeça a lista dos cem maiores litigantes, superando, assim, bancos, financeiras e operadoras de telefonia.

[759] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 163-170.

[760] Como vimos no terceiro capítulo.

Nesse panorama de incertezas, nada é mais intuitivo do que aceitar passivamente a proposição que parta da imitação ou aproveitamento da mentalidade jurídica estabelecida nos países da tradição do *common law*, pois o sucesso econômico da Inglaterra e dos Estados Unidos estimula alguns juristas a acreditarem que a reprodução em terras brasileiras daqueles modelos teria o poder de trazer consigo o mesmo êxito, enfim, proporcionaria a tão almejada felicidade ao povo brasileiro.

A tradição do *common law* torna-se bastante atrativa para a processualística, e as técnicas de padronização decisória são fervorosamente defendidas, tencionando-se – talvez o correto seria dizer profetizando-se – a otimização do sistema jurídico pátrio, profecia que pode se mostrar equívoca, principalmente se levarmos em conta tantos fatores que impactam na morosidade da prestação da atividade jurisdicional, notadamente a falta de estrutura do judiciário. Nesse contexto, verifica-se que a importação brasileira do modelo estrangeiro é feita por fragmentos, o que acaba por desfigurar o direito interno, promovendo-se uma tosca mistura modelar e, o pior, descura-se do solo teórico responsável por dar respaldo ao desenvolvimento dos modelos estrangeiros.

O positivismo jurídico e o realismo foram os fios condutores do desenvolvimento e aplicação do direito na Inglaterra e Estados Unidos[761], respectivamente. O grande desacerto quanto à importação do direito inglês ou norte-americano se refere, de modo mais rigoroso, àquilo que se pretende importar.

É preciso repetir e alargar o nível de compreensão sobre algumas colocações anteriormente inseridas, referentes ao positivismo jurídico, pois, como tivemos oportunidade de observar, foi esse o grande responsável pelo reforço dos precedentes judiciais, especialmente no direito inglês, apesar de não ter Jeremy Bentham alcançado o seu maior objetivo, que era a ampla codificação, não restrita à Inglaterra.

---

[761] A indicação feita se refere às correntes dominantes da teoria do direito naqueles países e, por óbvio, não as únicas existentes. Conferir, quanto ao tema, a indicação de Del Vecchio, sobre a tentativa de F. H. Bradley e também B. Bosanquet de superação do empirismo positivístico, no cenário inglês. DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito.** Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006, p. 224-225. Ademais, devido ao fato de o direito norte-americano ter recebido a influência inglesa, o positivismo também foi importante à ex-colônia inglesa. Sobre o tema, afirma Godoy: "Em resumo, as principais correntes da filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: do *formalismo* de Austin e Bentham para o *direito e economia* de Posner, com estações no *antiformalismo* de Holmes, na *jurisprudência sociológica* de Pound, no *realismo* de Frank, Frankfurter, Llewellyn e Cardozo, no *criticismo* de Unger, Kennedy e Kelman, na *nova hermenêutica* de Dworkin, no *neopositivismo* de Hart, no *neokantismo* de Rawls, no *direito e literatura* de White tem-se os marcos teóricos de agitada especulação na busca da compreensão da instigante marca do ser humano, a busca da justiça". GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004, p. 246. Conferir também as referências feitas às teorias que versam a autoridade do precedente no direito americano, começando-se pela de Kent. TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America:** instituciones judiciales, fuentes y tecnicas. Mexico: Imprenta Universitaria, 1957, p. 248-277.

A retomada, neste ponto, da abordagem do positivismo jurídico, tem por propósito chamar a atenção para os riscos da adoção de um critério positivista que tende a surgir no trato do direito jurisprudencial no Brasil. Isso fica muito evidente pela reforma empreendida pela Lei 13.256/16, pois, em virtude da prematura mudança do CPC/2015, instala-se um rígido modelo de obrigatoriedade, acarretando o empobrecimento do sistema processual, verificável pelas hipóteses normativas que inserem o precedente numa espécie de fortaleza impenetrável, tornando potencialmente vãs as tentativas de sua superação.

A alteração foi extrema, pois, pela nova redação do art. 1.030, não se manteve sequer a dinâmica contida no CPC/73, isso porque, uma vez alterado também o art. 1.042, contra a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido somente se admitirá a interposição de agravo em Recurso Especial e Extraordinário se a decisão não estiver fundada em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

Verifica-se, portanto, a impossibilidade de exame do recurso excepcional pelos tribunais superiores, na medida em que o art. 1.042 exclui a possibilidade de interposição de agravo em REsp e RE se a decisão atacada estiver "fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos". Esclarecendo melhor, interposto o REsp ou RE, o presidente ou vice-presidente do tribunal poderá negar seguimento, conforme enumeração contida no art. 1.030, já descrito. No entanto, se a decisão combatida se conformar com padrões decisórios eleitos pelo legislador (ausência de reconhecimento ou contrariedade ao regime de repercussão geral ou ainda divergir de acórdão do STF ou STJ oriundo do julgamento de recursos repetitivos), será cabível somente o recurso de agravo interno, portanto, perante o mesmo tribunal (Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal ou Tribunal Regional Federal), nos termos do art. 1.021. Assim, impede-se a **rediscussão** do padrão decisório diretamente no órgão jurisdicional responsável por sua formação.

O Estado, por meio dos órgãos incumbidos da prestação da atividade jurisdicional, elegeria um padrão decisório. Uma vez formado, tal padrão revelaria o que é **o direito** e a forma de comportamento que se espera. Trata-se, inequivocamente, do aproveitamento da premissa positivista no manejo do direito jurisprudencial, sem símile nos países da tradição do *common law*, daí a necessidade se insistir em tal discussão.

Perceba-se, diversos aportes teóricos fazem do positivismo jurídico um constructo dotado de imensa complexidade e, por isso mesmo, não é possível contrapô-lo pela simples atribuição de um rótulo odioso, em típica estratégia erística schopenhaueriana[762].

Na mesma direção, consiste num equívoco a pretensão de simplificação do positivismo, tendo em vista que, embora possa ser apontado um elemento comum caracterizador da referida corrente[763], há marcante disparidade interna, ou seja, no rol de positivistas há considerável discórdia sobre o conceito do direito e a própria relação com a moral. É inadequado, portanto, amalgamar todos os positivistas como se expressassem uma única e uniforme linha de pensamento[764]. A esse respeito, Michel Troper afirma que é preferível que se fale em jusnaturalismos e positivismos, no plural[765].

Robert Alexy apresenta um interessante ponto de partida vocacionado à compreensão do positivismo jurídico, diferenciando-o do não-positivismo. Segundo o autor, a disputa entre positivistas e não-positivistas gira em torno da conexão necessária entre direito e moral[766]. As teorias positivistas defendem a tese da separação, segundo a qual o conceito de direito se define sem qualquer elemento moral, portanto, são compostas por apenas dois elementos definitórios, a saber, a legalidade autoritativa e a eficácia social. As teorias não-positivistas, "defendem, ao contrário, a tese da conexão. Ela [a tese da conexão] afirma que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais"[767].

---

[762] A expressão "rótulo odioso" é de Arthur Schopenhauer e consiste num dos trinta e oito estratagemas da Dialética Erística. Segundo afirma: "um modo rápido de eliminar ou, ao menos, de tornar suspeita uma afirmação do adversário é reduzi-la a uma categoria geralmente detestada, ainda que a relação seja pouco rigorosa e tão só de vaga semelhança. Por exemplo: "Isso é maniqueísmo", "É arrianismo", "É pelagianismo", "É idealismo". SCHOPENHAUER, Arthur; CARVALHO, Olavo de. **Como vencer um debate sem precisar ter razão:** em 38 estratagemas: (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 174. Com isso, queremos dizer que não é possível desdenhar de teorias dotadas de grande racionalidade, como as de Kelsen, Hart, Shapiro e tantos outros pela simples atribuição do rótulo detestável, isto é, fazer uma afirmação do tipo: "o autor é positivista e por isso está equivocado".

[763] Conferir: FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito:** do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 125. De acordo com Waluchow, para a maioria dos positivistas a conexão entre direito e moral não é necessária, mas apenas contingencial. WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 95-96.

[764] A mesma dificuldade paira sobre as correntes naturalistas (direito natural), não havendo linearidade entre si. WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 95-96.

[765] TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** São Paulo: Martins, 2008 (Coleção Tópicos Martins), p. 21. De acordo com Alexandre Travessoni Gomes: "O termo positivismo tem vários significados: pode tanto significar o Positivismo de Auguste Comte e seus vários seguidores (Positivismo Filosóficos), os adeptos do Círculo de Viena (Positivismo Lógico), ou ainda o Positivismo Jurídico, em suas diversas variações". GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito:** Kant e Kelsen. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 157.

[766] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 241.

[767] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 242. Em Alexy, a teoria da pretensão desempenha importante papel. Segundo afirma, "tanto normas jurídicas isoladas e decisões jurídicas

De modo geral, o positivismo jurídico não nega uma influência contingencial exercida pela moral no direito, a questão é que não há obrigatoriedade de conformidade do direito frente a moral[768] e, nesse sentido, os critérios de validade jurídica das leis não precisam incluir, **necessariamente**, uma referência à moral ou à justiça[769]. É nesse sentido que, para Hart, o positivismo se contrapõe ao Direito Natural, na medida em que, pelo último, "há certos princípios do comportamento humano, que aguardam serem descobertos pela razão, aos quais a lei humana deve se adaptar para ser válida"[770].

Partindo-se da mesma premissa da alexyana, mas com enfoque distinto, os elementos caracterizadores do positivismo jurídico, capazes de indicar o esqueleto da referida corrente, conforme considerados por Dworkin, são três. Em primeiro lugar, o direito de uma determinada comunidade, sob o ângulo de visão do positivismo jurídico, consiste num conjunto de regras, cujo teste de validade não tem a ver com seu conteúdo, mas, sim, com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foi a regra formulada ou adotada[771]. Em segundo lugar, o conjunto de regras jurídicas é coextensivo com o direito, de tal forma que se não houver uma regra aplicável ao caso, este não pode ser julgado mediante a aplicação do direito. No entanto, devido à proibição do *non liquet*, mesmo na ausência de regra, o juiz deve decidir, de modo que, nessas hipóteses,

---

isoladas quanto sistemas jurídicos como um todo levantam necessariamente uma pretensão de correção". ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 257. Sobre o positivismo jurídico, pode-se colher algumas noções em Tom Campbell: "Es ampliamente admitido que los positivistas jurídicos sí que tienen puntos de vista políticos y morales. Los positivistas jurídicos clásicos, Jeremy Bentham y John Austin, eran tanto utilitaristas morales como psicológicos. Incluso Hobbes, a cuya teoría del soberano absoluto pude ser remontado el positivismo jurídico, puede sostenerse que suscribió los valores fundamentales de la vida y la obediencia a Dios que van más allá del mero prudencialismo. Lo que distingue a los padres fundadores como positivistas jurídicos, es comúnmente admitido, no es la suerte de sus creencias morales, sino la separación de sus creencias con respecto a sus definiciones y descripciones de Derecho. La más famosa de todas las citas que definen el positivismo es la declaración de Austin de que "la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito outra". CAMPBELL, Tom. **El sentido del positivismo jurídico.** *In:* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 25. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Acesso em 22 de março de 2017, p. 308. Para que fique claro, o positivismo jurídico adota a tese segundo a qual não há relação necessária, ou seja, conceitual entre o direito e a moral. CAMPBELL, Tom. **El sentido del positivismo jurídico.** *In:* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 25. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Acesso em 22 de março de 2017, p. 309.

[768] HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 239.

[769] HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 240.

[770] HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 240.

[771] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 27-28.

exercerá seu discernimento pessoal[772]. Por fim, na ausência de uma regra jurídica válida, não existe obrigação jurídica[773].

Wilfrid J. Waluchow sintetiza a controvérsia envolvendo o positivismo. Contrapondo direito natural ao direito positivo, afirma que aquela corrente defende que existe um direito sobre (acima) ou implícito no direito positivo explícito, a partir do qual o conteúdo do último pode ser derivado ou questionado, por isso, a razão da conexão entre direito e moral, na versão teórica do direito natural. Ao contrário, os adeptos do positivismo jurídico negam a conexão entre direito e moral, salvo uma conexão contingencial. Portanto, para os positivistas, o direito é capaz de expressar demandas e direitos morais, no entanto, isso não faz parte da sua natureza fazê-lo necessariamente. Assim, sem desprezar a possibilidade de haver uma conexão entre direito e moral – algo que, repita-se, pode se dar por uma contingência – o que importa de verdade, no positivismo, é que as leis tenham sido criadas do modo correto[774].

Como já advertido, talvez o mais adequado seja falar em positivismos, tendo em vista a divergência interna dos próprios autores. De fato, em tempos mais recentes, dividiu-se o positivismo em pelo menos dois grandes grupos, ou seja, o dos positivistas inclusivos e o dos positivistas exclusivos, algo que se fez necessário exatamente pela ausência de uniformidade entre os teóricos[775]. Para citar um exemplo, Hart, apesar de positivista, admite diferentes tipos

---

[772] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 28.

[773] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 28. As teorias de MacCormick, Dworkin e Bustamante, cada uma a seu modo, pretendem superar a dicotomia jusnaturalismo/positivismo. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 332.

[774] WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 95-96. Em complemento, afirma Waluchow: "Los positivistas, por supuesto, no tienen problema en reconocer muchas conexiones contingentes entre el derecho e la moral. Numerosas leyes, por ejemplo aquellas que proscriben el robo y el hurto, son muy claramente reformulaciones de princípios Morales. Pero desafortunadamente existen demasiados ejemplos de leyes válidas, tales como aquellas que rigen el *apartheid* en Sudáfrica, que no son susceptibles de defensa moral". WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 96.

[775] Dworkin, com certa ironia, afirma: "Este é apenas o esqueleto do positivismo. A carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 29. Robert Alexy apresenta um esquadrinhamento do positivismo e do não-positivismo. O positivismo é composto por duas versões (o positivismo exclusivo e o inclusivo) e o não-positivismo é composto por três versões. O positivismo exclusivo, como o de Joseph Raz, sustenta que a moral está necessariamente excluída do conceito de direito. O positivismo inclusivo, como, por exemplo, o defendido por Jules Coleman, defende que a questão é contingencial, isto é, não se afirma que a moral está necessariamente excluída ou incluída no direito. O não-positivismo, por sua vez, é composto pelo não-positivismo exclusivo (o mais radical dentre os demais), que defende que qualquer injustiça ou defeito moral de uma norma impede a sua validade, assim como defendido por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword. O não-positivismo superinclusivo funciona de modo oposto, e defende que eventuais defeitos morais não afetam de modo algum a validade jurídica. Por fim, há ainda o não-positivismo inclusivo, que sustenta que defeitos morais minam a validade do direito se o limiar da injustiça extrema for ultrapassado. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 313-316.

lógicos de regras, qualificando-as como primárias e secundárias[776]. Essa divisão hartiana, entre regras primárias e secundárias, decorre, certamente, da leitura que fez da obra de Austin, pois a considerava insuficiente para apreender a complexidade do sistema jurídico. Hart, portanto, indica a clara diferença entre a ordem de um assaltante ("passe-me o dinheiro") e as exigências de um coletor de impostos[777], embora, à obviedade, este último também esteja exigindo dinheiro.

A partir do momento em que se preocupa com o ponto de vista interno – isto é, do ponto de vista do participante e não do observador externo – Hart empreende uma significativa virada na teoria do direito, abandonando-se a perspectiva positivista do direito como apenas fato social[778]. Portanto, segundo Morrison, em Hart, "a ideia de uma regra substitui o conceito de ordens do soberano como o ponto central do positivismo jurídico"[779].

De acordo com a corrente que defende o positivismo inclusivo, "os valores e princípios morais são levados em conta entre os possíveis fundamentos que um sistema jurídico poderia aceitar para determinar a existência e o conteúdo das leis válidas".[780]

Joseph Raz, positivista exclusivo, é um pouco mais radical. Segundo ele, a validade de uma regra jurídica depende apenas de ter sua fonte apropriada na legislação, na decisão judicial ou no costume social, portanto, independe de fatores morais[781].

---

[776] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 31.
[777] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 422; HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 106-109; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 48-55.
[778] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148.
[779] MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 424.
[780] Tradução livre, no original: "los valores y principios morales cuentan entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico podría aceptar para determinar la existencia y contenido de las leyes válidas". WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 97. Agrupam-se na corrente do positivismo jurídico inclusivo – também denominado incorporacionismo – David Lyons, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Philip Soper e Herbert Hart. FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito:** do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 126. A lista indicada, por certo, não é taxativa. Acrescente-se as observações de Campbell: "Desde un punto de vista más preciso y fuerte sobre las relaciones conceptuales entre Derecho y moral, llamado "positivismo duro" o excluyente", se sostiene que es conceptualmente incoherente para un sistema jurídico incorporar cualquier referencia a la moral en su regla de reconocimiento, esto es, en la lista de fuentes del Derecho que son reconocidas por los tribunales. El positivismo duro está a menudo articulado sólo para establecer la superioridad analítica del "positivismo blando" o "incluyente". La tesis de que una regla de reconocimiento puede incluir criterios morales, pero no necesita hacerlo. En contraste, la tesis de que el Derecho debe incorporar una referencia a la moral en la regla de reconocimiento es rechazada, como una forma de teoría del Derecho natural que cae completamente fuera del alcance de las teorías positivistas. CAMPBELL, Tom. **El sentido del positivismo jurídico.** *In:* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 25. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Acesso em 22 de março de 2017, p. 309.
[781] WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 97. A diferença entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo é normalmente

As objeções formuladas ao positivismo jurídico se justificam principalmente pelo seu viés predominantemente analítico, pois, focado no conceito do direito, promove uma redução da importância do ambiente discursivo de construção da norma jurídica – processo –, condicionando a validade do direito à autoridade, valendo-se, para tanto, de uma inapelável e manejável regra de reconhecimento.

É a partir daí que surge uma das preocupações principais do presente trabalho, pois a estruturação dada ao direito jurisprudencial pelo CPC/2015 pode acarretar no aproveitamento de correntes positivistas, inclusivas ou exclusivas, como assinalado. O risco da adoção desse tipo de proposta é induzir a uma sumarização e possível desprezo do **processo** diante de um sistema de precedentes obrigatórios, emanados por Cortes Supremas, os quais não devem ser rediscutidos em instâncias inferiores pois se acredita num critério positivista que impossibilita a mudança de conteúdos jurídicos sob a justificativa da própria autoridade dos tribunais.

Atente-se, nessa linha de raciocínio, à proposta de Raz. Uma vez tenham sido estabelecidos os fatos sociais apropriados, por exemplo, que um juiz de um tribunal superior – cujas decisões obrigam a todos – tenha decidido sobre o significado do direito em determinado caso, os limites do direito terão sido alcançados[782]. É exatamente esse critério nitidamente positivista que pode ganhar força quanto ao uso do direito jurisprudencial no Brasil, na medida em que se passa a acreditar que, uma vez forjado um padrão decisório por parte de um tribunal superior, levando-se em consideração os "fatos sociais apropriados", o referido padrão se torna incombatível e não passível de modificação.

Para que a crítica ao positivismo não se torne etérea ou insidiosa, é necessário que se compreenda o argumento de Hart. Considerando-se a impossibilidade de os "cânones da interpretação" alcançarem êxito na indeterminação linguística, Hart apresenta a sua noção de textura aberta[783]. Com isso, é natural o deslocamento de um grande poder aos intérpretes oficiais (por exemplo, as autoridades judiciais), na medida em que a decisão é um ato de

formulada em termos hartianos. No caso do positivismo inclusivo, considera-se que os fatos jurídicos, em última instância, estão determinados exclusivamente por fatos sociais, mas a regra do reconhecimento possibilita que critérios de validade jurídica sejam morais, desde que os funcionários os aceitem e pratiquem do ponto de vista interno, isto é, jurídico. Ao contrário, os positivistas exclusivos afirmam que os fatos jurídicos estão determinados exclusivamente por fatos sociais e a regra de reconhecimento não pode estabelecer um teste de juridicidade que condicione a validade de uma norma jurídica às suas propriedades morais, de modo que se rechaça a denominação de direito para qualquer norma não dotada de *pedigree* social. SHAPIRO, Scott J. **Legalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 331-334.

[782] WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 98.

[783] HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 161-176.

escolha[784]. Por isso, pode-se afirmar que o rompimento de Hart em relação à proposta de Austin é apenas relativo, pois, apesar de acreditar que o direito consista num sistema de regras primárias e secundárias, Hart não consegue abandonar a perspectiva do soberano, em última análise, os órgãos jurisdicionais aos quais se atribui a função de dizer o direito.

Aí que se situa um ponto crucial deste trabalho, pois as duas perspectivas teóricas anteriormente destacadas – positivismo ou realismo – ou também outras concepções pretensamente inovadoras, mas que na verdade não passam de repaginações daquelas[785],

---

[784] MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2017 (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3), p. 101-102.

[785] Uma releitura do realismo jurídico é o denominado *Critical Legal Studies*. Segundo Frederick Schauer: "Embora a maioria dos pioneiros do realismo jurídico floresceu entre os anos vinte e os anos quarenta, a perspectiva realista segue sendo próspera. Eles dizem que <<agora todos somos realistas>>, mas isto é quase que seguramente falso. Não somente eles <<todos>> é um exagero maiúsculo, mas a forma de realismo que sobrevive é uma variante muito domesticada. A crença na jurisprudência como fator totalmente determinante pode ter desaparecido um pouco, mas os livros de casos de direito de danos são menos semelhantes aos de Leon Green do que se teria previsto há meio século, com o livro moderno típico apoiando-se em grande medida nas categorias jurídicas tradicionais da jurisprudência sobre danos. O direito constitucional, todavia, segue sendo discutido, questionado e organizado em desacordo substancial com o que as atitudes haviam estabelecido com firmeza, e qualquer estudante que acredite numa perspectiva realista forte será recompensado em seus exames da faculdade de direito com uma surpresa ingrata". Tradução livre, no original: "Aunque la mayoría de los pioneros del realismo jurídico florecieron entre los años veinte y los años cuarenta, la perspectiva realista sigue siendo próspera. Suele decirse que <<ahora todos somos realistas>>, pero esto es casi con seguridad falso. No solo el <<todos>> es una exageración mayúscula, sino que la forma de realismo que sobrevive es una variante muy domesticada. La creencia en la jurisprudencia como factor determinante total puede haberse marchitado un poco, pero los libros de casos de derecho de daños son menos parecidos al de Leon Green que lo que hubiéramos vaticinado hace medio siglo, con el libro moderno típico apoyándose en gran medida en las categorías jurídicas tradicionales de la jurisprudencia sobre daños. El derecho constitucional todavía sigue siendo discutido, cuestionado y organizado en discrepancia sustancial con lo que los actitudinales habían establecido con firmeza, y cualquier estudiante que crea que una perspectiva realista fuerte será recompensada en sus exámenes de la facultad de derecho recibirá una sorpresa ingrata". SCHAUER, Frederick. **Pensar como un abogado:** una nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 155. Na sequência, Schauer faz uma associação entre as conclusões tomadas pela *Law and Economics*, voltadas à maximização da eficiência e o estilo de Llewellyn, bem como assinala que alguns membros da escola *Critical Legal Studies* são explicitamente realistas, na medida em que consideram a indeterminação da jurisprudência e a possibilidade de escolha do juiz a partir de "bases reais", sendo reconhecido ainda, por um de seus membros (Mark Tushnet), que a ideologia política era o fator determinante de muitas decisões constitucionais. A dita escola – *Critical Legal Studies* – portanto, parte do reconhecimento da influência de fatores extrajurídicos na tomada de decisões, o que faz Schauer reafirmar que dá continuidade ao realismo jurídico. SCHAUER, Frederick. **Pensar como un abogado:** una nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 156-158. Arnando Sampaio de Moraes Godoy faz a seguinte colocação: "O movimento jusfilosófico *critical legal studies* surgiu nos Estados Unidos da América no ambiente de contra-cultura e de experimentalismo esquerdista que plasmou a década de 1970 naquele país. Academicamente ligado às universidades Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven) o movimento rapidamente granjeou adeptos e críticos. Com referencial conceitual na onda de realismo jurídico que marcou a cultura normativa norte-americana, o *critical legal studies*, doravante *CLS*, apresenta relações com o pensamento de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis, entre outros. Verifica-se forte influência do marxismo ocidental, especialmente em sua vertente frankfurtiana, aspecto potencializado com a presença de Max Horkheimer, Theodor Adorno e de Herbert Marcuse nos Estados Unidos a partir da década de 1940, quando fugiram da Alemanha nazista". GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento *Critical Legal Studies* (*CLS*).** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 9. Conferir: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 265. Cabe fazer uma transcrição de Wayne Morrison, para que não se confunda o referido movimento com a perspectiva hermenêutica aqui adotada. Sobre os CLS, o autor afirma que "trata-se de um rótulo geral que abrange um grande número de empreendimentos subversivos perante aquilo que, para seus membros, são as

desservem, como propostas teóricas, ao direito brasileiro e, por isso, deve ser afastada a possibilidade de seu aproveitamento.

Não se pretende, aqui, retomar toda a discussão travada entre Dworkin e os positivistas, inclusivos ou exclusivos[786]. A referida polêmica é interminável e foi retrabalhada com proficuidade por muitos[787]. Espera-se, apenas, que a indicação de alguns elementos da teoria dworkiniana do direito como integridade seja suficientemente capaz de deixar em evidência a possibilidade – a rigor, a necessidade – de aproveitamento da referida teoria, especialmente nesse momento delicado da processualística brasileira, no qual o instituto do precedente é costumeiramente analisado do ponto de vista dogmático ou positivista.

É preciso, em primeiro lugar, afastar algumas incompreensões sobre a proposta de Dworkin, alvo de contundentes críticas, algumas delas irremediavelmente insensatas. Na sequência, para além da apresentação de respostas aos críticos, objetiva-se indicar os motivos pelos quais a referida teoria pode acarretar uma compreensão adequada do uso do direito jurisprudencial, plenamente aproveitável no Brasil.

O renome de Habermas – considerado por muitos como o maior filósofo do direito da atualidade – nos estimula a indicar as críticas por ele formuladas a Dworkin para que seja possível, nesse sentido, desfazer alguns enganos.

Habermas, apesar de não-positivista, reconhece que o direito vigente garante "a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica"[788]. No entanto, segundo o próprio Habermas:

---

principais tradições do saber jurídico. Os Estudos Jurídicos Críticos constituem um projeto pós-positivista que implica: (i) uma crítica do método científico "objetivo tido como base do conhecimento tradicional, com a reivindicação de que o "entendimento interpretativo", ou a *hermenêutica*, deve substituir o positivismo; nosso modo de entender a ciência é visto como uma escolha política. A abordagem hermenêutica está ligada a uma abordagem radical, e às vezes de viés esquerdista, dos fenômenos jurídicos; (ii) uma mudança no modo de ver o direito". MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 539-540. Conferir: MANGABEIRA UNGER, Roberto. **The Critical Legal Studies Movement.** Cambridge: Harvard University Press, 1986.

[786] Para uma resposta aos novos positivistas, principalmente Coleman e Raz, conferir os capítulos 7 e 8 do livro "A justiça de Toga". DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 265-339.

[787] CHUEIRI. Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M. Editora, 1995; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico:** história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 182-195; GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268-275; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Coleção teoria e filosofia do direito), p. 7-131; MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2017 (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3), p. 91-163.

[788] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 245. Esclareça-se, essa expectativa de comportamento dos indivíduos, de acordo com o direito constituído, representa uma chave de compreensão da teoria dos sistemas (no caso, um subsistema, o direito) de Niklas Luhmann.

> Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial. De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intransparente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. [...] O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*[789].

Habermas, em seguida, passa ao exame de três perspectivas da teoria do direito, isto é, a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo. A primeira – a hermenêutica – propõe um modelo processual de interpretação, iniciando-se por uma "pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas"[790]. O deslize da hermenêutica, segundo Habermas, surge por ter recorrido a um *ethos* dominante, baseado em *topoi*[791]. As teorias realistas, por sua vez, "não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da pré-compreensão", sobressaindo, acrescente-se, determinantes extrajurídicos[792]. No que se refere ao positivismo, lembra Habermas, a sua pretensão é dirigida à "estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas"[793].

Na sequência, Habermas formula, no geral, três críticas a Dworkin. Em primeiro lugar, apesar de reconhecer que Dworkin rompe com a hermenêutica jurídica, no sentido de que

---

[789] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 247.
[790] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 247.
[791] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 247-248.
[792] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 248.
[793] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 250.

abandona o recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido[794], Habermas nega a possibilidade de sobreposição da moral ao direito, pois, para este autor, certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito[795]. Em segundo lugar, a proposta de Dworkin sofre a acusação habermasiana de que poderia levar a monopólios de interpretação e, com isto, torna-se-ia propensa à formação ou manutenção de ideologias[796]. Por fim, a terceira crítica mais eloquente a Dworkin, por parte de Habermas, diz respeito à suposta solidão do juiz ideal, o Hércules[797].

A primeira crítica – da subordinação do direito à moral – é mais complexa e mais difícil de ser atacada, mas ao mesmo tempo de menor relevância quanto à apreciação do positivismo jurídico, principalmente se levarmos em conta que o próprio Habermas admite a influência da moral no direito, embora parta de uma noção de co-originalidade entre direito e moral.

A segunda e a terceira objeções habermasianas são visivelmente equivocadas, quase absurdas. Sobre a formação de processos ideológicos, a teoria da integridade de Dworkin pretende exatamente possibilitar a rediscussão de conteúdos jurídicos, sendo imprescindível a implementação de processos interpretativos, rompendo-se, portanto, com a perspectiva positivista, mas, ao mesmo tempo, sem cair no subjetivismo do realismo jurídico, cujo instrumento funciona como um pêndulo, por vezes dentro da ordem jurídica, por outras fora dela, mas que, na verdade, serve para justificar, metajuridicamente, escolhas pessoais dos decisores. Embora a teoria da integridade não possa ser considerada uma espécie de antídoto infalível contra as diversas ideologias, é induvidosamente útil ao combate das ditas ideologias, na medida em que se permite a desconstrução e reconstrução – reescrita continuada – do sistema jurídico por meio da argumentação.

A última crítica formulada por Habermas a Dworkin não é menos extravagante. Ao dizer que Hércules é solitário, Habermas ignora a indiscutível feição ideal de Hércules. Trata-se, em verdade, de uma figura irreal, inexistente. É estranho que Habermas tenha formulado uma

---

[794] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 256.
[795] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 256-261. O argumento fica mais claro no trecho que Habermas formula críticas a Robert Alexy, negando que o direito seja um caso especial do discurso prático geral. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 291-293.
[796] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 275.
[797] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 277.

crítica dessa natureza, pois ele mesmo se vale de idealidade para construção do seu argumento[798].

Outras críticas foram formuladas a Dworkin[799], mas, aqui, o importante é destacar a impertinência das colocações de Habermas, e deixar evidenciado que o juiz Hércules não invalida a teoria dworkiniana, surgindo-se, portanto, uma interessante proposta teórica do uso do direito jurisprudencial. Na verdade, como bem colocado por Lenio Streck:

> Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz "Hércules" de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a *superação* do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto.*
> Isto é, o *linguistic-ontological-turn* ocasionou a morte do sujeito do esquema sujeiro-objeto (o sujeito da consciência de si do pensamento pensante). Mas, convenhamos, isso não quer dizer que não tenha "permanecido nada no lugar desse sujeito". Uma leitura apressada de Dworkin (e isso também ocorrem com quem lê *Gadamer* como um filólogo, fato que ocorre principalmente no campo jurídico) dá a falsa impressão de que Hércules é o portador de uma "subjetividade assujeitadora"[800]

Embora Hércules seja, de fato, uma figura ideal, Dworkin não é nada idealista quando se refere à aplicação do direito[801]. Por isso mesmo, a invenção da figura de Hércules se justifica para contrapor a juiz real e o ideal, numa postura hermenêutica, surgindo, portanto, o desafio de construir um sistema baseado em princípios jurídicos[802].

De maior importância ao presente trabalho, é perceber que, com a figura ideal do juiz Hércules, todo o direito pode ser revisitado, interpretado e, claro, não há nenhuma razão para

---

[798] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 50-52.

[799] A controvérsia entre Dworkin e os positivistas tem início, a rigor, com o próprio livro de Hart, "O Conceito de Direito", que se tornara alvo de críticas por parte de Dworkin, iniciando-se pelo artigo intitulado "o modelo de regras I", posteriormente incorporado ao livro "Levando os Direitos a Sério" (capítulo 2). Hart responde a Dworkin no posfácio da segunda edição do livro "O conceito de Direito", muito embora não se saiba até que ponto a referida resposta tenha sido revisada por Hart, pois fora organizada e publicada postumamente. Fato é que Dworkin considera ter sido ridicularizado por Hart e por isso formula a sua resposta, no livro "A justiça de toga" (capítulo 6). DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 199; 235. Em tempos recentes, Scott Shapiro é outro autor positivista que objetou Dworkin. Conferir: SHAPIRO, Scott J. **Legalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 373-401.

[800] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 433-434.

[801] Como lembra Dworkin, "dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outras pessoas". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 24.

[802] PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico:** história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 180.

se excepcionar o direito jurisprudencial, algo que deve decorrer de processos argumentativos desenvolvidos pelas partes, com a disciplina das garantias processuais.

Ora, a divergência entre a proposta positivista e a de Dworkin[803] – isto é, a do direito como integridade – é bem ilustrada pelo caso Sorenson. Em síntese, a Sra. Sorenson, visando aliviar as dores provocadas por artrite reumatoide, durante anos, fez uso de um medicamente genérico. O referido medicamento, que apresentava efeitos colaterais danosos, foi fabricado e comercializado por diversos laboratórios, o que gerou danos cardíacos à Sorenson. Assim, ela processou todos os laboratórios, em conjunto, pois não conseguia comprovar a responsabilidade em particular de um único laboratório, tendo os advogados de Sorenson alegado que a responsabilidade solidária dos ditos laboratórios decorria da sua participação no mercado. Sob o ponto de vista do positivismo, como o de Hart, o conteúdo do direito se dá por referência às fontes sociais (legislação, decisões judiciais e costumes sociais). Assim, na perspectiva hartiana, no caso de Sorenson, não havia nenhum indicativo jurídico da responsabilidade dos laboratórios[804].

Outro caso ilustrativo, apresentado por Dworkin, com o intuito de problematizar o conceito do direito dos positivistas é *Riggs vs. Palmer*[805]. O jusfilósofo narra que Elmer assassinou o avô por envenenamento, em 1882, sabendo que o testamento lhe contemplava com a maior parte da herança. A motivação de Elmer era matar o avô antes que esse pudesse alterar o testamento. O crime foi descoberto e Elmer condenado. A questão que se colocou, em seguida, foi o embate dos demais herdeiros com Elmer, pois alegaram que, por ter assassinado o avô, aquele não fazia jus à herança. Não havia nada na lei nova-iorquina que proibisse Elmer

---

[803] Morrison indica que a "tese dos direitos" de Dworkin abrange oito proposições, sendo elas: 1) todo sistema jurídico estável exprime uma filosofia política dominante, e é isso que confere coerência e unidade do sistema jurídico; 2) essa filosofia indicada não se restringe à academia, pois é utilizada diariamente; 3) o sistema político também é formado por princípios jurídicos; 4) as regras diferem dos princípios; 5) os juízes não exercem e nem podem exercer um poder discricionário descontrolado ao decidirem qualquer caso; 6) nos casos difíceis, há sempre uma resposta "certa"; 7) Hércules é um juiz ideal que não cometeria erros, mas Dworkin deixa claro que se trata de um juiz ideal, pois julgar não é fácil e os juízes reais podem cometer erros; 8) ainda que somente Hércules possa sempre obter a resposta certa, juízes e advogados têm obrigação de busca-la. MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito:** dos gregos ao pós-modernismo. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p.511-512. Sobre a tese da única resposta correta, afirma Cattoni de Oliveira: "Fundamentalmente, a tese da única resposta correta não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem mesmo a exigência para se chegar, ainda que aproximadamente, a uma solução ideal. A tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas* e *autorreflexivas*, *críticas*, *construtivas e fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral* e *jurídica*". OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 65.

[804] DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 203-206.

[805] *Riggs vs. Palmer*, 115, Nova York, 506, 22 (1889).

de herdar, pelo fato de ter assassinado o avô, no entanto, a herança lhe foi negada, a partir do voto condutor do juiz Earl[806].

Transpondo-se os exemplos ao sistema processual brasileiro, corre-se o risco de ocorrer o engessamento do direito em razão de um critério ultrapositivista, pois, uma vez que tenha um tribunal firmado um determinado precedente, nada de direito poderia haver além do precedente criado. É por isso que, nos países de tradição de *common law*, embora seja considerado um evento radical e até dramático[807], o *overruling* (superação) do precedente é algo inerente ao sistema, portanto, não é encarado como uma esquisitice a ser evitada pelo legislador, diferentemente do que consta na Lei 13.256/16.

Ora, como lembra Cattoni, "para além do dilema positivista e realista entre *descobrir* ou *inventar* uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de *interpretação construtiva*"[808]. Prossegue o autor, além da figura metafórica de Hércules, Dworkin se vale de outra metáfora, a do romance em cadeia (*chain novel*), que serve para ilustrar o processo de aprendizado social e enxerga o direito como prática social interpretativa e argumentativa[809]. Em transcrição literal, afirmava Dworkin:

> Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz

[806] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 20-25.
[807] "La manera más dramática de tratar con el precedente tiene lugar cuando el Tribunal que sentó el precedente lo desestima y lo reemplaza por uno nuevo. El ejemplo más conocido que registra la historia constitucional de los Estados Unidos, tuovo lugar en relación a la segregación racial impuesta por el Gobierno. El año 1896, en el caso *Plessy v. Ferguson*, la Corte Suprema decidió que uma ley estatal que estipulaba que los pasajeros de ferrocarril, blancos y negros, ocuparan diferentes vagones por motivos de segregación racial, no violaba la Decimocuarta Enmienda sobre *la protección igual ante la ley* siempre que los asientos y el ambiente fuesen *iguales* en un sentido material y en su presentación. Por consiguiente, el precedente así estabelecido fue conocido como la doctrina de *iguales pero separados.* Cincuenta y ocho años después, en 1954, la Corte analizó el caso *Brown v. Board of Education*, en el que los demandantes negros sostenían que la segregación racial en las escuelas públicas les negaba la "protección igual ante la ley" a pesar de cualquer "igualdad" tangible de estas escuelas. Por supuesto que la Corte Suprema se enfrento a su precedente de *iguales pero separados* y por unanimidade, decidió revocarlo". BARKER, Robert. S. **El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos.** Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL, 2014, p. 49-50.
[808] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 66.
[809] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 69.

> deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção[810].

Nesse sentido, é imprescindível que o uso do direito jurisprudencial no Brasil se dê a partir premissas teóricas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e capazes de fornecer as balizas aos atos jurisdicionais decisórios, algo que somente se vislumbra a partir da reformulação do papel dos sujeitos processuais, do reconhecimento do caráter linguístico construtivo (hermenêutico) do direito e, por conseguinte, do afastamento de propostas "teóricas" que insistem em depositar as esperanças na sapiência do juiz, no acerto das decisões prolatadas pelos garbosos integrantes de altos tribunais ou mesmo que desprezam o *iter* de formação decisória, de modo a exigir que a fundamentação se dê apenas nas decisões.

No campo processual, a teoria da comparticipação[811], ao promover uma reconstrução do sistema processual a partir de macromodelos, indica a insuficiência dos antigos modelos, centrados no protagonismo das partes (no caso do liberalismo processual) ou dos juízes (como típico da fase da socialização processual)[812].

Nota-se, de fato, que os dois paradigmas de maior êxito na história, ou seja, o Estado liberal-burguês e o Estado Social, geraram ressonância no sistema processual[813]. Por um lado, na quadra histórica do liberalismo processual, o processo possui como características técnicas o fato de ser visto em perspectiva privatística e como mero instrumento de resolução de conflitos. A estruturação da legislação processual se baseava em princípios técnicos como o da

---

[810] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 237-238.

[811] Fala-se em teoria como ente autônomo em virtude de seu aspecto objetivo (POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo:** uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia; [São Paulo]: Editora da Universidade de São Paulo, 1975. (Coleção Espírito do nosso tempo; v. 13). Não há dúvida de que as teorias são pensadas e formalizadas por homens – e aqui segue-se aquela proposta por Dierle Nunes – mas ao ser divulgada ao mundo, adquire autonomia em relação ao seu mentor e com ele não se confunde. Conferir: NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório:** uma garantia de influência e de não surpresa. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007; NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 13-29; 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.36, n.199, p. 41-82, set. 2011; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

[812] NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p.15-16.

[813] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 70-71. Conferir: HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia.** Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 2, n. 3, p. 105-121, jan./jun. 1995.

igualdade formal entre os cidadãos, o da escritura e sobretudo o princípio dispositivo[814], a partir do qual idealiza-se o **protagonismo processual das partes**[815].

A perspectiva liberal é alvo de críticas e surgem personagens como Anton Menger e Franz Klein e, a partir dali, ganha força o discurso da socialização processual, na qual o processo passa a ser compreendido como instituição estatal de bem-estar social[816] e promove-se a reformulação das funções atribuíveis aos sujeitos processuais, sobressaindo o **protagonismo judicial**[817]. Essa visão é reforçada, doutrinariamente, por Oskar Bülow, para quem o juiz seria o responsável por promover, com habilidade e sensibilidade, a melhoria do sistema jurídico[818].

Como proposta vocacionada à superação daqueles modelos anteriormente descritos, diagnosticados como equívocos por se mostrarem **incapazes de se desgarrar do protagonismo** (seja das partes ou do juiz), a teoria da comparticipação, amparada pelo avanço empreendido pela teoria fazzalariana do processo como procedimento em contraditório[819], bem como estruturada a partir do modelo constitucional de processo, reordena o sistema processual através do policentrismo e da assimilação de que deve haver a interdependência entre os sujeitos processuais[820].

Tendo sido feita a menção ao modelo constitucional de processo, é de fundamental importância, contudo, apresentar algumas considerações, evitando-se confusões que poderiam trazer prejuízos à exposição. O uso da expressão se tornou bastante popular e visa, de modo

---

[814] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-74.

[815] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 76-77.

[816] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79-83.

[817] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 86. "Essa visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais, na grande maioria dos sistemas processuais, com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*), entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*) de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*), ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito". NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 23.

[818] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 98-104. "As propostas de Bülow, na doutrina, e de Klein, na legislação, ao estruturarem o protagonismo judicial mediante o arquétipo do processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação ao juiz) e instituição de bem-estar social, buscavam, por meio da atividade de criação judicial (escola de direito livre), a implementação da vontade desse agente "privilegiado" do Estado. O processo é reduzido a instrumento da jurisdição, e esta é vista como atividade solitária do juiz". NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

[819] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

[820] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198-215.

geral, indicar a harmonia entre o direito processual e a Constituição. Aliás, assim consta na Exposição de Motivos do CPC/2015.

Apesar de decorrer da elogiável percepção de que as normas processuais devem ser aplicadas a partir da Constituição e não apesar dela, a utilização da expressão **modelo constitucional de processo** deve se dar com a máxima cautela, pois serve à autores com concepções completamente díspares entre si, algo que enfraquece o rigor de sua conceituação[821].

Conforme relato de Dhenis Cruz Madeira, Eduardo J. Couture, ao longo da segunda guerra mundial, ministrou um curso no qual abordava as garantias constitucionais do processo civil, sendo esta a base do texto "*Las garantias constitucionales del proceso civil*", considerado por Héctor Fix-Zamúdio como inaugurador dos estudos do Direito Constitucional Processual[822], expressão que nos dias atuais, repita-se, pode significar muito e nada ao mesmo tempo.

Uma compreensão geral do modelo constitucional de processo pode ser colhida de Italo Andolina e Giuseppe Vignera:

> "As normas e os princípios constitucionais que versam sobre o exercício da função jurisdicional, se considerados em sua complexidade, consentem ao intérprete de designar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível a formar o objeto de uma exposição unitária. Nas páginas seguintes se tentará, para ser mais preciso, fazer esta exposição, no entanto, limitada somente ao modelo constitucional do processo civil. A nossa missão será a de identificar, expor e valorizar as características subjetivas e objetivas, que sob a Constituição deve apresentar aquelas *species* particulares de procedimento instrumental para a explicação da jurisdição civil: entendendo por tal (em conformação à noção de jurisdição que apenas tenham sido propostas e implementadas) a atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários institucionalmente responsáveis pela (*idest:* possuindo como função característica e

[821] De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, as Constituições anteriores a 1988 não se ocupavam muito com o processo, no entanto, a atual altera esse panorama, pois trata de forma abundante sobre o tema. Por conseguinte, os problemas do direito processual passam a ser examinados pelos processualistas à luz da Constituição. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constitucionalização do processo no direito brasileiro.** *In:* MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coords.) Estudos de Direito Processual Constitucional. Homenagem brasileira a Héctor Fiz-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 47-48. Especificamente sobre a expressão modelo constitucional de processo – fala-se, ainda, em processo constitucional e outras expressões símiles –, nota-se realmente a perda de significado, ao se verificar a abrangência e disparidade dos autores que dela se valem. Foi produzida farta bibliografia e as primeiras referências ao processo constitucional ou algo que o valha, foram feitas em meados do século passado, tendo sido, provavelmente, Eduardo J. Couture e Héctor Fix-Zamudio os primeiros a se debruçarem sobre o tema**.** No Brasil, coube a José Alfredo de Oliveira Baracho inaugurar, de modo mais efetivo, a discussão da temática, alicerçado no próprio Fix-Zamudio. Como lembra Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o estudo teve sequência, anos mais tarde, com Italo Andolina e Giuseppe Vignera, na Itália. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 116-118).

[822] MADEIRA, Dhenis Cruz. **A influência do Processo Constitucional sobre o Novo CPC.** *In:* FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. v.1: parte geral. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 315.

> normal a) tutela dos direitos individuais. [...] Antes de levar em consideração os elementos singulares (objetivos e subjetivos) do modelo constitucional do processo civil, é necessário evidenciar aqui as suas generalidades, que podem ser assim identificadas: a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (resultante da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) a condicionar a fisionomia dos processos jurisdicionais individuais introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (a fisionomia) ainda deve ser compatível com as características do modelo; b) na variabilidade, indicando a sua capacidade de assumir formas diversas, de modo que o ajuste ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais realmente em funcionamento, pode ocorrer de várias formas, em vista do persecução de escopos particulares; c) na perfectibilidade, denominando sua aptidão para ser concluída pela legislação infraconstitucional, a qual (*scilicet:* em respeito, porém, daquele modelo e em função da realização de objetivos particulares) bem pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e instituições desconhecidas do modelo constitucional: pense, por exemplo, o princípio da economia processual, aquele do duplo grau de jurisdição e o instituto da coisa julgada. As características gerais do modelo constitucional do processo acima descritas induzem conclusivamente a considerar o mesmo como uma espécie de "esquema em branco'. Isso, de fato, contém, em síntese, os elementos constantes e infalíveis de cada procedimento jurisdicional (validamente) presente no ordenamento jurídico, mas apresenta ao mesmo tempo os "caracteres móveis" e os "espaços vazios", destinados a ser – respectivamente – mudados e preenchidos pelos legisladores infraconstitucionais em busca da realização de determinados objetivos"[823].

De imensurável relevância, no trecho transcrito, é perceber que a atividade jurisdicional se sujeita ao complexo de normas contido no texto constitucional. Se nos dias atuais a assertiva pode parecer demasiadamente óbvia, em consideração à inegável supremacia do texto

---

[823] Tradução livre, no original: "Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria. Nelle pagine seguenti si cercherà, per l'appunto, di fare codesta esposizione, limitatamente però al solo modello costituzionale del processo *civile*. Nostro compito sarà, cioè, quello di individuare, esporre e valutare i connotati soggettivi ed oggettivi, che in base alla Costituzione deve presentare quella particolare *species* di procedimento strumentale all'esplicazione della giurisdizione civile: intendendo per tale (conformemente alla nozione di giurisdizione testé prospettata e recepita) l'attività svolta dagli organi giudiziari istituzionalmente preposti alla (*idest:* aventi come funzione caratteristica e normale la) tutela dei diritti soggettivi. [...] Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi generali, che possono individuarsi: a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella *perfettibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet:* nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale: si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del doppio grado di giurisdizione ed all'istituto della cosa giudicata. I sopra descritti connotati generali del modello costituzionale del processo inducono conclusivamente a considerare lo stesso come una sorta di "schema in bianco". Esso, infatti, contiene *in nuce* gli elementi costanti ed indefettibili di ciascun procedimento giurisdizionale (validamente) presente nell'ordinamento giuridico, ma presenta al contempo dei "caratteri mobili" e degli "spazi vuoti", destinati ad essere - rispettivamente - variati e colmati dal legislatore sub-costituzionale in vista del conseguimento di determinati obiettivi". ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano.** Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 13-15.

constitucional, nem sempre foi assim e, para sermos bem realistas, não é incomum, mesmo após a Constituição da República de 1988, depararmo-nos com decisões judiciais que fulminam o texto constitucional[824].

Curioso é atentar para a existência de inconciliável divergência na própria noção de processo constitucional, pois, como assinalado, alguns autores vão afirmar, de modo invertido, a sujeição do processo à atividade jurisdicional sob o pretexto de se alcançar determinados objetivos[825].

Essa concepção teleológica e ao mesmo tempo perigosíssima do processo, exige maior sofisticação argumentativa e, nesse sentido, não basta indicar os caracteres técnicos do processo, como feito por Andolina e Vignera[826], tornando-se imprescindível o trabalho de aprimoramento científico das garantias constitucionais, portanto, trata-se de um acréscimo da máxima importância, correspondente à visualização da garantia de participação das partes e a possibilidade de verem os seus argumentos gerar verdadeiro impacto na decisão.

Nesse sentido, Nicolò Trocker menciona a existência do **princípio da participação[827],** significando não apenas uma garantia em sentido negativo, ou seja, o direito de resistência à

---

[824] Para se ter um exemplo, o Supremo Tribunal Federal aniquilou o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º inciso LVII), considerando possível o cumprimento de pena após a decisão de segunda instância, conforme ADC 43 e 44.

[825] Trazendo-se alguns exemplos de visões bastante díspares, o processo constitucional pode ser visto como instrumento de contenção e racionalização do poder, com vocação efetivamente democrática e contra ativismos, voluntarismos e discricionariedades. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 49-52. De modo completamente oposto, depara-se com a expressão modelo constitucional de processo para designar propostas estatalistas, nas quais se compreende o processo como instrumento de realização de justiça. BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41-42*;* BUENO, Cassio Scarpinella. **O "modelo constitucional do direito processual civil**": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf Acesso em 11 de novembro de 2016, p. 10. A propósito, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira assevera: "Juristas contemporâneos buscam reconstruir a relação entre Constituição e processo no sentido de uma releitura constitucional do Direito Processual. Uma das principais preocupações desses autores encontra-se, justamente, no terreno específico da efetividade constitucional: Quais seriam os mais hábeis instrumentos processuais constitucionalizados para assegurar a efetividade das normas constitucionais? Quais seriam os melhores instrumentos processuais para garantia de direitos fundamentais dos cidadãos? Hoje, a bandeira do garantismo parece tremular sobre nossas cabeças não somente como um manto protetor, mas também como uma espada, a cobrar uma postura de responsabilidade ética e política por parte dos diversos operadores do Direito. [...] O que se pode aqui perceber é a marca de um *modelo processual de bem-estar social* que se faz presente em maior ou menor medida. Em Dinamarco, a jurisdição e o processo devem ser compreendidos como instrumentos que têm por finalidade realizar os "valores sociais e políticos da nação". [...] Dinamarco, então, afirma ser necessário que o juiz, no exercício da função jurisdicional do Estado, busque as *aspirações* ou o *espírito da lei*, representados por um "juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal". OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. Belo Horizonte: Pergamum, 2013, p. 215-217. Conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 8-9.

[826] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

[827] Comparar a proposta de Trocker com o princípio do discurso, de Habermas. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 154-168.

ação da parte adversa, ao contrário, corresponde o referido princípio ao direito de influir sobre o desenvolvimento e o **resultado da controvérsia**[828]. Assim, fica superada a noção segundo a qual o contraditório se limita à exigência de igualdade formal entre as partes ou, ainda, o princípio que impõe apenas a neutralidade (imparcialidade) por parte do juiz, diz muito mais, pois expressa a possibilidade de as partes exercerem efetiva influência no produto final do julgamento (decisão)[829], que possui expresso paralelo em nosso sistema jurídico, notadamente pela exigência trazida pelo CPC/2015.

Feitas essas considerações, elucida-se, o **modelo constitucional de processo** ao qual se adere não possui conteúdo axiológico-instrumental. Ao contrário, parte-se de um ambiente comunicacional e da percepção da inexistência de um consenso sobre aquilo que se possa compreender como bem comum, com o decorrente afastamento da ideia de existência de um sujeito com acesso privilegiado aos ideais de justiça. Em suma, não se trata de mera metodologia para obtenção de direitos fundamentais, dada a equivocidade do conteúdo jurídico, mas sem descurar dos aspectos técnicos em prol do rompimento com o protagonismo decisório[830]. O modelo constitucional de processo visa a implementação da comparticipação, permitindo-se a visualização de um sistema processual capaz de "transformar o espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial de seu desenvolvimento"[831].

Por sua vez, servem como sustentáculo ao ambiente comunicacional anteriormente descrito as garantias constitucionais, que devem ser compreendidas não apenas em sua feição formal, ao contrário, precisam ser visualizadas a partir de critérios conteudísticos, permitindo-se o exercício fiscalizatório dos atos decisórios emanados dos órgãos estatais, por parte do seu verdadeiro titular, o povo[832].

---

[828] TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 370-371.
[829] TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 384-386.
[830] NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 25.
[831] NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 26.
[832] Conferir: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Como bem afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, "o Estado Democrático tem sua dimensão e se estrutura constitucionalmente na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo (artigo 1º, incisos I, II, parágrafo único; artigo 14 e artigo 60, § 4º, inciso II). BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 75.

É por isso que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias elucida os contornos do Estado Democrático de Direito a partir da agregação do princípio do Estado de Direito ao princípio da democracia. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se limita o poder estatal (o que se dá pela noção de Estado de Direito), possibilita-se a participação do povo (democracia)[833]. O processo constitucional, nas palavras de Brêtas, assegura ao povo a sua atuação contra os atos arbitrários do Estado, mediante um arsenal de garantias[834].

A nossa Constituição é generosa ao enumerar um amplo rol de garantias fundamentais vocacionadas à participação do povo na formação dos atos decisórios e, concomitantemente, assegurar o pleno controle do exercício da jurisdição. Essa listagem – que, por sinal, não é taxativa, devido ao próprio conteúdo do art. 1º da Constituição da República, que estipula o regime político-jurídico brasileiro, como Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo – é composta pelos direitos/garantias da inafastabilidade da atuação jurisdicional; juízo natural; devido processo legal; contraditório; ampla defesa; fundamentação racional das decisões; publicidade dos atos decisórios; duração razoável do processo; supremacia constitucional[835].

Diante disso, o exercício da atividade jurisdicional, incluindo-se, à obviedade, a formação de precedentes, padrões decisórios ou provimentos vinculantes, bem como sua aplicação nos casos concretos, deve se dar em observância às garantias supracitadas, insculpidas na Constituição, que passam a funcionar como balizamento dos atos decisórios, perspectiva muito distante da busca por escopos metajurídicos, como se o juiz fosse um engenheiro social.

---

[833] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 70-71.

[834] BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 76. Como fora denunciado por Ugo Mattei e Laura Nader, o Estado Democrático de Direito pode representar nada além de uma figura retórica (item 3.3, supra). A partir desse tipo de aporia, Jürgen Habermas vai afirmar: "O direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexo que abre e perpetua a possibilidade latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder. A ideia do Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído. [...] Por esta razão, o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: Ele forma simultaneamente o *médium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. [...] O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas". HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão, p. 211-213.

[835] NUNES, Dierle *et al*. **Curso de direito processual civil:** fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 62. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 137-178.

Acrescente-se, não é difícil perceber que a teoria da comparticipação, ao promover a reconstrução do sistema processual, traz consigo uma inovação substancial, a partir da qual o protagonismo das partes, característico das fases liberal e socializadora, cede espaço à construção da norma do caso concreto num ambiente efetivamente policêntrico. Nas palavras de Nunes:

> Deve-se vislumbrar que o **processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica**, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetenz*) e interdependente, **ancorado nos princípios processuais constitucionais,** impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas[836] (destaque nosso).

A dita teoria abraça a tarefa democrática no campo processual e apresenta outro aspecto elogiável, que é o fato de se coadunar com a teoria do direito, fazendo com que a decisão tomada em caráter solitário e com privilégios cognitivos ceda espaço ao ambiente discursivo e dele surja o ato decisório. Como consequência imediata, chega-se a uma conclusão inevitável, embora pouco percebida, que é a imprescindibilidade do vínculo entre a processualística e a teoria do direito, sem a qual se passa a "solucionar os problemas do processo" a partir de simplificações dogmáticas, recorrendo-se, ao final, ao talento da autoridade.

Claro que a teoria do processo como procedimento em contraditório[837] já apresentava os elementos básicos capazes de romper com o protagonismo decisório, ao vislumbrar da construção do provimento, em sede processual, a partir do contraditório. No entanto, a complexidade do sistema jurídico, bem como a sofisticação das correntes positivistas e neopositivistas – como aquelas formalizadas por Kelsen, Hart e Shapiro – exigiu maior refinamento da teoria do processo e, portanto, a mera inclusão do contraditório se mostrou insuficiente para conceber um ambiente processual genuinamente democrático, pois, repita-se, exigia-se a reformulação do papel dos sujeitos processuais, esvaziando-se o protagonismo, com a consequente implementação de um ambiente comparticipativo capaz de fazer com que a atuação das partes possa gerar efetiva influência no ato decisório.

Advirta-se, a comparticipação esperada não representa uma ilusória crença no comportamento benfazejo dos sujeitos processuais. Ao contrário, a proposta parte da percepção

---

[836] NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 27.
[837] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006, p. 109-121.

de que, por menor que seja o contato com o sistema processual, é possível constatar o predomínio de interesses e comportamentos não cooperativos[838], esperando-se que o direito possa atuar contrafaticamente – para que fique claro, contra a postura natural de não cooperação dos sujeitos processuais, que anseiam, acima de tudo, obter certos resultados, independentemente dos prejuízos causados aos demais participantes do processo –, a partir de uma base normativa, com destacada importância ao contraditório dinâmico[839]. É elucidativa a seguinte proposição:

> Há que se ler a **cooperação** (art. 6º) **não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de "comunidade de trabalho" e na leitura da cooperação a partir do "contraditório como garantia de influência e não surpresa"**, porque se criamos um **ambiente procedimental** em que, realmente, **as partes *possam*** (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), *ao agir na defesa dos seus interesses*, **contribuir para a construção do pronunciamento** em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento) – e mais, se compreendemos que esse provimento só é legítimo se for o resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, § 1º, do Novo CPC), seja na reconstrução dos "fatos", seja no levantamento de "pretensões a direito" (reconstrução do ordenamento) –, então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no Novo CPC[840].

Ao promoverem uma análise do direito jurisprudencial, Nunes, Pedron e Horta afirmam a necessidade de se levar em conta os pressupostos dworkinianos como linha interpretativa[841]. Aliás, para os autores, resta clara a adesão do sistema de precedentes do CPC/2015 à concepção do direito como integridade[842].

Um aspecto da maior relevância surge da análise de Nunes, Pedron e Horta, pois os indicados autores associam a tese de Dworkin da unidade do valor à comparticipação processual. Esse ponto, entretanto, carece de melhor costura argumentativa.

---

[838] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87.

[839] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87-88. A comparticipação significa, então, que o processo se torna condutor da implementação de uma comunidade de trabalho, com a respectiva responsabilidade dos envolvidos na construção dos pronunciamentos judiciais, não se confundindo, portanto, com as visões de cooperação/colaboração das partes entre si e com o juiz, de feição socializadora ou, ainda, sob a perspectiva de busca por verdade no processo.

[840] JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 91.

[841] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 4.

[842] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 4-5.

Narram os autores que a tese da unidade do valor representa a interação entre a ética, a moral, a política e o direito[843]. Para chegar a tal conclusão, Dworkin parte daquela que talvez seja a sua tese mais radical, ou seja, a independência metafísica do valor[844], afasta as propostas "realistas" e "antirrealistas"[845] e chega à conclusão de que "a esfera moral é a esfera dos argumentos, não dos fatos brutos"[846]. Dworkin, portanto, não nega a conexão entre o direito e a moral, na verdade chega a afirmar que "uma teoria bem-sucedida da justiça deve ser moral do começo ao fim"[847], mas, segundo defende o filósofo, o raciocínio moral deve ser interpretativo[848].

Afirmam Nunes, Pedron e Horta:

> Para tanto, devem-se considerar *dois princípios:* o do *respeito por si mesmo*, no sentido de que cada um deve levar a sério a sua própria vida e de esforçar-se por fazer dela um empreendimento bem-sucedido, e não uma oportunidade perdida; e o da *autenticidade*, pelo qual cada um tem a responsabilidade especial e pessoal de identificar os elementos que tornarão a sua própria vida bem-sucedida. Ambos os princípios devem ser tratados como **equações simultâneas** a serem resolvidas de forma conjunta, na perspectiva de que ambos se apoiam mutuamente. Por isso, a moral nos manda tratar as outras pessoas considerando que a vida dessas pessoas tem importância objetiva igual à nossa, e atos que atentem contra esse dever de igual consideração e respeito não apenas são contrários à moralidade mas também afetam negativamente a ética por meio da qual nos esforçamos para tornar nossas próprias vidas como algo de valor e importante em si (consubstanciado, por exemplo, numa leitura normativa da boa-fé objetiva)[849].

A comparticipação a qual se havia feito anterior menção, é melhor visualizada pela adequada compreensão da tese da unidade do valor, pois, segundo os autores:

---

[843]NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 5.

[844] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 15.

[845] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 17.

[846] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 19.

[847] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 20. Conferir a tréplica de Dworkin ao pós-escrito de Hart em "O Conceito de Direito", que consta como capítulo 6 do livro "A Justiça de Toga", onde a discussão sobre a relação entre o direito e a moral é retomada e Dworkin sofistica o seu argumento anterior, a partir da resposta apresentada por Hart. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 199-264. Nos capítulos 7 e 8 do mesmo livro (A justiça de Toga), Dworkin apresenta respostas às objeções dos neo-positivistas, como Jules Coleman e Joseph Raz.

[848] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 21. Conferir a relação entre o valor, em Dworkin, com a teoria da moral de Kant: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 405-408.

[849] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 6.

> Este empreendimento conjunto no campo processual é essencial na medida em que os resultados do sistema dependem da assunção de responsabilidade por cada sujeito processual, mediante a percepção de que cada um assume um papel específico dentro dos debates processuais. O sistema processual jamais será eficiente (e legítimo) se aceitarmos os desvios de comportamento de todos os sujeitos processuais a partir de supostas práticas incrustadas e repetidas, contrárias à normatividade e à própria Constituição, ou de uma presumida incapacidade de mudar vícios percebidos pelo senso comum e naturalizados de acordo com pretensas heranças e peculiaridades especialíssimas do Brasil[850].

O aparente conflito entre liberdade e igualdade é, portanto, solucionado pela distinção feita por Dworkin entre democracia majoritarista e a concepção **coparticipativa**[851]. Insista-se, ao se reconhecer a tese da unidade do valor de Dworkin, torna-se muito mais fácil compreender o modo pelo qual se dá o policentrismo e comparticipação em âmbito processual, na medida em que surge o encargo de cada sujeito processual levar a sério o entrelaçamento entre ética[852] e moral, ou, para usarmos uma transcrição direta de Nunes, Pedron e Horta:

> A integração entre a ética e a moral nos permite concluir, então, que deixar de tratar os demais de acordo com as nossas próprias responsabilidades morais é incompatível com o bem viver e com a normatividade que uma concepção comparticipativa assume. A partir dessa integração, é possível afirmar que as responsabilidades que cada um tem perante os demais, a proibição normativa à causação de dano, as obrigações decorrentes das promessas, dentre muitos outros desdobramentos da responsabilidade moral, são dimensões do respeito que devemos nutrir por nós mesmos[853].

Como já foi afirmado, a teoria processual da comparticipação, agora com inequívoco lastro normativo no ordenamento processual brasileiro[854], deve ser tida, em conjunto com a proposta dworkiniana da integridade e coerência, também acolhida pelo legislador, por

---

[850] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 6.

[851] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 9. Vemos, nesse trecho da obra, a utilização da expressão coparticipação, aproximando-se ainda mais à comparticipação processual.

[852] Considerando-se por ética o viver bem, a busca por uma vida boa (interesses pessoais) e a moralidade, ou seja, como cada um deve se portar em relação aos demais. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 6-7.

[853] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica), p. 6.

[854] Como acentuam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, o principal fundamento da comparticipação (cooperação) é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.111.

disposição do art. 926, como premissa interpretativa do comportamento de todos os sujeitos processuais[855].

Assim é que, dentro da proposta comparticipativa, o advogado deve assumir o seu ônus argumentativo, levando em conta a existência do direito jurisprudencial, exatamente para que a sua insuficiência não seja suprida pelo juiz. Por seu turno, o juiz não pode simular uma fundamentação, ou torná-la escassa, sob a justificativa da existência de um determinado padrão decisório. É por essa razão que se pode falar na mutação do ônus argumentativos, que demandará a reinvenção do próprio modo com que se argumenta, devendo ser observado, no que diz respeito ao ato decisório, o estilo argumentativo, abandonando-se, portanto, o estilo meramente silogístico, típico da tradição francesa.

5.2 Direito fundamental à defesa técnica

Dispõe a Constituição da República ser o advogado indispensável à administração da justiça[856]. Entenda-se, é imperiosa a participação do advogado na formação dos atos decisórios de natureza jurisdicional, muito embora a própria legislação brasileira traga exceções[857], que nem de longe poderia ser considerado assunto trivial, mas que, aqui, é deixado de lado, tendo em vista o outro enfoque dado à temática.

Antes de se enfatizar a atuação do advogado como imprescindível à construção do provimento, cujo contorno técnico exige substancial reformulação, em função da implantação de um modelo processual que induvidosamente nutre o uso do direito jurisprudencial, é de suma

---

[855] Registre-se a interessante colocação de Francisco José Borges Motta. Para o autor: "uma decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral;* por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude". MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2017 (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3), p. 216.

[856] Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

[857] Como consabido, as exceções da indispensabilidade do advogado no processo jurisdicional se referem à possibilidade de ajuizamento de ação na Justiça do Trabalho, no Juizado Especial Cível (cujo valor da causa não ultrapasse vinte salários mínimos) e na impetração de *Habeas Corpus*. As possibilidades de dispensa constam do art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final); quanto aos Juizados, do disposto no art. 9º, da Lei 9.099/95 (Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória); e, no que se refere ao *Habeas Corpus*, do conteúdo do art. 1º § 1º da Lei 8.906/94 (Art. 1º [...] §1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal). Conferir: SOARES, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e processo constitucional:** com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e ética aplicadas nos últimos exames da OAB. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 178-206.

importância consignar que a exposição ora iniciada não objetiva elevar o advogado à condição de protagonista do processo.

Aliás, sobre o advogado, ser humano e falível, contingenciado a alcançar resultados profissionais que lhe permitam a sobrevivência econômica e de sua família e, tanto quanto possível, possam ainda lhe render outros frutos, como o prestígio social, pesam diversas influências externas e interesses utilitaristas, descrição suficiente para concluir que não há qualquer razão plausível para acreditar na virtuosidade do advogado. A propósito, Marc Galanter, em artigo publicado originalmente na década de setenta, acenava para a diferença de oportunidades entre os atores partícipes do cenário jurídico. Segundo Galanter, existem os litigantes ocasionais e os litigantes habituais[858]. Interessa notar que os denominados litigantes habituais possuem todas as condições necessárias para otimização dos resultados pretendidos, o que envolve a contratação de advogados com maior prestígio, especialização e qualidade técnica[859].

O advogado, à evidência, se alinha aos objetivos dos seus clientes e, em se tratando de empresas, alinha-se também aos seus projetos, ao código de posturas e laboram o tempo todo visando alcançar as metas estabelecidas, fazendo com que o "ideal da justiça", que supostamente funcionaria como guia, embora positivado[860], se torne algo totalmente fantasioso,

---

[858] "Podemos dividir a nuestros actores en aquellos demandantes que sólo ocasionalmente recurren a los juzgados (demandantes ocasionales: DO) y quienes recurren con frecuencia a ellos (demandantes frecuentes: DF), y se involucran en muchos litigios similares en el transcurso del tiempo". GALANTER, Marc. **Por qué los 'poseedores' salen adelante:** especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. *In:* Sociología jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá-Colômbia: Mauricio García Villegas Editor/Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 72.

[859] GALANTER, Marc. **Por qué los 'poseedores' salen adelante:** especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. *In:* Sociología jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá-Colômbia: Mauricio García Villegas Editor/Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 81-83.

[860] Consta no art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, a recomendação, na verdade, a imposição de inúmeros deveres, alguns deles marcados por grande **indeterminação** e, com o devido respeito à toda classe, se traduz em **imposições delirantes.** Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da **moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.** Parágrafo único. São deveres do advogado: I **–** preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; **II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; III – velar por sua reputação pessoal e profissional; IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;** VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; VIII – abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; **d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;** e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste. IX – **pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.** Art. 3º O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.

pois, na realidade, aquele ideal é substituído, mesmo involuntariamente, pelas necessidades dos seus clientes, muitos deles, grandes litigantes.

Logo, não é razoável defender a virtude intrínseca do advogado ou da advocacia. Certamente que uma afirmação como tal não corresponde ao esvaziamento da função por ele exercida endoprocessualmente. Aliás, a presença do advogado é inegociável e precisa ser repensada, pois nem sempre o profissional compreende plenamente o ônus que lhe é dirigido por força de sua atuação[861].

Feita essas importantes ressalvas, a garantia fundamental à defesa técnica (direito ao advogado), já pode ser explorada.

A notável complexidade do ordenamento jurídico, composto por milhares de textos legislativos e incontáveis decisões judiciais, se soma à aguda dificuldade de fiscalização dos atos decisórios – pois são encobertas preferências pessoais das mais diversas, lançando-se mão de técnicas retóricas de justificação das próprias escolhas, com aparência legitimadora[862] – fazendo com que se torne fácil descartar argumentos contrários à atribuição da imprescindível função do advogado.

Realmente, um leigo do sistema jurídico não teria a menor condição de exercer sua pretensão junto aos órgãos jurisdicionais sem contar com o apoio de um profissional[863].

Claro que a qualidade duvidosa dos cursos jurídicos (no Brasil, mais de mil) não assegura a formação de um profissional verdadeiramente apto ao exercício da profissão. No entanto, o profissional da advocacia possui, no geral e sem maiores questionamentos, melhor condição de postular em juízo.

A complexidade sistêmica tende a agravar os contornos de sua operacionalidade a partir da importação de técnicas e institutos do direito estrangeiro, bem como da aproximação à teoria do direito, que torna natural a aplicação de propostas teóricas no processo jurisdicional. Aqui, para citar um exemplo trivial, o uso constante de princípios ou concepções da razoabilidade e proporcionalidade.

---

[861] NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 114.

[862] Conferir, em Hart, a possibilidade de o juiz "fingir" decidir. HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 182.

[863] Conferir: DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 10. A própria questão da linguagem, especialmente da semântica, passa a fazer parte da argumentação jurídica e se relaciona com a função do advogado. Sobre isso, veja-se a exposição de Dworkin, que resultou a noção de aguilhão semântico. DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 40-58.

A questão é perceber a intensificação paulatina que vem sendo implementada no e pelo sistema jurídico, quadro que demanda a assunção de enorme responsabilidade do advogado pois, como assevera Carlos Henrique Soares:

> É o advogado, nesse paradigma, agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, uma vez que é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como um controle da jurisdição, nos procedimentos litigiosos ou não, pouco importando o valor atribuído à causa.

E prossegue Soares:

> Deixou o advogado, de ser a excrescência por alguns ou a simples facção litigante encarada na sua parcialidade obrigatória como elemento perturbador da veneranda serenidade do Juízo. É ele, agora, o próprio Juízo, numa das suas justaposições essenciais e impreteríveis, compondo e contrapondo, com o outro causídico que se lhe defronta, não apenas o contraditório processual, mas a própria jurisdição do Estado, que sem ele, é só com o magistrado, não seria a justiça mas o arbítrio despótico e prepotente ou o dogma distribuído como mercê paternalista aos válidos ou favoritos das simpatias e inclinações pessoais do poder unipessoal judicante[864].

Recordamos do saudoso José Joaquim Calmon de Passos, processualista dos mais talentosos, advogado combativo e defensor da importante função desempenhada pelo advogado, pois, segundo afirmava:

> Afinal de contas que é o advogado? Tenho eu dito, em inúmeras oportunidades, que a liberdade que informa todos os regimes democráticos assenta nessa coisa simples e decisiva que é a participação. Onde há participação, há democracia. Qualquer que seja a forma institucional do país, onde não há participação, não há democracia. E a participação só se faz por dois modos: mediante o engajamento direto dos interessados ou mediante o engajamento representativo desses interessados. E a representação para a participação só pode ocorrer em dois níveis: ou no macroconflito ou no microconflito, pois a participação é necessária quando os interesses humanos se entrechocam; não é na harmonia, nem na convivência sem choque que a participação se faz necessária; ela se faz necessária quando os interesses se contrapõem e se conflitam. e essa representação no macroconflito é a política do parlamentar; mas a representação política no microconflito é a do advogado. Eu chego a dizer que, se o juiz é a voz da lei, por conseguinte, ele será muito mais a voz de poder instituído do que a voz do cidadão; a voz do cidadão no contexto político é o advogado[865-866].

---

[864] SOARES, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e processo constitucional:** com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e ética aplicadas nos últimos exames da OAB. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 329.

[865] DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 454. E afirmava Calmon de Passos, em passagem bem conhecida: "Cercear o advogado é cercear o cidadão. Limitar as prerrogativas do advogado é limitar as prerrogativas do cidadão. Constrange-lo é constranger aquele". DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2), p. 509.

[866] "O advogado é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa na estruturação dos procedimentos jurisdicionais, seja eles, ordinários, sumários, especiais ou extravagantes, bem

No entanto, não basta enaltecer a mera presença da figura do advogado no processo como agente garantidor da legitimidade dos atos decisórios. A atribuição constitucional de indispensabilidade do advogado cobra seu preço, na medida em que o profissional deve assumir o encargo argumentativo que dele se espera.

Aliás, segundo Frederick Schauer, a missão das faculdades de direito não se restringe ao ensinamento de normas jurídicas mas busca, primordialmente, formar os estudantes na arte da argumentação jurídica, na tomada de decisões e no raciocínio jurídico[867].

Certamente, seria muito equivocado tentar indicar técnicas de argumentação neste espaço, pois o tema é dos mais complexos e demanda esforço colossal. Por essa razão, finda-se este item, lançando-se uma última observação sobre o assunto, ou seja, embora não se trate de esboçar técnicas de argumentação, é preciso ao menos perceber como o CPC/2015 tende a reinventar a forma de argumentação jurídica no âmbito do processo civil, dada a necessidade de observação, comparação, distinção e desenvolvimento de aprimorado raciocínio jurídico em torno dos "precedentes".

Ao advogado, responsável técnico pela condução do caso, a argumentação representa nada menos do que um ônus, como se pretende demonstrar.

5.3 Ônus argumentativo e ônus processuais: dois fenômenos distintos?

5.3.1 Argumentação e ônus argumentativo

Antes que se possa tecer considerações sobre o ônus argumentativo, revela-se importante apresentar brevíssimos apontamentos sobre a argumentação jurídica[868] e algumas de suas linhas teóricas.

---

como na realização da prestação jurisdicional. [...] Sem o advogado a construção da decisão judicial se constitui de ato ilegítimo pela falta de suporte constitucional, conforme estabelece o art. 133 e art. 1º da CR/88, que determina a opção do Estado brasileiro pelo paradigma democrático de direito". SOARES, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e processo constitucional:** com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e ética aplicadas nos últimos exames da OAB. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 331-332.

[867] SCHAUER, Frederick. **Pensar como un abogado:** una nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 17.

[868] Leia-se a noção de argumentação, em sentido geral (não especificamente jurídico), conforme apresentado por Jürgen Habermas: "Chamo argumentação o tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornaram duvidosas e tratam de cumpri-las ou recusá-las por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com a pretensão de validade da manifestação ou emissão problematizada. A força de uma argumentação se mede em um dado contexto pela pertinência das suas razões. Isto é evidenciado, entre outras coisas, se a argumentação é capaz de convencer aos participantes em um discurso, isto é, se for capaz de motivá-los à aceitação da pretensão de validade em litígio". Tradução livre, no original: "Llamo argumentación al tipo de habla en que los participantes tematizan las

Frisa-se, as considerações sobre a argumentação jurídica são de fato muito breves, pois a sua abordagem pormenorizada fugiria aos objetivos do trabalho. Pretende-se, apenas, apresentar alguns pontos cruciais para a compreensão do assunto, algo imprescindível à extração de uma noção de ônus argumentativo e seus contornos gerais.

A argumentação é a espinha dorsal do direito ou, para dizer o mínimo, como afirma Manuel Atienza, "ninguém duvida de que a prática do direito consista, fundamentalmente, em argumentar"[869]. Seja na fase pré-legislativa ou propriamente legislativa, bem como por ocasião da aplicação de normas jurídicas aos casos concretos e também no âmbito da dogmática jurídica, a argumentação jurídica mostra-se de importância ímpar[870].

Segundo Atienza, pode-se falar em uma "teoria padrão da argumentação jurídica", acrescenta ainda que seriam três as concepções mais relevantes a dar origem ao que se entende hoje por teoria da argumentação jurídica, assim, a tópica de Viehweg; a nova retórica de Perelman; e a lógica informal de Toulmin, cujo elemento comum entre elas é a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos[871], correspondendo à

---

pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos. Una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizadas. La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Esta se pone de manifiesto, entre otras cosas, en si la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio". HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I:** racionalidad de la acción e racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1999, p. 37.

[869] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 1.

[870] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 2-3.

[871] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 37. Sobre a tópica de Viehweg, Manuel Atienza aponta alguns equívocos, inclusive sobre a própria noção de tópica, já que pode ser compreendida por uma técnica voltada à busca de premissas; uma teoria sobre a natureza das premissas; e, ainda, uma teoria sobre o uso dessas premissas. Ademais, a noção de problema em Viehweg é extremamente vaga, apontando ainda que o conceito de topos é historicamente equívoco e foi utilizado em vários sentidos ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 48. Perelman, por sua vez, apresenta uma tese fundamental, a saber, a de que "se pode formular uma noção validade de justiça de caráter puramente formal" e, neste autor, concede grande importância à noção de auditório. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 55-59. Apesar de ter o mérito de tentar introduzir algum tipo de racionalidade nas discussões morais, jurídicas etc., o pecado capital de Perelman se refere à falta de clareza de praticamente todos os conceitos centrais de sua concepção da retórica. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 79-81. Aliás, para Atienza, "Perelman não oferece nenhum esquema que permita uma análise adequada dos argumentos jurídicos – dos diversos tipos de argumentos jurídicos – nem do processo da argumentação, embora, evidentemente, em sua obra apareçam sugestões de interesse inquestionável". ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 97. Afirma, ainda, o caráter nitidamente conservador da obra de Perelman, portanto, de certo modo, seria imprestável à uma concepção crítica ou conflitualista. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 97-98. Outro teórico mencionado, Toulmin, parte da contraposição à lógica formal de tradição aristotélica, pois, segundo entende, interessa de verdade uma lógica eficaz ou aplicada, adotando o autor uma jurisprudência generalizada, pois: "Os argumentos podem ser comparados a litígios jurídicos e as pretensões que fazemos e a favor das quais argumentamos em contextos

pretensão de justificação de argumentos, como se colhe das teorias de Robert Alexy e de Neil MacCormick[872].

Claro que a afirmação precisa ser bem compreendida, pois, à obviedade, não seria possível reduzir todas as teorias da argumentação a um único padrão, em função do próprio desacordo reinante entre os autores e, além disso, considerando-se a existência de tantos outros importantes teóricos da argumentação[873].

A argumentação jurídica é, de acordo com MacCormick, uma ramificação da argumentação prática[874], mas, é importante lembrar, seja no âmbito da argumentação prática geral ou na esfera da argumentação jurídica em particular, busca-se sempre a justificação[875], tendo em vista que há a necessidade de o juiz declarar e explanar publicamente as razões para as suas decisões e, por isso mesmo, fala-se em justificação da decisão[876].

Apesar de o autor não desprezar por completo a função da lógica, considerando-a importante para fins de verificação da validade das formas de argumentação[877], sua conclusão é bem diversa. Segundo afirma, "do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas"[878]. A análise teórica de MacCormick, saliente-se, se dá a partir das decisões dos tribunais britânicos[879], tratando-se, portanto, de um estudo eminentemente pragmático.

Como a justificação meramente dedutiva não basta, a tese de MacCormick

> [...] consiste em afirmar que justificar uma decisão num caso difícil significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito de universalidade, e, em segundo, que a decisão

---

extrajurídicos, a pretensões feitas diante dos tribunais; ao passo que os casos que apresentamos ao tornar bom cada tipo de pretensão podem ser comparados entre si. Uma tarefa fundamental da jurisprudência é caracterizar o essencial do processo jurídico: os procedimentos pelos quais se propõem, se questionam e se determinam as pretensões jurídicas, e as categorias em cujos termos se faz isso". ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 101. Observa Atienza que o modelo proposto por Toulmin é bem mais sofisticado do que o de Viehweg e Perelman, pois demonstra o caráter dialógico da argumentação, mas que também não está imune às críticas, como a que fora formulada por Habermas ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 122.

[872] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 8.

[873] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 132. Atienza lembra os nomes de Aulis Aarnio e Aleksander Peczenick.

[874] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

[875] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 134.

[876] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23.

[877] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

[878] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

[879] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 135.

> em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo dentro dos limites marcados pelos critérios anteriores – é um argumento consequencialista)[880].

Ao considerar o sistema jurídico dotado de grande complexidade e, paradoxalmente, afirmar ter apresentado uma teoria como descrição fiel do processo jurídico[881], MacCormick nega a tese da única resposta correta de Dworkin[882].

Assim como MacCormick, Robert Alexy defende que a argumentação jurídica é parte do âmbito da argumentação geral, o que o próprio autor denomina tese do caso especial[883]. Para ser mais exato, é feita a diferenciação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. A diferença reside no fato de que no discurso jurídico a liberdade é limitada pela lei, pelo precedente, pela dogmática e por fim, no ambiente processual, pelas leis processuais[884].

A complexidade com que Alexy formula a sua teoria da argumentação é evidenciada pela associação que o seu mentor faz com a tópica[885], uma vez que, paradoxalmente, afirma a compatibilidade com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann[886].

Ao se ingressar no campo da teoria da argumentação, um dos elementos básicos diz respeito à busca por critérios universais. Habermas, por exemplo, apresenta o seu princípio da

---

[880] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 143.

[881] Parece bem contraditório afirmar a complexidade do sistema e pretender descrevê-lo com a fidelidade afirmada.

[882] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 324-331. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante, apesar de a teoria de MacCormick ser institucionalista e partir da tradição do positivismo, o autor reconhece a possibilidade de incorporação ao direito de princípios morais e, em dado momento, rompe de vez com o positivismo, na medida em que passa a exigir um mínimo de justiça material. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 139-143. Em acréscimo ao livro sobre a obra de Hart, Neil MacCormick se "auto declara" pós-positivista. Com isso, de certo modo, MacCormick assume que suas reflexões, nos primeiros trabalhos, tinham cariz positivista, claro, pela própria proximidade com a teoria de Hart. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. IX. A adoção de uma postura não positivista ou, pós-positivista, fica melhor evidenciada em outro trabalho, pois MacCormick vai aderir expressamente à tese do caso especial, de criação de Robert Alexy, segundo a qual "la argumentación jurídica debe ser reconocida com un caso especial del razonamiento práctico general, y de esta forma debe cumplir las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican a todo tipo de razonamiento práctico". MACCORMICK, Neil. Retórica y Estado de Derecho. Uma teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra Editores, 2016. Sobre a comparação entre os primeiros e os últimos trabalhos de MacCormick, no qual fica evidenciada a premissa não positivista daquele autor, tendo em vista a adoção da tese do caso especial; a admissão da pretensão de correção do direito e o caráter argumentativo do direito, conferir: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Sobre o caráter argumentativo do direito:** uma defesa do pós-positivismo de Neil MacCormick. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 106, p. 263-313, jan-jun. 2013.

[883] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 319-320.

[884] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 34.

[885] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 35-36.

[886] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 42.

universalização e a ideia de generalizabilidade se apoia numa situação ideal de fala[887], que pode ser sintetizada por uma abstração com as seguintes características: não há qualquer tipo de coação interna ou externa; todos os potenciais participantes do discurso têm direitos iguais; todos devem ter direito à realizar interpretações, explicações, problematizações, contestações; só são admitidos agentes com as mesmas condições de utilizar os atos de fala; e, por fim, todos os falantes devem ter as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos[888].

A partir desse ambiente ideal, Alexy assevera que a fórmula de Habermas só pode ser cumprida de modo aproximado[889]. Com o objetivo de contribuir à solução do problema, levando-se em consideração a pretensão de correção do discurso jurídico, Alexy apresenta, como base da sua teoria, uma série de regras e formas do discurso jurídico. De modo singelo, trata-se de exigências mínimas sobre os atos argumentativos que de fato ocorrem e, a partir delas, o autor pretende instaurar critérios para a racionalidade dos processos de decisão[890]. No âmbito do discurso prático geral, podemos colher, a título exemplificativo, a regra segundo a qual nenhum falante pode contradizer-se ou, ainda, a regra que informa que diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes. Especificamente voltada ao discurso jurídico, pode-se citar, por exemplo, a regra que dispõe sobre a necessidade de a fundamentação jurídica apresentar ao menos uma norma universal[891].

A propósito, antes que possamos ingressar no exame específico do ônus argumentativo, é interessante indicar o seu estado da arte, pois, à primeira vista, trata-se de temática pouco desenvolvida no direito brasileiro, com raras referências nos tribunais pátrios.

A expressão "ônus de argumentação" parece ter sido utilizada pela primeira vez por E. W. Fuss e em seguida por Adalbert Podlech. A ideia central, em síntese, se referia ao dever argumentativo imposto ao tribunal constitucional federal (alemão) na tratativa de direitos

---

[887] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 120. O autor fala em discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 209.

[888] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 124.

[889] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 121.

[890] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 286; ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 50-66; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 548-574.

[891] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 287-290.

fundamentais, principalmente o direito à igualdade. De modo mais preciso, a pretensão de tratamento desigual exigiria do tribunal maior ônus de argumentação[892].

No direito norte-americano, o ônus de argumentação se associa aos três níveis de escrutínio (estrito, intermediário e mínimo), como testes constitucionais em que o governo restringe o exercício de direitos, isto é, quanto maior for a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus argumentativo imposto ao legislador[893].

No Brasil, utiliza-se da noção de ônus argumentativo para preservação da igualdade, exigindo-se, por exemplo, elevado ônus para justificar o tratamento diferenciado às relações homoafetivas. Defende-se também que à autoridade administrativa que pretenda se afastar do resultado de uma audiência pública é imposto maior ônus de argumentação[894].

Desta forma, nas palavras de Fernando Ângelo Ribeiro Leal:

> Como se percebe, a categoria "ônus argumentativo" não é desconhecida e tampouco subestimada pela dogmática jurídica e, ainda que com menor intensidade, pelos tribunais brasileiros, sendo aplicada em diversos contextos para se referir a deveres mais intensos de fundamentação nos casos em que o tomador de decisão está diante de certas relações de prioridade reconhecidas em favor de determinados elementos do sistema jurídico e pretende invertê-las[895].

Retomamos neste ponto o pensamento de Alexy, algo justificável pela aguda relação com o objeto do presente estudo. Extrai-se do conjunto de regras do discurso, apresentadas pelo alemão, algumas de máxima importância na compreensão do denominado ônus argumentativo.

Afirma Alexy:

---

[892] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 10-11.

[893] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 12-16. Sobre o tema, afirma Alexy: "Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, uma diferenciação arbitrária ocorre "se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei". Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um *fundamento* qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente. Em outras formulações exige-se que a falta de objetividade da diferenciação não seja "evidente", em outras, ainda, é apenas exigido que o fundamento para a diferenciação seja "justificado". O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de "uma perspectiva orientada pela idéia de justiça". De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão *suficiente* que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um *problema de valoração*". ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 407-408.

[894] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 17.

[895] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 17.

> As regras que definem o discurso prático racional são distintas. Há regras que só regem no discurso prático e regras que regem também outros jogos de linguagem. Há obrigações, proibições e permissões. Algumas regras exigem um cumprimento estrito e outras contêm exigências que só se podem cumprir de forma aproximada. Além disso, há também regras que regulam o comportamento no âmbito do discurso prático e regras que determinam a transição para outras formas de discurso. Finalmente, as formas de argumento devem distinguir-se das regras do discurso[896].

Prosseguindo, são apresentadas as regras sobre a carga da argumentação.

> (2.2.a) permite a qualquer um problematizar qualquer afirmação. Com isso, se pode encurralar qualquer falante repetindo mecanicamente como um menino a pergunta "por quê?". Além disso, é possível que se qualifique globalmente como duvidoso tudo o que disseram os demais participantes da deliberação. Ambas situações são muito fáceis para o falante: ele pode formular perguntas ou dúvidas sem ter ele mesmo de dar razões. As regras obtidas até aqui regulam certamente a carga da fundamentação para asserções, mas não em relação a perguntas ou à expressão de dúvidas. [...] A distribuição da carga da argumentação exigida por Singer resulta conjuntamente do princípio de universalidade (1.3') e da regra de fundamentação (2). Quem pretende tratar *A* de maneira diferente de *B* afirma (enquanto pressupõe [1.3']) que existe uma diferença relevante. Esta afirmação tem de ser provada. [...] Além disso, o princípio da inércia de Perelman é de considerável importância. Quando um falante afirma algo, seus interlocutores no discurso têm, conforme (2), o direito de exigir uma fundamentação. Por outro lado, uma proposição ou uma norma que seja faticamente pressuposta como verdadeira ou como válida na comunidade dos falantes, mas não afirmada ou discutida expressamente, pode, segundo este princípio, ser questionada apenas se se indica uma razão para isso[897].

Alexy adota a premissa pela qual "o fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade"[898]. Considerando-se uma dificuldade decisiva no uso dos precedentes, isto é, o fato de não existirem dois casos rigorosamente iguais, leva-se em consideração a relevância das diferenças.

Importante é perceber que, em síntese, dada a exigência de respeito aos precedentes, impõe-se a carga da argumentação àquele que pretende se afastar da decisão anterior, constatando-se, portanto, a incidência do princípio da inércia de Perelman[899]. De acordo com a regra alexyana (j.14), "quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação"[900].

---

[896] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 187.

[897] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 193-194.

[898] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 268.

[899] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 268.

[900] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270. "Só interessa o seguinte: tanto o *ditinguish* (sic) quanto o *overruling* devem ser fundamentados. Segundo Kriele, para isso são necessárias razões jurídicas. É então correto considerar que os argumentos práticos de tipo geral possuem em tais situações um papel especial. Mas junto a eles são admissíveis todos os argumentos possíveis do discurso jurídico. O uso de precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da

O significado da expressão "carga da argumentação", utilizada por Alexy, corresponde ao que se considera aqui como ônus argumentativo. Aliás, a afirmação é demonstrada pela leitura de outro texto do autor, em parceria com Ralf Dreier, ao comentar o sistema de precedentes no direito alemão:

> Em geral, a observância do precedente é obrigatória. O desvio deve ser a exceção. Uma mera cognição melhor ou uma mera razão melhor não é suficiente para isso. Razões que 'claramente pesam mais' são necessárias, e 'razões absolutamente convincentes' são mais favoráveis para o tribunal. Isso equivale à regra: quem quer que se afaste de um precedente carrega o **ônus do argumento**[901]**.**

Na teoria da argumentação de Chaïm Perelman, nesse ponto seguido de perto por Alexy, o fato de o precedente não poder ser perturbado, repita-se, se dá em atenção ao princípio da inércia argumentativa. Segundo Perelman:

> De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. Numerosíssimas argumentações insistem em que nada nesse caso justifica uma mudança [...] É graças à inércia que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente. A repetição do precedente só difere da continuação de um estado existente porque os fatos são encarados como algo descontínuo[902].

Uma advertência importante é feita por Ribeiro Leal. O autor explica que só faz sentido falar em ônus de argumentação se se concordar que inexiste um sistema jurídico fechado, completo e consistente. Desse modo, o ônus de argumentação importa na medida em que não é possível pensar na justificação meramente interna, feita por mera subsunção, tendo em vista que o sistema jurídico depende de valorações[903]. A propósito, no contexto da temática da

---

universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos do tipo geral. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 271.

[901] Tradução livre, no original: "In general, observance of precedent is obligatory. A deviation has to be the exception. A mere better cognition or a mere better reason is not sufficient for this. 'Clearly outweighing' reasons are necessary, and 'absolutely compelling reasons' are most favourable to the court. This amounts to the role: whoever whises to depart from a precedent carries the **burden of argument"**. Destacamos. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 30.

[902] PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 120-121.

[903] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 115.

separação de poderes[904], Conrado Hübner Mendes afirma que "cada poder possui ônus argumentativos que, se não atendidos, autorizam a reação do outro"[905].

Para o mesmo autor, firme na filosofia alexyana, a função do ônus argumentativo se apresenta ao se levar em consideração a existência de uma relação de prioridade entre normas. Isso porque, a referida hierarquia normativa desempenha um papel de estabilização de expectativas[906], isto é, o predomínio de uma norma sobre outra se converte em algo natural[907] e, nesse cenário conservativo, qualquer mudança exige um reforço argumentativo.

Antes que se possa indicar com maior precisão os contornos do ônus de argumentação, é imperativo fazer algumas considerações visando o afastamento de certos enganos que poderiam surgir pelas recorrentes referências feitas à teoria de Robert Alexy.

A teoria alexyana dos princípios tem por base a distinção entre regras e princípios[908], estatui que regras são comandos definitivos, enquanto princípios são comandos de otimização e comandam (determinam) que algo seja realizado na maior medida possível[909].

Para Alexy, a base da distinção entre regras e princípios corresponde ao fato que "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" e, por via de consequência, podem ser considerados "mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados". Por outro lado, ainda conforme Alexy, "regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas"[910].

---

[904] Leia-se, separação das **funções**.

[905] MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Direito desenvolvimento justiça. Produção científica), p. 213.

[906] O argumento indicado é tipicamente luhmanniano, como o próprio autor reconhece.

[907] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 116.

[908] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 257.

[909] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 261.

[910] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90-91. Não se pode esquecer da denominada teoria da derrotabilidade, segundo a qual a divisão exata entre regras e princípios é problematizada. Ao abordar o tema, Thomas Bustamante afirma: "Como consecuencia, la derrotabilidad se presenta como una característica de las reglas jurídicas, que son las normas más rígidas del sistema jurídico. Curiosamente, la teoría de Alexy permite sostener que las normas derrotables son reglas, y no principios, pues sólo es posible derrotar o establecer excepciones a una norma que haya especificado una serie de consecuencias que deben ser aplicadas en un caso concreto". BUSTAMANTE, Thomas. **Conflictos normativos y decisiones contra legem:** una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y princípios, p. 94. Conferir também ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 203-215. Como a afirmação de Alexy é mais contundente, no sentido de diferenciar regras e princípios a partir da otimização, chega-se à conclusão de que a teoria da derrotabilidade é desenvolvida a partir de Alexy e não pelo próprio Alexy. Carsten Bäcker traça a distinção entre regras e princípios não pela ponderação, mas pela derrotabilidade. Afirma Bäcker: "Como um objeto da otimização, o mandamento a ser otimizado é colocado no nível do objeto. Esse é o nível dos

A diferenciação entre princípios e regras torna-se ainda mais evidente para Alexy em caso de **colisão** de princípios e **conflito** de regras. Isso porque, havendo **conflito** de regras, a solução dar-se-á pela introdução de uma cláusula de exceção capaz de eliminá-lo, o que levaria à declaração de invalidade de uma delas[911]. De modo oposto, em caso de **colisão** de princípios, um deles teria de ceder, o que não significa a invalidade desse princípio que cedeu espaço ao outro[912], mas apenas que determinado princípio tem precedência sobre outro. Devido a sua ponderabilidade, os princípios, por seu turno, são a porta de entrada de elementos do discurso prático geral no âmbito jurídico.

O pioneirismo da teoria de Alexy reside em sua proposta de solução decisória na hipótese de existir colisão de princípios. Uma vez ocorrida tal colisão, a predominância de um princípio sobre outro resultaria da aplicação da deslembrada[913] lei da ponderação, exteriorizável aritmeticamente pela fórmula do peso, já citada. O denominado critério da proporcionalidade – tão presente na prática judiciária – possui conexão necessária com os princípios e é fruto do reconhecimento destes como comandos de otimização. Expõe Alexy:

> A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito[914].

princípios na teoria revisada de Alexy. O mandamento de otimizar é encontrado no metanível, no nível das regras. Portanto, enquanto Alexy entende os mandamentos de otimizar como regras, ele entende os mandamentos a serem otimizados como princípios. Ambas as noções – regras e princípios – formam juntas o mandamento de otimização. [...] Minha distinção parte da ideia de derrotabilidade. Apresentando brevemente o argumento: derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções. Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis. Por outro lado, entendo que princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio". BÄCKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte n. 102 pp. 55-82 jan./jun. 2011. Disponível em http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf Acesso em 21 de julho de 2016, p. 60-61.

911 ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 179-180.

912 ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 264.

913 Na prática jurídica é bastante comum se deparar com remissões à proporcionalidade, razoabilidade e mesmo a expressão "ponderação". Contudo, a leitura atenta da decisão judicial revela que a ponderação foi feita de modo desconectado da lei da ponderação proposta por Alexy.

914 ALEXY, Robert. **Princípios formais:** e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5-6.

A fórmula do peso, como visto, consiste em metodologia aritmética para a ponderação ou a otimização de princípios[915] e tem por pano de fundo a pretensão de correção. Segundo o próprio Alexy, a mencionada fórmula pressupõe a possibilidade de escalonamento, levando-se em conta a intensidade das interferências, pesos abstratos e certeza das suposições empíricas, exigindo-se a incursão em progressões geométricas dotadas de altíssima intangibilidade mental[916].

Embora seja possível reconhecer a sofisticação presente na teoria de Alexy[917], bem como a sua significativa importância ao estudo do ônus argumentativo, deve ficar claro que o nosso objetivo é apresentar um projeto de ônus argumentativo diferente daquele. Isso porque, partimos da imprestabilidade da premissa alexyana no que diz respeito à liberdade de escolha do juiz e, some-se a isto, rejeitamos a sua teoria dos princípios.

Com efeito, sabe-se que, em Alexy, o decisor possui margem de escolha ao exercer sua função, exatamente porque o jusfilósofo acredita na possibilidade de mais de uma resposta correta. Consideramos que o problema é bem ilustrado pela fórmula do peso, pois esta concede ao decisor um espaço de escolha não fiscalizável, embora possua roupagem racional, devido ao uso de fórmulas. Com base nisso, notadamente as decisões dos tribunais superiores passam a gozar da presunção de irrepreensibilidade e, dado o denominado princípio da inércia, corre-se o risco de afastar alguma garantia constitucional (princípio) com a inserção de uma exceção cotidiana[918] encoberta pela fórmula do peso.

Para que fique mais claro, a visão do ônus argumentativo, a partir da teoria de Alexy, conduziria à aceitação da sua teoria dos princípios e, por conseguinte, teríamos que partir do pressuposto de que princípios são comandos otimizáveis, cuja operacionalidade sistêmica se

---

[915] A noção de princípios como comandos de otimização tem origem na otimalidade de pareto. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 153-155.

[916] ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 220.

[917] STRECK, Lenio Luiz. **O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro** – Condições e possibilidades. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 355-372, abr./jun. 2015, p. 367.

[918] LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. **A dogmática processual e a exceção cotidiana,** Revista Brasileira de Direito Processual. v. 23, n. 92, p. 13-28, out/dez. 2015, (versão eletrônica), p. 10. O agravamento ora exposto consiste exatamente na aplicação distorcida da teoria de Alexy, o que é objeto de preocupação de Dierle Nunes e Ludmila Teixeira: "O risco que se corre é que, com a difusão (e distorção) acadêmicas institucional da teoria axiológica dos direitos fundamentais se permita uma aplicação também gradual ou deficiente das garantias processuais fundamentais. Se um princípio pode ser entendido como "mandado de otimização", realizável à medida do possível, sua concretização andará sempre à sombra do economicamente viável, do politicamente negociável, é dizer, a extensão do contraditório, da ampla defesa variará conforme as pressões da política judiciária por eficiência, por produtividade, por números". NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 175.

daria por meio da fórmula do peso. Assim sendo, os princípios "vencedores", após o uso da fórmula do peso, repousariam sobre o princípio da inércia, exigindo-se uma carga argumentativa qualificada para seu afastamento.

Ademais, afirma Alexy, o juiz estaria *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma da lei, dos precedentes e da dogmática jurídica aceitos[919] e esse vínculo impõe ao juiz o ônus argumentativo na hipótese de se pretender afastar daquilo que é costumeiramente decidido. O problema principal, aqui, é a crença na interpretação unívoca do direito e, ademais, surge, com a afirmação alexyana, o reforço do protagonismo judicial, como se o juiz pudesse manejar o direito, desde que aumentasse a sua própria carga argumentativa, independentemente do ambiente discursivo de produção da norma, algo que, sem dúvida, fica evidenciado quando o jusfilósofo lança mão da fórmula do peso.

Fernando Ângelo Ribeiro Leal, ao aprofundar na temática, propõe que o ônus argumentativo seria um gênero composto por três espécies ou tipos[920]: ônus de argumentação normativo-estruturais; os formais; e, por fim, os materiais[921].

Os precedentes judiciais, a princípio, estariam inseridos na categoria de ônus formais. Assim, independentemente das razões de primeira ordem, ou seja, qualquer que seja o seu conteúdo, o precedente deve ser observado pelo fato de ter emanado de uma determinada fonte[922].

---

[919] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 541.

[920] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 170.

[921] Os ônus normativo-estruturais "são aqueles que decorrem das relações de prioridade vinculadas à estrutura das diferentes espécies normativas contidas no sistema jurídico ou dos deveres de fundamentação associados diretamente à sua estrutura normativa. Dessa maneira eles estão diretamente vinculados a regras e princípios e às interações entre eles" (LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 170). De modo mais didático, parte-se da atribuição de diferentes pesos abstratos aos princípios, situação na qual os dotados de maior peso gozam de maior prestígio e contra eles exige-se maior argumentação. Os formais decorrem de relações de preferência justificadas por razões formais e vinculadas à sua autoridade. (LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 176). Por fim, os ônus de argumentação materiais se situam no âmbito do conteúdo das razões. (LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 182).

[922] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 177.

O que se afigura de maior importância é atentar à interconexão entre o ônus de argumentação e a fixação de relações de prioridade para a solução de casos futuros[923] no âmbito do denominado sistema de precedentes judiciais. Isso porque, considerada a forma de estruturação do direito jurisprudencial no CPC/2015, não há dúvida sobre a intenção do legislador em estipular a prioridade de certos padrões decisórios e, com isso, a inércia age em favor da manutenção do estado de coisas.

Muito embora a referência da processualística ao princípio da inércia seja escassa, nota-se, claramente, que este ganha corpo pelo modo com que se exige a "observância" de determinadas decisões ou padrões anteriores, a teor do que dispõe, por exemplo, o art. 927 do Código.

Aliás, o nosso estímulo ao estudo da argumentação jurídica, parte precisamente da percepção do equívoco existente na defesa do uso rigoroso dos precedentes judiciais, pois, em verdade, de modo muito sutil, concede-se ao Estado (órgãos que exercem a atividade jurisdicional) o direito de manter-se inerte frente à pretensão de alteração do precedente judicial.

Isto posto, toda a carga ou ônus argumentativo recai sobre os demais sujeitos processuais e, havendo o menor indício de carência argumentativa por aquele que pretende o afastamento do precedente em relação ao seu caso, em respeito ao princípio da inércia argumentativa, mantém-se o que fora anteriormente decidido. A propósito, um dos sentidos do ônus argumentativo, conforme apontado por Tomasz Gizbert-Studnicki, é exatamente o dever de cada um justificar a própria tese, pois, se não for feito, ninguém mais poderá fazê-lo[924].

Aliás, ao estudar o assunto, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. vai defender que a inércia argumentativa deve ser vista como um princípio, mas não apenas do discurso prático geral ou do âmbito da teoria da argumentação. Segundo o autor, há densidade normativa e por isso mesmo este fala em princípio da inércia argumentativa[925].

O contexto no qual Ataíde Jr. formula a sua proposição se identifica com boa parte da doutrina brasileira, isto é, considera que a divergência jurisprudencial atingiu níveis inaceitáveis. Por essa razão, seria imprescindível a formação de um sistema de precedentes,

---

[923] LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:** mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese de doutorado. UFRJ, 2012, p. 119.

[924] Gizbert-Studnicki, Tomasz. **The Burden of Argumentation in Legal Disputes**, in: *Ratio Juris*, v. 3, nr. 1, 1990, p. 120.

[925] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 380.

capaz de proporcionar ao direito pátrio maior grau de uniformidade, previsibilidade, estabilidade, isonomia e celeridade[926].

De modo detalhado, afirma Ataíde Jr.:

> Podemos concluir, por conseguinte, que o conteúdo da inércia argumentativa consiste em dispensar uma ampla argumentação ao magistrado que, no julgamento do caso posterior, segue precedente firmado em caso análogo e, ao mesmo tempo, exigir uma carga argumentativa qualificada ao magistrado que pretenda inobservar a *ratio decidendi* do precedente na solução do caso em julgamento, em tudo semelhante. Aqui, não se exige apenas a fundamentação ordinária imposta pelos arts. 165 e 458, II, do CPC, em que o juiz tem que expor os fundamentos com base nos quais aprecia as questões de fato e de direito. Conforme veremos mais detalhadamente, em item seguinte, a desconsideração do precedente, quer na sua dimensão vertical, quer na horizontal, exige uma argumentação qualificada, (a) ora demonstrando que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); (b) ora demonstrado que no caso em julgamento há fatos relevante que o distancia do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*). Da mesma forma, pode-se incluir no conteúdo da inércia argumentativa o ônus da parte de apresentar argumentação qualificada (a) para deduzir pretensão ou defesa em sentido contrário à *ratio decidendi* de precedente vinculante ou, (b) para recorrer de decisão fundada em precedente vinculante, sob pena de litigância de má-fé (art. 17 do CPC)[927].

O enquadramento dado por Ataíde Jr. à inércia argumentativa merece especial atenção pelo fato de o processualista elevá-lo à categoria de princípio constitucional. A base normativo-constitucional seria indireta, ou seja, extraível a partir dos princípios da isonomia, da motivação e do contraditório, conforme dispostos na Constituição[928].

Parece arriscado elevar a inércia argumentativa à condição de princípio constitucional, acentuadamente porque o CPC/2015 entrou em vigor muito recentemente e mesmo os pesquisadores de grande performance não possuem condições de determinar com exatidão o formato que será adotado pelo "sistema de precedentes" brasileiro.

É possível antever uma ameaça na adoção do princípio constitucional da inércia argumentativa, pelos seguintes motivos.

De início, o referido "princípio" pode reforçar o caráter tópico dos precedentes, enquadrando-os como inegáveis pontos de partida, visando a diminuição da complexidade do

---

[926] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 381-382.

[927] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 390.

[928] ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 391-392.

sistema. Isso poderia facilmente descambar para a justificativa do esvaziamento do dever de fundamentação.

Em segundo lugar, o "princípio" da inércia argumentativa de certa forma resgata o amálgama texto-norma e, portanto, parte do pressuposto de que o texto do precedente possui clareza tão inequívoca que a sua compreensão é imediata. Levando-se em consideração aquilo que já foi assinalado aqui, repetidas vezes, a lógica do precedente está em sua *ratio decidendi*, por isso seria no mínimo estranho afirmar que o princípio da inércia o protege, exigindo-se argumentação qualificada, se há uma dificuldade na própria compreensão daquilo que constitui o precedente.

Atento a isso, retoma-se aqueloutra dificuldade, isto é, o possível esvaziamento do dever de fundamentação, conforme exigido no art. 489 § 1º do Código, dado o "princípio da inércia argumentativa". O inciso V do mencionado artigo impõe ao juiz o dever de levar a sério a garantia constitucional de fundamentação, pois não é permitida a mera invocação de precedente ou enunciado de súmula sem a identificação dos motivos determinantes (leia-se, *ratio decidendi*) e a análise comparatística dos casos. Tanto é que o art. 1.022, inciso II considera omissa e, portanto, embargável, qualquer decisão que venha a violar o disposto no art. 489 § 1º, isto é, nos casos em que se revela a fragilidade da fundamentação.

Aliás, o art. 489 § 1º pode ser considerado como elementar na aplicação do direito jurisprudencial. Quando se lê passagens doutrinárias sobre a "pesada carga argumentativa"; "argumentação qualificada", indaga-se se tais expressões corresponderiam ao espelhamento do advogado em relação ao dever de o juiz fundamentar sua decisão, nos moldes do art. 489 § 1º.

Trata-se de uma pergunta ainda sem resposta, mas espera-se que a parte, ao formular sua pretensão ou defesa em juízo, bem como ao interpor recursos, apresente argumentos jurídicos compatíveis com a lógica trazida pelo dispositivo mencionado (art. 489 §1º), havendo, portanto, simetria entre o ônus de argumentação da parte com o dever de fundamentação do juiz.

Considerando-se que o contraditório, no CPC/2015, é visto como garantia de influência e não-surpresa, nada mais elementar e intuitivo do que esperar a fundamentação do juiz (art. 489 §1) em simetria com as alegações das partes.

O advogado, ao desprezar o ônus argumentativo que lhe é imposto em virtude da sistematização do direito jurisprudencial, colabora para o esvaziamento do seu próprio papel, tendo em vista que a sua deficiência argumentativa contribui para o deslocamento da

centralidade (protagonismo) no órgão jurisdicional, considerando-se a própria virtude do contraditório, que veda as decisões-surpresa.

Note-se, se a premissa do sistema de precedentes é a busca por resultados efetivos e céleres, a inércia argumentativa se transformaria num trunfo à disposição da magistratura, permitindo-se recorrer ao "princípio constitucional da inércia argumentativa", para fins de demonstração de que o precedente não poderia ser mesmo afastado, dada a insuficiência argumentativa da parte, algo que vem ganhando força nos Tribunais brasileiros, com a exigência de cumprimento do ônus da dialeticidade.

De modo muito singelo, o pano de fundo do ônus argumentativo diz respeito ao papel dos sujeitos processuais. A adoção do princípio constitucional da inércia argumentativa é arriscada pois poderia sobretudo enfraquecer a exigência da fundamentação das decisões, na medida em que sobre a parte que pretenda afastar um precedente (superação ou distinção) recai todo o ônus argumentativo. Contrariamente, o juiz estaria autorizado a afastar os argumentos contrários à aplicação do precedente sob a justificativa de que a parte não teria cumprido adequadamente o seu ônus.

Por outro lado, a colocação anterior não se converte numa autorização de uso estratégico de técnicas e linhas argumentativas à disposição do advogado, como se estivesse participando de um duelo ou jogo no qual vence o mais sorrateiro[929]. Veja-se, o ônus argumentativo não implica na acolhida ou legitimação da tópica – por meio de seus discursos dialético, apodítico, retórico, erístico e poético - pois esta pressupõe a existência de uma ética pressuposta (*topos*)[930], cenário incompatível com o direito da alta modernidade[931].

A proposta argumentativa deve partir do reconhecimento recíproco entre os sujeitos processuais, de que seus direitos individuais constituem trunfos políticos por eles detidos[932], exigindo-se o reconhecimento da interdependência do discurso processual.

Habermas, ao comentar a teoria de Dworkin, afirma:

---

[929] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 146-148. Conferir a descrição de Scott J. Shapiro sobre as estratégias aprendidas pelos estudantes de direito logo no primeiro ano do curso, fazendo com que o advogado se torne apto a "ler a sentença" de vários modos, visando, por certo, atender os interesses da parte. SHAPIRO, Scott J. **Legalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 320.

[930] MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica:** (in)compatibilidade entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 413-414.

[931] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 185-198.

[932] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. XV.

> Com o conceito da "integridade" Dworkin tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a idéia do Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos. O princípio da "integridade" caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade[933].

Por certo, não se trata de compreender a interdependência e comparticipação como instituidoras de comportamentos angelicais dos sujeitos processuais, e isso deve ter ficado claro até aqui. Nem é possível acreditar que a coerção seja suficiente para imprimir a busca cooperativa da verdade[934], já que é bastante difícil combater o argumento que afirma o predomínio de comportamentos não cooperativos. Daí a importância da proposta dworkiniana do direito como integridade e coerência, na medida em que fornece substrato teórico à aplicação do direito jurisprudencial – aqui, pode-se falar verdadeiramente em precedente, sem aspas ou ressalvas – pois, apesar de respeitar a história jurídico-institucional – evitando-se, desse modo, a ocorrência de rupturas inesperadas e ao bel-prazer das cortes – não promove o engessamento do direito, na medida em que permite a mutação do direito em processos discursivos. Dessa forma, o precedente exerce força gravitacional e é bem provável que essa noção constitua a chave para a compreensão da argumentação jurídica que se espera num sistema que assume a influência das decisões tribunalícias sobre casos futuros.

5.3.2 Ônus processuais

Quando se fala em ônus, a primeira lembrança que vem à mente de um processualista é aquele vinculado à prova. Tem-se ainda que, tradicionalmente, é feita uma associação entre ônus e a ideia de dever ou obrigação, muito embora, em tempos mais recentes, o formato do referido instituto tenha sido profundamente alterado[935].

Compreendendo o processo como uma relação jurídica, explanou Hernando Devis Echandia que é imposto às partes que pratiquem determinadas condutas ao longo do processo. Uma vez desatendidas, surgem consequência adversas. No entanto, segundo o autor, a

---

933 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 267.
934 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 286
935 PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 54-55.

diferenciação entre ônus, obrigação e dever, constitui árdua tarefa[936]. Aliás, é preciso ter todo cuidado no exame do instituto dos ônus processuais, pois lembra Camilla Mattos Paolinelli a inconsistência e incompatibilidade da teoria relacionista ao processo democrático, devido ao fato de criar vínculos de subordinação[937].

Há diversas teorias sobre o ônus, podendo-se citar, apenas de passagem, a que considera o ônus uma categoria de obrigação; aquela que o enxerga como vínculo jurídico imposto para proteção do interesse público; bem como a que estipula ser o ônus um dever livre (Brunetti), entre outras[938]. A análise detida do art. 190 do CPC/2015 leva a crer que o legislador estabeleceu a existência de diferença entre ônus, poderes, faculdades e deveres[939].

De acordo com Elio Fazzalari:

> É, enfim, de se acrescentar que, quando se coloca do ponto de vista do conteúdo dos atos e se constata que, na ausência do exercício de uma faculdade ou de um poder, a lei processual conecta conseqüencias prejudiciais para o titular daquela faculdade ou daquele poder – no sentido que regula uma sucessiva atividade de modo que ela realize uma situação desfavorável para aquele titular: por exemplo, impõe ao juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes -; quando isso se verifique, poderá indicar-se a faculdade ou o poder como "ônus": como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo (sic) [940].

Ao comentar a visão fazzalariana de ônus, Paolinelli afirma que, para o italiano, trata-se de consequências processuais desfavoráveis, mas, ao contrário de tantos outros processualistas, como Carnelutti, Couture, Micheli, o fenômeno é tipicamente processual, não se trata, portanto, de espécie de situação jurídica passiva ou ativa[941].

É interessante notar a relação feita por Gian Antonio Micheli entre o ônus da prova e a técnica processual, como uma busca por resultados úteis. Esclarece o autor que um dado comportamento do sujeito processual é necessário para alcançar uma determinada finalidade, no entanto, este é livre para atuar como lhe parecer melhor, inclusive, se assim entender, de modo contrário ao estipulado pela norma, algo que não gera uma sanção jurídica, mas apenas

---

[936] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial. Tomo I.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 393-394.
[937] PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62.
[938] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial. Tomo I.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 396-421.
[939] Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus **ônus, poderes, faculdades e deveres** processuais, antes ou durante o processo.
[940] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006, p. 499-500.
[941] PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 86.

econômica, com a possibilidade de conduzir a uma situação de desvantagem. Dessa forma, em síntese, a norma jurídica indica uma determinada conduta que deve ser observada pelo sujeito processual se este pretende alcançar determinado objetivo[942].

Feitas essas considerações, podemos avançar e indagar se seria correto traçar um paralelo entre o ônus argumentativo e o ônus processual. A princípio, seria mais sensato defender a existência de enorme fosso entre eles, pelo simples fato de que o primeiro faz parte do âmbito da teoria do direito, mais precisamente a argumentação jurídica, enquanto o segundo se insere na teoria do processo. Nada obstante, lembramos, por exemplo, da perspectiva perelmaniana da argumentação, considerada pelo autor como uma ação ou processo voltado à obtenção de determinado resultado. Certamente se trata de uma proposta eminentemente pragmático-argumentativa, para nós inadequada, já que exclusivamente voltada ao convencimento do auditório[943]. No entanto, a busca por resultados úteis torna evidente a aproximação entre ônus argumentativo e ônus processuais, por meio da noção de técnica, esta que, já tivemos oportunidade de verificar, consiste num conjunto de procedimentos voltados à obtenção de certos resultados. Parece, portanto, que os dois âmbitos distintos do ônus encontram um ponto de convergência pela noção de técnica.

A defesa da aproximação dos dois institutos demandaria maior esforço de pesquisa. Até porque, lembre-se, no contexto da argumentação, a formulação da regra da inércia e, consequentemente, a estipulação da carga argumentativa (ou ônus), está embutida na própria teoria do discurso, especialmente aquelas formuladas por Alexy e Perelman.

Isso significa, de modo muito singelo, que o transplante da categoria do ônus argumentativo à esfera processual exigiria, em alguma medida, a aproximação a uma das referidas teorias, nascendo daí uma dificuldade notável, em consideração ao fato de não ter sido feito qualquer esforço, por parte do legislador, em acolher uma das referidas teorias, pelo menos, não de modo explícito, como ocorreu no CPC/2015, ao fazer referências às teorias de Alexy (quanto à ponderação de normas, a teor do contido no art. 489 § 2º); e Dworkin (exigindo-se dos tribunais a uniformização, estabilidade, **integridade e coerência** – art. 926).

No entanto, ainda que não se considere o ônus argumentativo uma categoria, instituto ou princípio da teoria do processo, essa figura gera reflexos no procedimento, como vimos pela explanação das técnicas legislativas que fortalecem os “precedentes”.

---

[942] MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba.** Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa-America, 1961, p. 60-61.

[943] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016

No CPC/2015, a princípio, a única passagem capaz de sugerir, de modo mais direto, a existência de ônus argumentativo às partes é encontrada no art. 1.036, § 6º, pois consta no enunciado que somente recursos com abrangente argumentação podem ser selecionados para julgamento da tese de casos repetitivos.

No entanto, o denominado ônus argumentativo é facilmente visualizável pelo fato de que o seu desprezo poderá acarretar a improcedência liminar do pedido, inadmissão ou improvimento monocrático de recursos, apenas para lembrar de alguns exemplos, anteriormente assinalados. Perceba-se, embora o ônus argumentativo não possua previsão literal e expressa, a estruturação trazida pelo Código pode gerar reflexos prejudiciais à parte que tenha argumentado defeituosamente em torno do direito jurisprudencial, constatação suficiente para comprovar a sua relevância.

Por certo, não pretendemos afirmar que o ônus argumentativo é **inaugurado** pelo CPC/2015 ou, por outro ângulo, que um sistema "não-precedencialista" dispensa a argumentação. Afirmações como estas seriam tão simplórias quanto equivocadas. A despeito disso, o direito jurisprudencial, como estruturado no texto processual, tende a gerar um encurtamento ou sumarização dos atos decisórios, algo que somente poderia ser remediado com a plena assimilação da responsabilidade argumentativa dos sujeitos processuais, a começar, por óbvio, pelas partes.

Curioso notar que no direito estrangeiro, há indicativos suficientes para sugerir que o ônus argumentativo rompe as barreiras da teoria do direito (argumentação jurídica) e passa a influir, **normativamente,** no direito processual. Em Portugal, por exemplo, consta no novo Código de Processo Civil:

> **Artigo 5.º - Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal**
> **1 - Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas.**
> 2 - Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:
> a) Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;
> b) Os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;
> c) Os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.
> 3 - O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito.

O referido dispositivo fala do dever de alegação dos fatos essenciais, o que certamente não se confunde com ônus de argumentação. Ocorre que, em outro dispositivo, o referido dever parece ganhar outra dimensão, dessa vez mais próxima do âmbito da argumentação jurídica:

> **Artigo 639.º - Ónus de alegar e formular conclusões**
> 1 - O recorrente deve apresentar a sua alegação, na qual conclui, de forma sintética, pela indicação dos fundamentos por que pede a alteração ou anulação da decisão.
> **2 - Versando o recurso sobre matéria de direito, as conclusões devem indicar:**
> **a) As normas jurídicas violadas;**
> **b) O sentido com que, no entender do recorrente, as normas que constituem fundamento jurídico da decisão deviam ter sido interpretadas e aplicadas;**
> **c) Invocando-se erro na determinação da norma aplicável, a norma jurídica que, no entendimento do recorrente, devia ter sido aplicada.**
> **3 - Quando as conclusões sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o número anterior, o relator deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, no prazo de cinco dias, sob pena de se não conhecer do recurso, na parte afetada.**
> 4 - O recorrido pode responder ao aditamento ou esclarecimento no prazo de cinco dias.

Atente-se para um ponto importante. É intuitivo e de certo modo previsível que a parte apresente rica argumentação em favor da sua tese (ação ou defesa). Ocorre que o dispositivo português indicado evidencia a possibilidade de haver **deficiência argumentativa** e, nesse caso, o recorrente teria uma segunda oportunidade de se desimcumbir do seu ônus argumentativo. Permanecendo o déficit argumentativo, **o recurso não é conhecido,** acarretando, de modo inequívoco, uma efetiva situação de prejuízo processual à parte.

De modo mais próximo ao objeto do nosso estudo, depara-se, no direito estrangeiro, com a presença do ônus argumentativo em torno do direito jurisprudencial. Veja-se, nesse sentido, o excerto da decisão da Corte Suprema de Justiça da Argentina:

> La Corte, por mayoría, confirma la sentencia que condenó al Estado Nacional a que disponga la elaboración y presentación de un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características a la actora que se ajuste fielmente a las pautas de proporcionalidad y equidad fijadas. El Tribunal sostuvo que existiendo precedentes tan claros (Editorial Río Negro-Fallos: 330:3908- y "Editorial Perfil" -Fallos: 334:109-), **al tener quien apela una carga argumentativa calificada para discutir en un recurso**, frente a tales pautas objetivas, cuantificables y generales -en esencia republicanas- , la conducta estatal encaminada a no aplicar estos criterios constituye una clara violación de principios constitucionales. -Los jueces Petracchi y Argibay, en disidencia, declaran inadmisible el recurso extraordinario, en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada. -El Juez Zaffaroni, en disidencia, requiere dar intervención a la señora Procuradora General de la Nación.
>
> […]
>
> Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Estado Nacional a que disponga la elaboración y presentación de un esquema de distribución de publicidad oficial que comprenda a las emisoras de análogas características a la actora que se ajuste fielmente a las pautas de proporcionalidad y equidad fijadas, pues existen precedentes claros en la materia "Editorial Río Negro" (Fallos: 330:3908) y "Editorial Perfil" (Fallos: 334:109), **y la interpretación llevada a cabo en la sentencia del superior tribunal de la causa se ha ajustado a ellos siendo invocados y reproducidos en dicho fallo, no obstante lo cual el Estado recurrente -quien pretende del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata- no ha cumplido con la carga de exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura y demostrar en forma nítida,**

> **inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla del derecho aplicable**. (Recurso extraordinário federal A. 925. XLIX. – Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN – JGM – SMC – s/amparo ley 16986)

Em decisão da Corte Constitucional da Colômbia, assegura-se a possibilidade afastamento do precedente. No entanto, fica condicionado ao ônus (carga) argumentativo:

> Esta Corte ha considerado que su jurisprudencia "puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela". Sin embargo, debido a que una práctica jurisprudencial saludable no puede basarse en la petrificación de determinadas decisiones o concepciones del derecho, el principio de autonomía funcional del juez implica que éste puede apartarse del precedente jurisprudencial siempre y cuando "(…) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, **cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte"**. (Sentencia T-410/14. Corte Constitucional da Colômbia)

As duas decisões mencionadas demonstram que a superação (*overruling*) de um precedente anterior demanda maiores esforços argumentativos, tarefa essa que, por certo, cabe ao advogado realizar, acarretando-se, por conseguinte, uma mutação também no estilo argumentativo-decisório.

Em nosso país, a principal indicação quanto ao ônus argumentativo pode ser extraída de um julgado do Supremo Tribunal Federal, que, mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, afirmou a manutenção das razões do julgado, pelo fato de se tratar da mais alta "Corte" do Brasil, cuja modificação exigia "elevado ônus argumentativo" para a superação de suas razões:

> Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da

> Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um **elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.** (Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057).

Não é possível afirmar, em definitivo, a acolhida, no âmbito processual, da categoria do ônus argumentativo, pois isso exigira maior aprofundamento, com incursões no instituto da preclusão e uma vasta investida na teoria do direito, o que se pretende fazer em outro momento.

Mais importante, aqui, é perceber que os sistemas jurídicos parecem caminhar na direção da exigência de processos argumentativos mais racionais e responsáveis, o que se dá pelo estabelecimento de prejuízos de natureza processual à parte que não tenha cumprido adequadamente o seu ônus (fragilidade argumentativa), seja pelo encurtamento da fase decisória, até mesmo a possibilidade de não admissão de um determinado recurso.

Repita-se, a nossa percepção de alteração do ônus argumentativo não representa um coringa à disposição do judiciário, como se os casos pudessem ser decididos em massa e de forma mecânica, sob o pretexto de não ter a parte se desimcumbido do seu ônus.

O que queremos dizer com a mutação do ônus argumentativo, principalmente após a aprovação do CPC/2015, é que os sujeitos processuais, começando-se pelas partes, devem assumir, com seriedade, as responsabilidades argumentativas que lhes tocam. Parece muito evidente que num sistema processual no qual o direito jurisprudencial exerce influência brutal, o mínimo que se espera é o desenvolvimento de processos argumentativos capazes de dialogar racionalmente com os casos passados, seja para promover analogias e indicar que a solução do caso presente deve se dar por outro já decidido de forma acertada, ou, contrariamente, para demonstrar que os casos passados não servem de critério adequado à decisão a ser construída, tanto por disparidade fática ou por necessidade de superação do anterior entendimento.

5.4 Técnicas processuais e o ônus argumentativo no CPC/2015

Far-se-á, nesse ponto, breve digressão, visando-se elucidar o que se pode compreender por técnica processual. Aroldo Plínio Gonçalves se vale de André Lalande para compreender

técnica como algo próximo de um conjunto de meios adequados para a consecução de resultados desejados[944].

No âmbito processual, note-se, não há identidade entre todo o tipo de prática judicial e a noção de técnica[945], sendo equivocado, também, associar a técnica a mero aformoseamento (ou técnica pela técnica, como caudatária do formalismo). Antes, deve ser compreendida como a oportunidade de a parte argumentar e contribuir na formação do pronunciamento jurisdicional, em respeito ao processo democrático.

Essa assertiva deixa em evidência a denominada instrumentalidade técnica do processo[946], assim externada por Plínio Gonçalves:

> o procedimento jurisdicional, como atividade disciplinada por uma estrutura normativa voltada para a preparação do provimento, com a participação, em contraditório, de seus destinatários, é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em sua função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda a atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade. A norma processual disciplina o exercício da jurisdição, e a preocupação de se fazer com que a ciência do Direito Processual ofereça a sua técnica instrumental para o aperfeiçoamento da instrumentalidade técnica do processo tem sido externada de várias formas na doutrina.[947]

Espera-se que todas as considerações feitas até aqui apresentadas tenham sido suficientes para sugerir ao leitor que a mudança do sistema processual, ao gerar uma mutação no ônus argumentativo, representa – ou deveria representar – uma profunda transformação na atuação técnica do advogado, que, obrigatoriamente, precisará compreender a dinâmica de funcionamento do direito jurisprudencial.

---

[944] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16. Lalande fala ainda em técnica como "métodos organizados que repousam sobre um conhecimento científico correspondente". LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 1109

[945] PODETTI, Ramiro J. **Teoria y tecnica del proceso civil.** Buenos Aires: Ediar, 1963, p. 303.

[946] De modo algum se pode confundir a instrumentalidade técnica do processo, acentuada por Aroldo Plínio Gonçalves, com a denominada "instrumentalidade do processo". Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra "A instrumentalidade do processo" assevera que o processo é instrumento, meio, em função dos fins aos quais se destina, considerando tais fins os propósitos norteadores da sua instituição ou escopos (não jurídicos). DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181. Perceba-se o antagonismo entre as duas linhas de raciocínio, pois, na visão de Aroldo Plínio Gonçalves, a finalidade do processo é que "as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de um fenômeno *Magnaud*, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo controle dos atos do processo". GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.164. Para um maior aprofundamento, conferir LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

[947] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 147.

A mudança a que se fez referência pode ser satisfatoriamente compreendida a partir de uma análise meta-processual, isto é, levando-se em conta os elementos da teoria do direito, algo já assinalado.

Apesar disso, alguns indicativos, restritos ao plano processual, são suficientes para demonstrar a mencionada mudança sistêmica. A propósito, Didier Jr., Braga e Oliveira apontam uma lista composta por aqueles que consideram os efeitos dos precedentes, sendo eles, o vinculante/obrigatório; o persuasivo; o obstativo da revisão de decisões; o autorizante; rescindente/deseficacizante; e o da revisão da sentença[948].

A exposição que se inicia girará em torno da técnica de elaboração da petição inicial, cuja opção feita não é aleatória, como ficará justificado ao final.

É natural que "operadores" ou "práticos" do direito, em caso de mudança do sistema processual, se interessem de modo mais contundente pelas alterações pontuais da legislação. Surge então uma grande demanda em torno das obras com caráter exemplificativo e que assinalem didaticamente as alterações, de modo comparatístico, entre os sistemas anterior e atual.

Como ato essencial e inaugural do exercício do direito de ação, as mudanças ocorridas quanto aos requisitos da petição inicial são destacadas pela doutrina. Entretanto, é inusitado perceber como renomados autores[949] do cenário processual concentram suas atenções apenas nas alterações pontuais indicadas pelo CPC/2015 e renunciam ao exame do impacto do direito jurisprudencial na própria técnica de materialização da pretensão do autor (petição inicial).

Foi mencionado em item anterior sobre a hipótese de a pretensão do autor apresentar-se como contrária a um dos padrões listados no art. 332, situação que desafiará a improcedência liminar do pedido. Na inicial, ainda, o advogado se coloca frente à possibilidade de formulação de pedido de tutela provisória da evidência, a depender, claro, da existência de padrão decisório em harmonia com o pedido.

A técnica de redação da petição inicial, em um sistema como o nosso, que agora, mais do que nunca, valoriza os casos passados, tende a ser reformulada. Não há condições de fazermos uma exposição minuciosa das diversas técnicas existentes no direito estrangeiro que

---

948 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467.

949 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 884-889; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 751-754; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 189-191.

gravitam em torno dos precedentes[950], entretanto, é suficiente que sejam expostas as técnicas de extração da *ratio decidendi*, a da distinção entre casos (*distinguishing*) e da superação (*overruling*).

5.4.1 Extração da ratio decidendi

Ao contrário do que se possa presumir, um sistema de precedentes não corresponde à simplificação de sua operacionalidade. Se é verdadeiro afirmar que existem inúmeros motivos para seguir um precedente, nem sempre a sua adoção é o mais apropriado a se fazer e há, de fato, pelo menos uma dezena de fatores que geram impacto e justificam o afastamento nos diversos sistemas jurídicos[951].

Ocorre que o afastamento ou aproveitamento do precedente somente se implementa após a assimilação do próprio precedente, isto é, em primeiro lugar deve ser compreendido que determinado caso anterior constitui um precedente a ser levado em conta no caso a ser decidido, cuja conclusão, por sua vez, depende de premissas comparativas, sem as quais a indicação de similaridade entre casos não passará de estratégia e simulação, seja para alcançar a vitória no caso ou, do lugar de fala do juiz, para viabilizar disfarçadamente a fundamentação de uma concepção previamente adotada (pré-compreensão).

A grande questão no *common law* passa, realmente, pela discussão sobre o funcionamento do precedente e daquilo que se pretende dizer com a noção de *ratio decidendi*, diferenciando-a dos meros *obiter dicta*, e como a *ratio* poderia ser estabelecida[952]. É preciso, portanto, individualizar a norma aplicável ao suporte fático, mas daí surge um grave complicador, na medida em que os sujeitos processuais – e com o juiz não se dá de outra forma – tendem a adotar comportamentos tópicos e heurísticos no uso da *ratio*[953].

---

[950] Outras tantas técnicas e termos que tratam da invocação de precedentes, comuns no *common law* são abordados no livro Precedentes Obrigatórios de Luiz Guilherme Marinoni. *Inappicable law* refere-se a não aplicação de precedente em razão do *distinguish. "The drawing of inconsistent distinctions"* configura-se como uma técnica com vistas a preservar o precedente. Fala-se, também, nos Estados Unidos, de uma técnica que se situa entre o *distinguish* e o *overruling*, como, isto é, a "*technique of signaling"* ou técnica de sinalização, situação na qual a Corte, de certo modo, "avisa" aos advogados e jurisdicionados que o precedente está em vias de ser revogado, certamente para gerar segurança jurídica. *Transformation* é a situação na qual a Corte faz a transformação ou a reconfiguração do precedente, sem que seja operado o *distinguish* ou *overruling. Overriding*, por sua vez, é a hipótese em que apenas se limita ou restringe a incidência do precedente. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 328-344.

[951] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 526-527.

[952] Interpreting precedents, p. 527.

[953] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 203.

Tanto a técnica de distinção, como a de superação, se insere num campo mais abrangente, certamente relacionado a noção de *stare decisis*, isto é, a necessidade de que as decisões tomadas no passado sejam preservadas[954]. Mas não se trata de aderir às propostas descritivas que tratam o precedente como se legislação fosse, daí a importante advertência de Bustamante:

> A grande questão a ser respondida por uma teoria *descritiva* dos precedentes judiciais é: "O que vale como precedente judicial?". Como optamos por uma teoria *normativa* do precedente, nosso problema é: "O que *deve* contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?". Ao reformularmos a pergunta inicial, abandonamos a perspectiva do observador e adotamos a do participante. Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*[955].

De modo sintético, apenas como premissa da explicação, pode-se considerar a *ratio decidendi* (ou *holding* nos Estados Unidos) os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução da demanda. Ao contrário, aquilo que não é essencial para que uma decisão se dê de determinada forma constitui meros *dictum* (*ou obiter dictum*)[956].

---

[954] Conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

[955] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

[956] STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43. A *ratio decidendi* significa norma jurídica e nesse sentido foi dito por Austin, na primeira metade do século XIX. MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 311. "Ao longo dos séculos, muito se discutiu a respeito da melhor maneira de encontrar o *holding* ou a *r.d.* de um caso. Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 "técnicas" para fazer isso, e desde então surgiram muitas outras. Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) *Teste de Wambaugh* – segundo o qual o que constitui a *r.d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela *não* é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) *Tese de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) *Fórmula Scalia* – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio "neutro" de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-o aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado". RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69. Conferir PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153/155; De acordo com Rupert Cross e J. W. Harris, Wambaugh propôs o seguinte método de extração da *ratio decidendi*, denominado teste invertido, segundo o qual, deve-se partir de uma proposição jurídica que a princípio possa constituir a *ratio*, inserindo-se uma palavra que inverta seu significado e, na sequência, se fosse mantida a mesma decisão, não se configuraria um precedente daquela mencionada proposição. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 75. Oliphant, por sua vez, mostrou-se incrédulo na possibilidade de se atingir a *ratio decidendi* a partir de qualquer método que se apresente, na medida em que as

Mas a coisa não é tão simples, como se ilustra pelo expressivo número de métodos voltados à extração da *ratio decidendi*. Esses métodos, apesar de díspares entre si, compartilham um mesmo pressuposto, isto é, a ideia de que o juiz cria o direito jurisprudencial e ainda defendem que as normas criadas são invariavelmente vinculantes[957].

Considerando-se o equívoco na utilização de padrões decisórios a partir de correntes positivistas ou realistas e sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, é importante perceber a proximidade do método do *common law* com a proposta de integridade de Dworkin, formando-se a base teórica de decidibilidade.

No direito estrangeiro, embora a teoria da integridade não seja a mais exaltada, existem características que indicam a aproximação da proposta de Dworkin com o *common law*, conclusão alcançada a partir da compreensão da comunidade de princípios; da visão dos precedentes judiciais como prática constitucional; e, do uso da alegoria do romance em cadeia[958], esta que, para nós, é tão revolucionária para o direito quanto à alegoria da caverna, de Platão, o foi para a filosofia[959].

Aliás, outra figura alegórica criada por Dworkin é o seu juiz Hércules que, inserido no contexto de uma comunidade de princípios, é dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas[960].

Dworkin vai explicar, no contexto do *common law*, que o juiz Hércules pode se deparar com um dado precedente e este pode conter força de promulgação. Ocorre que esta não é a única força a atuar no sistema, pois deve-se ter em vista que outros casos podem exercer força gravitacional, dessa forma, fora da sua órbita particular[961].

---

razões da decisão não são expostas de forma genuína na decisão (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 313), o que leva Thomas da Rosa de Bustamante afirmar se tratar de um empirismo radical (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 260). Pelo método de Goodhart, extrai-se a *ratio decidendi* levando-se em conta os fatos considerados relevantes pelo juiz, havendo, portanto, uma correlação necessária entre fatos (substanciais) e *ratio*. CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 87-96. Conferir: MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 105-110; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175-178.

957 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 261.

958 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais.** *In:* OMMATI, Emílio Medauar (coordenador). Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 204.

959 PLATÃO. **A República.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 315-319; SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga.** Lisboa: Edições 70, 1986, p. 88-89.

960 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 165.

961 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 174.

Portanto, como afirma Dworkin, "a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação"[962].

De acordo com Stephen Guest, pela noção de força gravitacional, Dworkin fornece uma proposta **mais aprimorada para identificação da *ratio decidendi***[963]. Apesar disso, com o juiz Hércules, Dworkin se tornou alvo de muitas críticas, sintetizadas pela acusação de que o autor acredita numa resposta correta; que Hércules estaria isolado e por isso representaria o solipsismo judicial; e, por fim, pela ingerência da moral no direito[964].

Diante disso, o filósofo revigora a sua teoria com a noção de direito como integridade, lançando as bases contrárias ao convencionalismo e o pragmatismo[965] e apresentando a ideia de romance em cadeia[966]. Trata-se de uma analogia com o gênero literário, na qual cada autor deve escrever um novo capítulo, mas, para tanto, deve ter em conta que se insere num único romance, o que impõe a todos os autores a dupla responsabilidade de interpretar e criar[967].

A breve incursão na teoria de Dworkin foi apenas para deixar em evidência a forma argumentativa da busca por uma resposta correta, e aqui o assunto se interpenetra com a *ratio decidendi*[968], pois não é possível pensar em uma ruptura com o caráter argumentativo do direito com a justificativa de força obrigatória da *ratio*. Como assinala Duxbury, não há vinculação ao precedente na medida do tudo ou nada[969].

Na tradição do *common law* as técnicas de extração e argumentação sobre a *ratio decidendi* são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem parte da cultura jurídica há séculos.

---

962 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016, p. 176.
963 GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Coleção teoria e filosofia do direito), p. 61.
964 OMMATI, José Emílio Medauar. **A teoria jurídica de Ronald Dworkin:** direito como integridade. *In:* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 154.
965 DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271.
966 DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274. "O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que "lei é lei", bem como o cinismo do novo "realismo". Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei".
967 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235-236.
968 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais.** *In:* OMMATI, Emílio Medauar (coordenador). Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 212.
969 DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 23.

Desde a época em que foram inaugurados os *Reports*, no *common law* inglês, naturalizou-se uma cultura argumentativa voltada à comparação entre casos. Ainda que não houvesse, como nos dias de hoje há, uma teoria da argumentação a fornecer subsídios à aplicação argumentativa dos precedentes e, com isso, seja inapropriado afirmar a existência de ônus argumentativo nos tempos remotos do sistema do *common law*, a lógica basilar do seu funcionamento é rigorosamente argumentativa, uma vez que não é possível imaginá-la sem que se vislumbre a comparação e analogia entre os casos.

No *civil law*, apesar de os precedentes exercerem força (ainda que meramente persuasiva)[970], a dinâmica se dá de outro modo. Não há análise detalhada ou discussão profunda sobre as questões dos casos anteriores, seja do ponto de vista legal ou factual e, ademais, não há praticamente nenhuma tradição na extração da *ratio decidendi* e *obiter dicta*[971].

Vimos na parte histórica que o direito jurisprudencial é aproveitado, no Brasil, há longa data. Apesar disso, percebe-se a falta de compromisso com o desenvolvimento de técnicas condicionantes à aplicação do direito jurisprudencial. Essa defasagem técnica, com a entrada em vigor do CPC/2015 pode acarretar um significativo, porém silencioso colapso, pois já estamos inseridos num sistema jurídico que não apenas fomenta, mas pretende prescrever que os casos passados exerçam força aos casos pendentes de solução.

Mas o problema não se restringe ao despreparo dos profissionais do cenário jurídico. Muitos se dispõem a utilizar ementas e padrões anteriores como simples forma de simplificação do processo decisório, numa metodologia silogística[972].

Ao examinar o assunto à luz do processo civil brasileiro, Lucas Buril de Macêdo pretende fornecer um contributo e inicia sua interessante argumentação pelo desfazimento de alguns equívocos.

Segundo Buril, não é correto afirmar que a *ratio decidendi* se encontra na fundamentação, pois, a rigor, é o mesmo que informar que a norma legal está no texto da lei, cujo deslize se faz por uma concepção positivista, já tão combatida aqui. Concordamos plenamente com o autor, quando afirma que o precedente é texto e carece de interpretação e,

---

[970] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 532.

[971] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 536-537.

[972] O modelo subsuntivo-dedutivo, preocupa-se apenas com a instrumentalidade da decisão. Se a conclusão decorrer das premissas, passa a ser tida como válida, situação na qual simula-se a fundamentação. A jurisprudência é tida como fonte do direito, ao lado da lei, dos costumes e dos princípios gerais, numa espécie de método-jurisprudencial. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44-46.

ainda, acena para a insuficiência dos métodos voltados à definição da *ratio*, sendo essa busca verdadeiro fetiche[973].

Em conclusão, afirma Buril:

> Com efeito, extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma precedente) como superior ou correto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal[974].

Diferentemente da conclusão a qual se poderia chegar pela adoção da "teoria" das Cortes Supremas, de Marinoni e Mitidiero, a hermenêutica jurídica demonstra que a eventual declaração da *ratio decidendi*, por parte do tribunal instituidor do precedente, não ceifa o processo de interpretação dos juízes, tribunais e demais pessoas do povo, pois, como sustenta Thomas da Rosa de Bustamante, com acerto, a determinação do peso dos precedentes é um processo hermenêutico, tendo em vista que tal processo perpassa as noções de compreensão e interpretação[975]. Com base na metáfora da interpretação como tradução, isto é, partindo-se do pressuposto que interpretar significa, na realidade, traduzir um significado de um contexto, num processo de restituição e promoção de sentido, Bustamante adverte:

> Essa analogia [a da interpretação como tradução] parece retratar claramente o procedimento de extração da *ratio* de um caso e sua nova aplicação em outro como *norma adscrita*. No entanto, esse processo não é constituído apenas pela reconstrução do significado de uma norma, isto é, do conteúdo que essa norma tem enquanto pressuposto necessário ou suficiente para justificar a decisão já tomada e que constitui o objeto da interpretação. É também um processo de "recontextualização" dessa norma a um novo contexto fático, jurídico e argumentativo, onde deve ser determinado seu valor em relação às outras normas e argumentos eventualmente encontrados nesse novo contexto[976].

E conclui:

> Uma teoria dos precedentes que contenha pretensões normativas – como a que tento elaborar – tem não apenas uma missão descritiva do passado, mas uma missão construtiva do futuro. Ela tem de orientar o intérprete não apenas na hora de

[973] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 317-320.
[974] MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 322.
[975] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 302.
[976] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 306.

> determinar o significado das normas adscritas que lhe interessam, mas também – em medida pelo menos igual – no momento de decidir acerca do *peso* ou da *força* que essa norma vai assumir no futuro, quando vier a ser *aplicada* a um caso concreto, ou seja, quando vier a ser utilizada como um dos fundamentos ou razões para justificar uma decisão qualquer. Esse processo de determinação do peso ou importância das normas adscritas dos precedentes judiciais é, também, parte do processo hermenêutico que podemos denominar "interpretação *lato sensu*" de um precedente judicial, pois tal processo vai muito além da determinação do conteúdo de uma norma jurídica[977].

Acrescente-se, não se pode esquecer a possibilidade, plenamente reconhecida no *common law*, de uma única decisão (precedente), conter várias *rationes decidendi*[978] ou mesmo nenhuma *ratio*[979-980].

Como se depura das aludidas técnicas de investigação da *ratio decidendi*, o que se pode concluir é que eventuais tentativas de simplificação da temática – corriqueiras no dia-a-dia da prática judiciária, em que petições diversas dos advogados e decisões judiciais são inspiradas e confeccionadas com a transcrição excessiva de julgados, ementas ou trechos de ementas, súmulas – colidem com a imprescindibilidade de uma séria investigação da *ratio*, bem como com as garantias constitucionais que regem o processo. Portanto, a identificação da *ratio decidendi* constitui um passo elementar da dinâmica do direito jurisprudencial que se pretenda (re)fundar no Brasil, exigindo-se dos sujeitos processuais a atuação voltada ao cotejo entre *ratio decidendi* do caso precedente e fatos do caso presente.

Para finalizar o item, concordamos com Dierle Nunes e André Frederico Horta, quando afirmam que o precedente jamais será anunciado de forma completa e única, sempre

---

977 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 306.

978 MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 330-331.

979 MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 334-335.

980 RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68-69. A compreensão da *ratio decidendi* perpassa, também, pelo seu oposto, que é o mero *dictum* (ou *obter dictum*). Maurício Ramires quanto a esse aspecto, esclarece: "O que vale considerar, agora, é a parte da definição que diz que o precedente se estabelece no que é "necessário", o que é o elemento definidor da importante distinção entre o *holding* (ou, na Grã-Bretanha, a *ratio decidendi, r.d.*) e o *dictum* (ou *obter dictum, o.d.*) de um julgado. Como no Brasil, a decisão de uma corte da *common law* é documentada em um acórdão, que contém a *opinion of the court.* Contudo, nem todo o conteúdo da *opinion* constitui um precedente: apenas o seu *holding.* O *holding* é o que foi discutido, argüido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido como meramente circunstancial em dado caso". Conforme se vê, o tema é efetivamente complexo. Luiz Guilherme Marinoni faz menção à possibilidade de determinada *obter dictum* se aproximar da *ratio decidendi,* o que leva a doutrina estrangeira a falar em *judicial dictum* e *gratis dictum* (que corresponderiam a *obter dictum* com grande poder persuasivo), sendo reservado o título tradicional de *obter dictum* para as proposições que tratam de questões periféricas. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

comportando técnicas de distinção ou superação[981], o que não se confunde com o desprezo da história institucional do ordenamento jurídico. Noutras palavras, o julgamento dos casos não pode se dar mediante um "grau zero interpretativo"[982], tampouco fica autorizada a hiperintegração, ou seja, tratar casos distintos a partir da mesma regra, colocando-se em relevo a técnica de distinção de casos[983], pois, afinal, o descobrimento da *ratio* de um precedente constitui tarefa de reconstrução do passado e de atribuição de sentido, devendo-se atentar à imprescindibilidade da participação dos sujeitos processuais, de forma policêntrica[984], afastando-se, desse modo, de típicas posturas que desaguam no protagonismo do juiz.

5.4.2 Distinguish

Deve-se ter em vista que o sistema jurídico que parta do aproveitamento das decisões do passado tende a se autodesenvolver, propiciando-se a criação de técnicas que impeçam o uso irracional dos precedentes.

Para tanto, nota-se que o raciocínio por meio de precedentes é constituído por comparações, analogias e contra-analogias entre situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos, buscando-se compreender se determinado caso anterior deve servir de orientação para a decisão[985].

Nesse contexto, utiliza-se da técnica de distinção ou *distinguishing* como fundamento da aplicação ou não do precedente em determinado caso. Já fizemos algumas indicações sobre

---

[981] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 309

[982] RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73.

[983] Desintegração ou fragmentação pode ser compreendida como uma especificação exagerada da singularidade do caso. Como exemplo, havia um histórico de precedentes que asseguravam a privacidade em matéria sexual. Entretanto, Hardwick foi preso em sua casa por praticar ato de sodomia. O caso foi arquivado mais o acusado tentou que fosse declarada a inconstitucionalidade da lei que proibia sodomia, tendo perdido, sob o estranho argumento que não se tinha uma proteção à homossexualidade. Assim, o decisor subtraiu o caso da continuidade da linha de precedentes, que progressivamente reconheciam direitos à intimidade. Já a hiperintegração se refere à tratativa de casos distintos com a mesma regra geral, ignorando a distinção e diferenciação, em síntese, alarga-se de forma demasiada o campo de abrangência de casos com base na decisão passada. Um exemplo clássico é o caso da autorização de aborto, pois criou-se uma "*ratio*" conceito mais genérica, não limitada às circunstâncias do caso. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105-115.

[984] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 314.

[985] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 310.

o *distinguishing*. Optamos por fazer alguns acréscimos apenas para indicar que a referida técnica se torna elementar num sistema no qual se pretenda aplicar a lógica dos precedentes judiciais.

Se a analogia constitui importante método de aplicação do precedente e se dá pela conclusão de existir certos pontos de aproximação entre o caso passado e o presente, o *distinguishing* se dá ao inverso, já que corresponde a uma contra-analogia, no qual identifica-se padrões de distanciamento entre o caso passado e presente.

Sobre a denominada técnica, expõem Nunes e Horta:

> É possível classificar a técnica da distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro estrito: a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente[986].

Para que as indicações não tenham sido em vão, retomemos a análise da confecção da petição inicial e do ônus argumentativo imposto ao advogado. Dada a possibilidade da improcedência liminar do pedido (art. 332), inaugura-se de modo muito evidente a necessidade de o advogado atentar para a possível existência de padrão decisório. Por óbvio, a preocupação maior surgirá na hipótese de conflito com o precedente.

Considerando-se as facilidades oferecidas pelos meios tecnológicos, que permitem a consulta quase instantânea ao banco de jurisprudência (julgados) de todos os tribunais brasileiros, os juízes tendem a promover uma redução da complexidade decisória pela adoção

---

[986] NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 311. O que os juízes do *common law* fazem quando realizam a distinção entre um caso e outro. Para tanto, como é óbvio, é necessário entender o precedente, separando sua *ratio decidendi* de tudo aquilo que nele é *obiter dicta*. Fazem parte da *ratio decidendi* os fatos materialmente relevantes para a decisão, enquanto os fatos irrelevantes são ditos *obiter dicta*. É possível afirmar, também, que a *ratio decidendi* expressa a tese jurídica que qualifica a decisão, sendo todas as demais considerações jurídicas, não imprescindíveis à tomada da decisão, *obiter dicta*. Assim, em princípio o juiz estará diante de outro caso ao se deparar com fatos diversos daqueles que impuseram a definição da interpretação jurídica individualizada no precedente. Fala-se em princípio porque, para a aceitação de que o caso não é suscetível ao precedente, não basta que os fatos sejam simplesmente diferentes, sendo importante que os fatos, na lógica da tese jurídica fixada no precedente, não sejam idôneos a provocar a aplicação da mesma tese jurídica. Quando os fatos, apesar de diferentes, não podem fugir à aplicação do precedente, há um caso similar ou até substancialmente igual. Lembre-se que casos similares, e não perfeitamente iguais – se é que estes existem –, devem ser tratados igualmente. Casos substancialmente desiguais obviamente não devem ser tratados de modo uniforme MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196-197. Há, segundo Luiz Guilherme Marinoni, precedentes obrigatórios e precedentes meramente persuasivos, mas que não alteram a possibilidade de se fazer uma distinção de casos. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, p.111-113. Também sobre a "força" dos precedentes, conferir BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 282-302.

de decisões passadas. Recorde-se, aqui – e este é o problema – da frequência com que julgados anteriores são adotados como padrões de identidade, ainda que não guardem efetiva relação com o caso a ser decidido.

Portanto, cabe ao advogado, desde a petição inicial, indicar padrões de semelhança e diferença em relação aos casos passados e, se for o caso, lançando mão da técnica da distinção de forma a viabilizar, argumentativamente, que as individualidades não sejam olvidadas.

É de fundamental importância iniciar um raciocínio com base em analogias e contra-analogias, empreendendo-se uma análise comparativa entre o passado e o presente e a petição a ser redigida deve dispor, em item próprio, da distinção entre os casos.

Na hipótese em que a pretensão do autor, em tese, puder conflitar com um dos padrões decisórios enumerados no art. 927, por exemplo, cabe ao advogado extrair a *ratio decidendi* do referido padrão. Deve ainda indicar os motivos pelos quais o destino do próprio caso não deve se dar com base no que fora anteriormente decidido. Caberá, na confecção da petição inicial, preferencialmente no tópico exposição dos fatos, formular item próprio voltado à demonstração do *distinguishing* (distinção).

Perceba-se que a referida técnica é melhor desenvolvida pela parte e seu advogado, não se tratando, portanto, de ferramenta à disposição do julgador como critério de imposição de suas preferências pessoais.

Seria no mínimo estranho afirmar que o ônus argumentativo se identifica com a técnica de distinção. Na verdade, seria um equívoco. No entanto, a referida técnica configura-se como um passo inicial e imprescindível à inauguração de um processo argumentativo.

5.4.3 Overruling

Conforme lição de Thomas da Rosa de Bustamante, *overruling* é uma espécie de *judicial departures* (hipóteses de afastamento de uma regra jurisprudencial). A especificidade do *overruling* é que não se refere apenas a questão de aplicação do precedente judicial, mas aborda a ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. Por tais circunstâncias, as razões que embasam o *overruling* devem ser mais fortes que aquelas usadas para *distinguish.* Ainda de acordo com Bustamante, há uma regra de ouro sobre as *departures* e em especial o *overruling*, assim esclarecida: “sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente

judicial seja *expressamente tematizada"*[987]. No direito estrangeiro, fala-se que o *overruling* pode ser visto como um método pelo qual um tribunal nega o precedente, com o objetivo de fazer cumprir a lei[988]. Por certo, não se nega que a superação representa um ato radical[989]. No direito inglês, o ano de 1966 marca, com a *Practice Statement*, a possibilidade de a *House of Lords* superar os próprios precedentes. Por sua vez, nos Estados Unidos, esse poder de superação parece ter sempre existido, tendo sido exercido em 1844 (*Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*, 43 U.S. 497)[990].

O *overruling* varia de acordo com o grau de vinculatividade do precedente. Se o precedente for meramente persuasivo, não há restrições relevantes que impeçam a revisão da tese da decisão anterior. Diferentemente do que ocorre com o precedente meramente persuasivo, a superação daquele que é formalmente vinculante é vista como um importante evento político e jurídico, pois pode alterar o direito profundamente[991].

Para Melvin Aron Eisenberg, um precedente somente pode ser superado (*overruling*) quando deixa de satisfazer de modo substancial aos padrões de congruência social e de coerência sistêmica e, ainda, nas hipóteses em que determinados valores, dentre os quais se pode citar o da imparcialidade, da confiança razoável, da prevenção de surpresas, são melhor assegurados pela mudança do precedente do que por sua conservação[992]. À evidência, isso não significa dizer que os juízes devem funcionar como uma espécie de antena, responsável pela captação dos anseios populares e que, iluminados, devessem indicar o momento oportuno quanto à superação do precedente, uma vez que tal desenvolvimento deve ocorrer pelo processo, a partir da argumentação desenvolvida pelos sujeitos processuais.

Apesar de ser verdadeiro que em todos os sistemas é reconhecido algum poder explícito para anular, modificar ou afastar o precedente[993], existem vários obstáculos ao *overruling* e,

---

[987] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387-388.
[988] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 122.
[989] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 122.
[990] [990] DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 123.
[991] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 392.
[992] EISENBERG, Melvin Aron. **La natura del common law.** Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 154.
[993] SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. **Departures from Precedent.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 525.

dentre eles, destaca-se o princípio da proteção à confiança do jurisdicionado[994-995]. Por sua vez, no restrito contexto das teorias argumentativas anteriormente examinadas, é o princípio da inércia argumentativa que se encarrega de conferir maior estabilidade aos precedentes judiciais, pois a pretensão de afastá-lo exige maior carga argumentativa, o que se equipara à ideia de fechamento argumentativo, isto é, não pode ser criado um cenário que impeça, de modo absoluto, a rediscussão da *ratio decidendi*.

O problema da instituição de um sistema rígido de precedentes reside exatamente na sua cristalização, situação na qual, sob o pretexto do princípio da inércia, se passa a vedar a apresentação de novos argumentos ou ao menos desqualifica-los *prima facie*, impedindo-se que argumentos inauditos (ou já ditos, mas não apreciados), possam dar nova formatação ao próprio direito, principalmente se houver razões explícitas que o recomendem. Por certo, a alteração do precedente carece de abertura argumentativa, o que somente pode ser efetivado no ambiente processual, repleto de garantias, dentre tantas, a do contraditório como influência e não-surpresa e da fundamentação exaustiva e racional das decisões judiciais.

Não se pode esquecer, nesse momento, dos apontamentos críticos anteriormente lançados, referentes à proposta da elevação da função dos tribunais superiores (STF e STJ), de modo que se transformem em Cortes Supremas instituidoras de precedentes obrigatórios, que seriam, portanto, as únicas responsáveis pela proclamação da *ratio decidendi* a ser observada pelos juízes e tribunais sucessivos. Como bem observado por Conrado Hübner Mendes, é bem enraizado na cultura constitucional brasileira que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra sobre os direitos fundamentais, acarretando-se, portanto, um monopólio da última palavra sobre temas constitucionais[996]. À essa altura, presume-se que tenha ficado claro que o denominado "monopólio interpretativo", por parte de tribunais superiores, pode se tornar bastante danoso, inclusive pela clara possibilidade de harmonização entre os referidos tribunais de vértice e finalidades institucionais das mais perversas.

---

[994] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 413.

[995] Nesse particular, merece atenção a narrativa de Luiz Guilherme Marinoni, no que concerne a uma hipótese diferenciada de *overruling.* Após demonstrar a que nenhum outro órgão judiciário não pode revogar precedentes do Supremo Tribunal Federal, oriundos de ação direta de constitucionalidade, há necessidade de se reconhecer a possibilidade de utilização do controle difuso para viabilizar que a questão seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, diante de hipóteses excepcionais, de notória e incontestável perda de substrato do precedente, é preciso reconhecer uma espécie de revogação antecipada, a exemplo do que ocorre no *common law*, conhecida como *antecipatory overrluling*. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 313-314.

[996] MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Direito desenvolvimento justiça. Produção científica), p. 217-218.

Perceba-se, portanto, que não há como confiar na virtuosidade do precedente, ainda que se tenha afirmado que na tradição do *common law* aquele seja formado a partir de um estilo efetivamente argumentativo, o que não se dá nos países de tradição do *civil law* (ao estilo *phrase unique*). Portanto, noutras palavras, a simples abertura aos processos argumentativos não assegura, por si só, o acerto das decisões. Esse desarranjo pode ocorrer a partir do momento em que se privilegie a busca **solipsista de respostas corretas**, focadas na autoridade e talento do juiz, cenário no qual, para sermos bem rigorosos, o direito é visto como instrumento ou ferramenta à disposição do julgador, que se torna um engenheiro social ao qual se atribui uma missão salvadora. Ora, já se afirmou que a **resposta correta**, em Dworkin, representa uma ideia regulativa, inserida no contexto argumentativo-processual e, por isso mesmo, ao se enfraquecer os traços argumentativo-processuais, formam-se decisões incorretas que não tardarão a ser combatidas.

O equívoco do precedente pode residir também na sua inadequação social. É bem expressivo, nesse sentido, o exemplo da luta por direitos de igualdade e dessegregação travada pelos negros nos Estados Unidos. A trajetória teve episódios sombrios, como se viu em *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Plessy v. Ferguson* (1896), no entanto, testemunhou-se a emblemática superação (*overruling*) dos precedentes anteriormente mencionados pelo caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954).

Veja-se, portanto, que a doutrina estrangeira aponta diversas razões para o abandono ou afastamento do precedente. Portanto, o precedente pode ser enfraquecido e, por conseguinte, superado, dentre outras hipóteses, se não houver um bom sistema de consulta, com boa indexação de modo a dar plena publicidade aos precedentes; a frequência de recursos contra um dado precedente; a própria composição do tribunal, pois a divisão em seções ou painéis tende a promover variantes em sua configuração. O autor cita, ainda, a possível influência da crítica acadêmica quanto à superação do precedente[997].

Desse modo, retomando-se o argumento, não há como defender a inalterabilidade absoluta do precedente judicial ou de qualquer padrão ou provimento que se pretenda vinculante. E para que tais decisões não se tornem inalteráveis, é de fundamental importância conceder abertura aos processos argumentativos de tal forma que o processo seja enriquecido com teses argumentativas e, com isso, seja possível implementar a correção do direito sem que se faça necessário recorrer a talentosos e visionários julgadores.

---

[997] SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. **Departures from Precedent.** *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 526-527.

Levando-se em consideração as assertivas anteriores, o denominado "princípio" da inércia argumentativa deve ser visto com toda cautela e, portanto, não pode servir de escudo e representar a indestrutibilidade do precedente. Não pode, de fato, ser lido sob a perspectiva positivista. Não fosse possível o *overruling*, ter-se-ia, até os dias atuais, a segregação entre negros e brancos nos Estados Unidos, algo que corresponderia a uma completa aberração jurídica. Portanto, o exemplo apontado evidencia que o *overruling*, ainda que não seja um acontecimento frequente (nem poderia ser), é indissociável do sistema composto por precedentes.

A exata compreensão das particularidades do sistema do *common law,* que levaram a uma via-sacra teórica empreendida com o objetivo de utilizar precedentes de maneira mais legítima, fez com que surgissem, naquele sistema, mecanismos hábeis a flexibilizar a aplicação dos precedentes.

É certo que no sistema brasileiro, em que a tradição legislativa ainda goza de grande prestígio, mas convive com a forte tendência de jurisprudencialização, é mais fácil formular perguntas do que apresentar respostas, já que se mostra necessária a constante revisitação do tema.

O recurso, em perspectiva histórica, salientada por Dierle José Coelho Nunes, foi importante instrumento político de concentração de poderes nas mãos do soberano. Contudo, no Estado Democrático de Direito, este instituto ganha maior importância, como implementação sucessiva do contraditório e ampla defesa, possibilitando a redução da falibilidade do processo[998].

No estágio atual do sistema processual civil brasileiro, o recurso, como já assinalado por Dierle Nunes, assume outra importante função, isto é, volta-se à própria formação e transformação do direito jurisprudencial, pela constatação óbvia de que é perante os tribunais que este se desenvolve. No entanto, corre-se o risco de se esvaziar o instituto do recurso – na verdade, todo o processo – dada a configuração sistemática do uso do direito jurisprudencial trazida pelo CPC/2015, principalmente se não adotarmos uma base teórica consistente.

É nesse ponto que ter mais claro o argumento de rejeição ao positivismo jurídico, tendo em vista que a formação de um padrão decisório oriundo dos órgãos estatais incumbidos da prestação da atividade jurisdicional não pode ser visto com dogmatismo, no sentido de que só as decisões dos altos tribunais representam o direito.

---

[998] NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: Da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. xxvii.

A tendência é das mais perversas, principalmente se levarmos em conta as constantes referências, por parte de tribunais pátrios, ao denominado "ônus da dialeticidade", como espécie de requisito à admissibilidade dos recursos extraordinários.

É preciso compreender, de uma vez por todas, que a decisão dos tribunais – superiores ou não – constituem parte do direito, no entanto, não gozam de imunidade, de tal forma que a objeção contra elas deve ser vista com naturalidade, desde que as partes assumam a sua responsabilidade argumentativa, sem que, contudo, esta última se transforme em entrave ao próprio desenvolvimento do direito.

No caso de incompatibilidade da pretensão da tese do autor ou do réu em relação a um padrão decisório, é de fundamental importância que se inaugure o diálogo em torno do padrão ainda no primeiro grau, por ocasião da petição inicial ou da defesa, pois, à medida em que se adie esse tipo de discussão, aumentam as chances de uso estratégico do precedente, por parte dos tribunais, como critério de inadmissibilidade recursal para fins de redução da carga de trabalho, ganhando força, à evidência, o denominado ônus da dialeticidade recursal[999].

Por tudo que foi visto, a tendência é que os tribunais passem a reconhecer a existência do ônus argumentativo em torno do direito jurisprudencial ao longo de todo o *iter* processual, não apenas nas instâncias recursais.

[999] Um exemplo pode ser colhido em no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.576.127 - DF (2015/0324249-8).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa época de grandiosas mudanças no sistema processual fomos contemplados com a possibilidade ímpar de examinar um dos assuntos mais complexos e desafiadores da reforma, ou seja, o alargamento do uso do direito jurisprudencial que motiva muitos autores a afirmarem a implantação de um sistema de precedentes.

O texto não poderia ter sido levado adiante sem a incursão no direito estrangeiro, com especial atenção à Inglaterra e Estados Unidos, países modelares quando se fala em *common law*.

A análise empreendida nos capítulos segundo e terceiro, de clara feição histórica, foi capaz de demonstrar a complexidade na comparação de ordenamentos jurídicos, derivando daí outra conclusão parcial, isto é, o extremo cuidado que deve haver na importação de técnicas e institutos oriundos do estrangeiro.

Aliás, recorrer à investigação histórica foi bastante proveitoso, na medida em que se pode constatar a ausência de virtuosidade no *common law* inglês e norte-americano. Ambos os modelos jurídicos foram forjados a partir da necessidade de centralização do poder estatal.

Ora, no que se refere ao direito inglês, a premissa teórica adotada é a do positivismo jurídico, daí a sua insustentabilidade, na medida em que o positivismo jurídico representa a possibilidade de escolha por parte do decisor. Viu-se também que o direito inglês foi bastante alterado por uma reforma concentrada no século XIX, a partir da qual, ao seu final, a *House of Lords* se considerou fortemente vinculada pelos precedentes anteriores, em total alinhamento ao positivismo jurídico.

Já em terras americanas, o pragmatismo deu o tom da aplicação dos precedentes judiciais e, no século XX, ganha força em especial a corrente do realismo jurídico, responsável pela máxima “subjetificação” do ato decisório, pois este representava, realmente, o produto das preferências pessoais de cada julgador, capaz de enfraquecer e permitir o afastamento da lei e dos precedentes.

Como havia certa angústia no início da pesquisa, falou-se muito sobre o que vem sendo chamado de convergência de famílias ou tradições. É provável que o ponto mais significativo dessa parte tenha sido o fato de compreendermos os fatores de fundo (propositalmente encobertos) que estimulam as reformas dos sistemas jurídicos. Foi possível concluir que as ditas reformas não se guiam pelo mero aprimoramento do direito interno, pensamento característico

da processualística dos anos setenta, época na qual se copiava institutos, técnicas, procedimentos e modelos dos mais diversos, visando assegurar o acesso universal à jurisdição.

Numa visão não tão otimista quanto àquela das ondas reformistas, percebemos que as reformas jurídicas se dão, muitas vezes, no rastro de interesses de grandes conglomerados financeiros e da própria necessidade estatal de otimização da prestação da atividade jurisdicional. O precedente judicial, ademais, foi consideravelmente importante ao fortalecimento do Estado, em virtude da concentração de poder em tribunais situados no topo do sistema judiciário.

Apreendido o terreno no qual foi edificado o *common law* e todo esse movimento de convergência, passamos à investigação do direito brasileiro, certamente, com enfoque na evolução do uso do direito jurisprudencial visando descobrir em que medida poderia ser considerada verdadeira a afirmação segundo a qual o direito brasileiro se insere na tradição do *civil law*. Foi visto que o uso do direito jurisprudencial é feito, por aqui, há longa data, muito embora nas últimas décadas tenha havido de fato a elevação da força das decisões passadas nos casos a serem decididos.

A ausência de sistematicidade no uso do direito jurisprudencial no processo civil foi, então, suprida pelo novo Código, que trouxe em seu bojo uma porção de técnicas que induzem ao uso de casos passados; estipula um rol de padrões decisórios a serem observados por juízes e tribunais; e, exige uniformidade, estabilidade, integridade e coerência.

E foi exatamente a formatação trazida pelo Código, quanto ao direito jurisprudencial, que se cogitou do problema central do trabalho, isto é, à possibilidade de ter ocorrido a mutação do ônus argumentativo dos sujeitos processuais, especialmente do advogado.

Torna-se problemática a manutenção da forma tradicional de motivação das decisões judiciais típica dos países de *civil law* – que se dá no estilo *phrase unique* – devido à adoção de casos passados como significativos no julgamento de casos futuros, uma vez que o referido estilo não comporta uma ampla argumentação.

Dado o modo com que se tende a decidir, a partir da construção normativo-dogmática do CPC/2015, casos e padrões decisórios passados terão grande importância e com inaugura-se o dever de incluí-los nas bases da argumentação jurídica. Eis aí o núcleo deste texto, pois a descrição das diversas técnicas de aproveitamento de “precedentes” reclama uma modificação no próprio modo com que se argumenta.

Em nossa leitura, um “sistema de precedentes” só pode ser visto como compatível com o processo democrático tendo por premissa a adoção de um modelo comparticipativo de

processo, que representa a ruptura com o protagonismo ou pontos de centralidade de qualquer um dos sujeitos processuais.

Quanto ao uso dos precedentes, não é possível desprezar as técnicas, muito menos a tendência mundial de aproveitamento das decisões dos tribunais de maior hierarquia. Isso não significa, porém, que o precedente constitui um ponto final de discussão. Daí que deve ser visualizado como capaz de exercer força gravitacional, rompendo-se, com Dworkin, com as correntes positivistas e realistas.

O ônus argumentativo imposto ao advogado na verdade se liga à própria compreensão das funções a serem assumidas pelos sujeitos processuais. O policentrismo reconhece a posição de interdependência daqueles, mas não autoriza, de forma alguma, que a argumentação e comportamento dos sujeitos se dê a partir do uso de estratégias astuciosas na formulação de pretensão ou resistência (defesa), pois é de significativa importância reconhecer o histórico institucional, mantendo-se, portanto, a integridade e coerência do direito.

Quanto menor for a responsabilidade do advogado quanto à implementação de processos argumentativos em torno do direito jurisprudencial, maior será a possibilidade de utilização da **tópica** no aproveitamento das razões anteriores e, da mesma forma, mais comum será a hipótese de o juiz empreender uma complementação solitária dos argumentos que orbitam sobre o caso.

Ao final do caminho percorrido, parece pertinente afirmar a verossimilhança da hipótese inicial, isto é, de ter ocorrido uma mutação no ônus argumentativo dos sujeitos processuais, especialmente do advogado, em virtude do surgimento de um sistema normativo de "precedentes". Contudo, o modo pelo qual a categoria do ônus argumentativo ingressa na teoria do processo não pôde ser aprofundada. Essa tarefa exigiria uma incursão criteriosa na teoria do direito e, na sequência, o exame do instituto da preclusão, para que se pudesse testar, no âmbito da teoria do processo, a hipótese da preclusão argumentativa.

Espera-se que essas questões possam ser levantadas e respondidas, na verdade, pretende-se abordá-las no futuro, no entanto, ainda não chegou o tempo, ainda não chegou a hora.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** *In:* Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ADORNO, Theodor W.; ZIZEK, Slavoj... [et. al.]. Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

AFONSO, Henrique Weil. **A reconstrução histórica da diversidade no direito internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção:** homo sacer, II, 1. São Paulo: Boitempo, 2004. (Coleção estado de sítio).

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim:** notas sobre a política. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. **Writ of certiorari do direito estadunidense**. Revista de processo. vol. 266/2017. p. 483-515, abr. 2017 (versão eletrônica).

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In:* **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro.** 5. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1960.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modelo costituzionale del processo civile italiano.** Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ANDREWS, Neil. **The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements.** University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2399103 acesso em 02 de setembro de 2016.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.** [Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

APEL, Karl-Otto. **Teoria de la verdad y etica del discurso.** Barcelona: Ediciones Paidos/Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.

ARISTÓTELES. **Retórica.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2015. (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento; v. 1).

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro**. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

AUDI, Robert. **Dicionário de filosofia.** Título original: The Cambridge Dictionary of Philosophy. 2. ed., São Paulo: Paulus, 2011 (Coleção dicionários).

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015

BÄCKER, Carsten. **Regras, princípios e derrotabilidade.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte n. 102 pp. 55-82 jan./jun. 2011. Disponível em http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf Acesso em 21 de julho de 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ.** 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom.** *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito,** Belo Horizonte , v.2, n.3 e 4 , p.89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARBERIS, Mauro. **Um poco de realismo sobre el realismo <<genovês>>.** *In:* BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. (eds.). El realismo jurídico genovés. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 201-215.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constitucionalização do processo no direito brasileiro.** *In:* MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coords.) Estudos de Direito Processual Constitucional. Homenagem brasileira a Héctor Fiz-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais.** *In:* OMMATI, Emílio Medauar (coordenador). Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 201-236.

BARKER, Robert. S. **El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos.** Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL, 2014.

BAZERMAN, Max H. MOORE, Don. **Processo decisório.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação.** Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Walter. **Magia, técnica, arte e política:** ensaio sobre literatura e história da cultura. 3a ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERMAN, Harold Joseph. **O fundamento histórico do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 11-21.

BERMAN, Harold Joseph. **Origens filosóficas do direito americano.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 173-182.

BERMAN. Harold Joseph. **Law and Revolution II:** the impact of the Protestant Reformations on the western legal tradition. Cambridge-London: Harvard University Press, 2003. (Versão digital Kindle)

CAVERS, David F. **O ensino do Direito nos Estados Unidos.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 153-164.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. Revista de Processo. vol. 253. ano 41. p. 347-385. São Paulo: Ed. RT, mar. 2016.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England in four books**. v. 1. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise:** pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Polis, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BONATO, Giovanni; QUEIROZ, Pedro Gomes de. **Os *référés* no ordenamento francês.** Revista de Processo. vol. 255, ano 41, p. 527-566. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.

BOUVERESSE, Jacques. **Prodígios e vertigens da analogia: o abuso das belas-letras no pensamento.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do NCPC** (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Orgs). **Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei n. 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O 'modelo constitucional do direito processual civil"**: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em: http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf Acesso em 11 de novembro de 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Sobre o caráter argumentativo do direito:** uma defesa do pós-positivismo de Neil MacCormick. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 106, p. 263-313, jan-jun. 2013

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 275-297.

BUSTAMANTE, Thomas. **Conflictos normativos y decisiones contra legem:** una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 33 (2010). ISSN 0214-8676, pp. 79-108, disponível em http://hdl.handle.net/10045/32594, acesso em 29 de setembro de 2016.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo:** Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Editora *Jus*Podivm, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes.** http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes. Acesso em 19 de novembro de 2016.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica.** Revista dos Tribunais. vol. 786, 90º ano, p. 108-128. São Paulo: Ed. RT. abr. 2001.

CAMPBELL, Tom. **El sentido del positivismo jurídico.** *In:* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Número 25. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/. Acesso em 22 de março de 2017

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002;

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado.** Belo Horizonte: Cultura Jurídica/Ed. Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial:** palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito).

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro.** *In:* Fredie Didier Jr., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 729-752.

CARVALHO, Olavo de. **Aristóteles em nova perspectiva:** introdução à teoria dos quatro discursos. Campinas: VIDE Editorial, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:** a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, José Antônio de Magalhães. **Decadencia da magistratura brasileira; suas causas e meios de restabelecel-a.** Rio de Janeiro: Typographia de N. L. Vianna e filhos, 1862.

CASTRO, Flávia Lages. História do direito geral e do Brasil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional:** no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual:** sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHOMSKY, Noam**. Estruturas sintáticas**. Petrópolis: Vozes, 2015 (Coleção de Linguística).

CHUEIRI. Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M. Editora, 1995.

CLAM, Jean. **A Autopoiese no Direito**. *In*: Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 77-128.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de hermenêutica.** São Paulo: Ed. USP, 1973.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Valéria Álvares. **Sistema adaptativos complexos e o direito.** São Paulo: Fiuza Editores, 2001.

DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento técnico número 319:** elementos para reforma, 1996, disponível em: http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf, acesso em 18 de outubro de 2016.

DAMAŠKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del processo legal. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DEL NEGRI, André. **Técnica legislativa e Teoria do processo.** *In:* BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual.** Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2015, p. 23-46.

DEL VECCHIO, Giorgio. História da filosofia do direito. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** volume 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 7. ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo [et al]. **Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis** (2.: 2015: Vitória, ES). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno [organizadores]. **Ensaios e artigos.** Salvador: Juspodivm, 2016. (Obras de J. J. Calmon de Passos - Clássicos; v. 2).

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela*

nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR. Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro.** Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015.

DIDIER JR. Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais:** uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In:* Fredie Didier Jr., Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 383-397.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DOLEZALEK, Gero. **Precedenti giudiziali nello *ius commune*.** *In:* VICENTI, Umberto (org.). Il valore dei precedenti giudiziale nella tradizione Europea. Pádua: CEDAM, 1998.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF)

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

EAGLETON, Terry. **Ideologia:** uma introdução. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Boitempo, 1997.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial. Tomo I.** Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1976.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito:** reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Daniel Brantes. **Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:** a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano.** Revista dos Tribunais. vol. 782/2000, p. 90-96, dez. 2000 (versão digital).

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FISCH, Max H. **Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism.** The Journal of Philosophy, Vol. 39, No. 4 (Feb. 12, 1942), pp. 85-97.

FISS, Owen M. **The Forms of Justice.** Havard Law Review, v. 93, nov.1979, nº 1.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction.** London/Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 41. ed. Petropolis (RJ): Vozes, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999 (Coleção Tópicos).

FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudencia.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

FRANK, Jerome. **La influência del Derecho Europeo Continental en el "Common Law".** Algunas reflexiones sobre el Derecho "comparado" y "contrastado". Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1957.

FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione:** Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **A uniformização de jurisprudência no Estado democrático de direito,** volume 4. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2014.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito:** do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FREUND, Paul A. **A Corte Suprema.** *In:* BERMAN, Harold Joseph. Aspectos do direito americano. Rio de Janeiro: 1963, p. 62-70.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem.** Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga:** estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** volume 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II:** complementos e índice. Petrópolis, RJ: Vozes; 2002.

GALANTER, Marc. **Por qué los 'poseedores' salen adelante:** especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. *In:* Sociología jurídica – Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá-Colômbia: Mauricio García Villegas Editor/Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Oxford/New York: Oxford University Press, 2008.

Gizbert-Studnicki, Tomasz. **The Burden of Argumentation in Legal Disputes**, in: *Ratio Juris*, v. 3, nr. 1, 1990, p. 118-129.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GILMORE, Grant. **As eras do direito americano.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

GLOCK, Hans-Johann. **O que é filosofia analítica?** Porto Alegre; Penso, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil.** Londrina: Edições Humanidades, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Movimento *Critical Legal Studies* (*CLS*).** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr..** Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 91-105, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito:** Kant e Kelsen. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOUTAL, Jean Louis. **Characteristics of judicial style in France, Britain and the USA**. American Journal of Comparative Law. vol. 24, n. 1, pp. 43-72, 1976.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?:** a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Coleção teoria e filosofia do direito)

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUTIÉRREZ, Consuelo Sirvent. **Sistemas jurídicos contemporâneos**. Editorial Porruá, México, 2006.

HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito.** São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015.

HABERMAS, Jürgen; REPA, Luiz Sérgio trad.. **O discurso filosófico da modernidade:** Doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Tópicos)

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume I. 2. ed. Revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. reimpressão.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I:** racionalidad de la acción e racionalización social. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** volume 1: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo:** volume 2: sobre a crítica da razão funcionalista. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia.** Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 2, n. 3, p. 105-121, jan./jun. 1995.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?: a moderna resposta do realismo:** uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito)

HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the law.** New Orleans: Quid Pro Books, 2011. (Versão digital Kindle).

JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes:** Da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC:** Fundamentos e sistematização. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano,** *liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hélcio Macial França Madeira – prólogo Pierangelo Catalano. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei:** um estudo sobre teologia politica medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KANTOROWICZ, GERMÁN. **La lucha por la ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KERN, Christoph A. **El rol de la Corte Suprema.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 53-76.

KIRCHMANN, Julio Germán. **El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho.** *In:* La ciencia del derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

KOSELLECK, Reinhart. Futuro passado: uma contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Estratos do tempo: estudos sobre história. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Debates; 115)

LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

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

LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. **Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico.** Tese de doutorado. UFRJ, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica:** ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica, legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada:** temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Org.). **Coisa julgada:** de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática.** Belo Horizonte: Forum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo:** primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo:** uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013 (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza, v. 7).

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo**,** Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em: 11 Set. 2016. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica.** 10. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (Série Métodos em direito; v. 1).

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos:** introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Ed. da UnB, 1980 202p. (Pensamento político; 15).

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011 (Coleção Sociologia).

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

LUNELLI, GUILHERME. **Direito Sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coords.) **Estudos de direito processual constitucional.** Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito. Malheiros: São Paulo, 2009.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/2015.** *In:* Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. (Org.). Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 269-291.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas:** as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho. Uma teoría del razonamiento jurídico.** Lima: Palestra Editores, 2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá, 2008.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica:** (in)compatibilidade entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **A influência do Processo Constitucional sobre o Novo CPC.** *In:* FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. (Org.). Novo CPC doutrina selecionada. v.1: parte geral. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 311-350.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MANGABEIRA UNGER, Roberto. **The Critical Legal Studies Movement.** Cambridge: Harvard University Press, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Del tribunal que declara <<el sentido exacto de la ley>> ao tribunal que sienta precedentes.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 205-230.

MARSHALL, Geoffrey. **What is Binding in a Precedent.** *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão.** São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS. Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MATTEI, Ugo. **Il modelo di common law.** Quarta edizione con la collaborazione di Emanuele Ariano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Direito desenvolvimento justiça. Produção científica).

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba.** Buenos Aires: Ediciones juridicas Europa-America, 1961.

MILSON, S. F. C. **Historical foundations of the common law**. London: Butterworths, 1969.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Dos modelos de cortes de vértice – Cortes Superiores y Cortes Supremas.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p.77-122.

MOCCIA, Luigi. **La formación del Derecho Europeo. Una perspectiva histórico-comparada.** Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2013.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento.** *In:* Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 341-490.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: (nona série).** São Paulo: Saraiva, 2007.

MORRISON, Wayne. Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo. 2ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2017 (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v. 3)

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto. **Reclamação Constitucional.** *In:* Fredi Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr; Lucas Buril de Macêdo. (Org.). Precedentes. 2ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 753-772.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental de democracia. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** volume 1: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2013.

NASSER CURY, Paula Maria; MARÇAL, Antônio Cota. **Jurisprudência dos Conceitos.** *In:* TRAVESSONI. Alexandre. Dicionário de teoria e filosofia do direito. São Paulo: LTr, 2011, p. 234-239.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/16.** Revista de Processo. vol. 257, ano 41. p. 217-235. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul. 2016.

NETO, Eugênio Facchini. **A sentença em perspectiva comparada; estilos norte-americano, francês e italiano em confronto.** Revista de processo. vol. 235/2014, p. 407-433, set. 2014 (versão eletrônica)

NUNES, Dierle José Coelho. **O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa**. 2003. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório:** uma garantia de influência e de não surpresa. *In:* TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo:** princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo Contemporâneo:** por um processualismo constitucional democrático. *In:* Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial; 2008, p. 13-29.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro.** Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, v. 189, p. 1-35, 2010.

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.36, n.199 , p. 41-82, set. 2011.

NUNES, Dierle José Coelho; PICARDI, Nicola. **O Código de Processo Civil Brasileiro. Origem, formação e projeto de reforma.** Revista de Informação Legislativa, v. 190, p. 93-120, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 101, p. 61-96, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle *et al*. **Curso de direito processual civil:** fundamentação e aplicação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático.** 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira:** uma perspectiva crítica. Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179 – 208, jan/jun. 2013.

NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. **Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade** – Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 77-99, jul/set. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; PATRUS, Rafael Dilly. **Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro.** *In:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Medina, Luiz Fux, Luiz Volpe e Pedro Miranda. (Org.). Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 471-484

NUNES, Dierle. **Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo.** *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232547>. Acesso em: 16 nov. 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 301-334.

NUNES, Dierle. **Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo.** *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte,

ano 23, n. 90, p. 145-152, abr./jun. 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa; **Precedentes e a Busca de uma decisão correta.** *In:* THEODORO JR., Humberto (Coord.). (Org.). Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 189-200.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo e república: uma relação necessária.** Disponível em http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/ Acesso em 03/09/2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **"Jurisprudência instável" e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil.** *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.433-471.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação:** um diálogo com concepções contrastantes. Revista de processo. vol. 263/2017, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica).

OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. **A força do Efeito Vinculante no Novo CPC:** mercado, economia, globalização, sistema judiciário e direitos humanos fundamentais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional:** no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional:** no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional.** Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da constituição.** 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/ Finatec, 1ª reimpressão, 2011.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Ed. 70, 1969. (O saber da filosofia; 15)

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico:** história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia.** São Paulo: Cultrix, 1972.

PEIXOTO, Ravi. Superação do Precedente e Segurança Jurídica. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. Honorários recursais: incidência nos recursos pendentes de julgamento – efeitos concretos. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/data/files/38/F3/17/BC/ABC53510577BC335ED4E08A8/HONOR_RIOS%20RECURSAIS.pdf Acesso em 07 de novembro de 2016.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação:** a nova retórica. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PLATÃO. **A República.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PODETTI, Ramiro J. **Teoria y tecnica del proceso civil.** Buenos Aires: Ediar, 1963.

POPPER, Karl. O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade. Reimp. Organização de M. A. Notturno. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1996.

POPPER, Karl Raimund Sir,. **Lógica das ciências sociais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo:** uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia; [São Paulo]: Editora da Universidade de São Paulo, 1975. (Coleção Espírito do nosso tempo; v. 13).

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos:** volume 1: o fascínio de Platão. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. Tomo 2. (Biblioteca de cultura humanista; 2-3).

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos:** volume 1: o fascínio de Platão. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. (Biblioteca de cultura humanista; 2).

POPPER, Karl Raimund. **Os Dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento.** 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

POPPER, Karl Raimund. **A miséria do historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1980

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007 (Coleção justiça e direito).

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POUND, Roscoe. **Lo spirito della "Common Law".** Milão: Giuffrè Editore, 1970.

PRADEAU, Jean-François. **História da filosofia.** 2. ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio; Petrópolis: Vozes, 2012

PUNTEL, Lorenz B. **Estrutura e ser:** um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2008.

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

CORY, S. Clements, **Perception and Persuasion in Legal Argumentation:** Using Informal Fallacies and Cognitive Biases to Win the War of Words, 2013 BYU L. Rev. 319 (2013).

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF).

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** volume 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S/A, 1990.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas?** Angústias e desconfianças. Revista de Processo. vol. 259, ano 41, São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. **La ciencia del derecho.** Buenos Aires: Losada, 1949.

SCHAUER, Frederick. **Precedente.** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 49-86.

SCHAUER, Frederick. **Pensar como un abogado:** una nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa:** da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica – Arte e técnica da interpretação.** 8. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2010 (Coleção Pensamento Humano).

SCHOPENHAUER, Arthur; CARVALHO, Olavo de. **Como vencer um debate sem precisar ter razão:** em 38 estratagemas: (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial:** a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspecticva, 1979.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga.** Lisboa: Edições 70, 1986.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna.** Lisboa: Edições 70, 1986.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1986.

SHAPIRO, Scott J. **Legalidad.** Madrid: Marcial Pons, 2014.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo Saraiva 2005.

SLAPPER, Gary. KELLY, David. O sistema jurídico inglês. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional.** Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, Carlos Henrique. **Estatuto da Advocacia e processo constitucional:** com questões de múltipla escolha sobre o Estatuto da Advocacia e ética aplicadas nos últimos exames da OAB. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SOARES, Carlos Henrique; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Utilização Antidemocrática de precedentes judiciais**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 86, p. 143-161,abr./jun. 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOKAL, Alan D.; BRICMONT, J. **Imposturas intelectuais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do Direito Processual Civil brasileiro:** Colônia e Império. Dissertação de Mestrado. Salvador, 2014.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes judiciais no Direito republicano.** *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 3, 2016 (no prelo).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.); ROSA, Alexandre et al. **Hermenêutica e epistemologia:** 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro –** Condições e possibilidades. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 355-372, abr./jun. 2015.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** *In:* DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p.175-182.

STRECK, Lenio. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law!.** http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law. Acesso em 17 de novembro de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade.** http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade. Acesso em 15 de outubro de 2016.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *In:* **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

SUMMERS, Robert S., ENG, Svein. Departures from Precedent. *In:* Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents.** *In:* **Interpreting precedents:** a comparative study. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 437-460.

TARUFFO, Michele. **El vértice ambíguo. Ensayos sobre la Casación civil.** Lima-Peru: Palestra Editores, 2005.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo, ano 36, vol. 199, set. 2011, p. 139-155.

TARUFFO, Michele. **Icebergs de *Common law* e *Civil Law*? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade.** *In:* TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. **La giurisprudenza tra casistica e uniformità.** *In:* CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 927-937.

TARUFFO, Michele. **Aspetti del precedente giudiziale.** In: RAMELLI, Alejandro et al. El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. 1ª ed. Medellín: Universidad de Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015, p. 17-40.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **Las funciones de las Cortes Supremas – Aspectos generales.** *In:* TARUFFO, Michele; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coord.). La misión de los tribunales supremos. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 231-251.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo:** princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2007.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** vol. I. 56 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil. Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal.** vol. III. 48. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Common law* e *civil law*. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas.** *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (Coordenadores). Processo em jornadas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas.** Revista de Processo. vol. 255. ano 41. p. 359-372. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito.** São Paulo: Martins, 2008 (Coleção Tópicos Martins)

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUNC, Andre; TUNC, Suzanne. **El derecho de los Estados Unidos de America: instituciones judiciales, fuentes y tecnicas.** Mexico: Imprenta Universitaria, 1957.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under uncertainty:** Heuristics and biases. Science, New Series, vol. 185, nº. 4157 (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VAQUERO, Álvaro Núñes. **Sin precedentes:** una mirada escéptica a la regla del *stare decisis. In:* ATIENZA, Manuel (director). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Marcial Pons, 2016.

VESTING. Thomas. **Teoria do direito: uma introdução.** São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP: linha direito comparado)

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. 4 [2] jul/dez. 2008. p. 441-464. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf Acesso em 04/09/2016.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

VOLTAIRE. **A filosofia da história.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção justiça e direito).

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente.** Madri/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max; COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber:** sociologia. 7. ed. São Paulo, SP: Ática, 1999.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Na disputa entre Bush e Gore, venceu a visão voluntarista. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-13/dissenso-bush-gore-venceu-visao-voluntarista#sdfootnote13sym acesso em 04/09/2016.

WEEDWOOD, Bárbara. **História concisa da linguística.** São Paulo: Parábola Editorial, 2002.

WHITTAKER, Simon. **El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela.** Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N 01, pp. 37 – 83, disponível em: http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n1/art03.pdf acesso em 31/08/2016.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.