

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA – MESTRADO E DOUTORADO**

DARLAN AGOMAR MINOSSO

**O PODER DO PRECEDENTE: O PARADOXO DE UM SISTEMA POSTO E AO
MESMO TEMPO EM CONSTRUÇÃO**

CURITIBA

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (UniBrasil),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Minosso, Darlan Agomar
O poder do precedente: o paradoxo de um sistema
posto e ao mesmo tempo em construção. / Darlan
Agomar Minosso. - Curitiba, 2022.
120 f.

Orientador: William Soares Pugliese
Dissertação (Mestrado) - UniBrasil, 2022.

1. Direito Civil. 2. Precedentes judiciais. 3.
Jurisprudência. I. Pugliese, William Soares, orient.
II. Título.

DARLAN AGOMAR MINOSSO

**O PODER DO PRECEDENTE: O PARADOXO DE UM SISTEMA POSTO E AO
MESMO TEMPO EM CONSTRUÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Área de concentração: Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

DARLAN AGOMAR MINOSSO

O PODER DO PRECEDENTE: O PARADOXO DE UM SISTEMA POSTO E AO MESMO TEMPO EM CONSTRUÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação – Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Avaliador
externo: Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva
Universidade Estácio de Sá - UNESA

Avaliador
interno: Profa. Dra. Rita de Cassia Correa de Vasconcelos
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Curitiba, 28 de abril de 2022.

AGRADECIMENTOS

Não é possível atingir a plenitude da alma sem gratidão. A existência é cíclica e tudo torna ao começo depois do fim. Finalizado um ciclo, é preciso voltar os olhos para o caminho percorrido e ver que os percalços são fontes de inspiração se tomados como combustível para a solidificação dos objetivos. É nessa hora, quando se olha para trás, que se constata não estar sozinho; que todas as metas, todos os obstáculos, todos os êxitos, sempre foram ladeados por pessoas que de alguma forma deram suporte de sustentação para o prosseguir.

Há quem diga que sorte não existe. Pois então, que seja consignada a fortuna que é ter um amigo como Luiz Carlos Gieseler Junior que, além de avisar do “cavalo passando encilhado”, dita o ritmo do galope, quando trotar ou acelerar, e espera em regozijo na linha de chegada como se fosse ele próprio o ginete. Indicou o caminho, me manteve no páreo, me entregou entusiasmo quando esmorecia e festejou comigo quando cruzei a linha, mas não sem alertar que não se ganha campeonato com apenas um turfe. Que venha o próximo desafio!

Meus pais Joselir e Olandia Minosso, cujos joelhos tantas vezes se dobraram em oração pela conclusão da jornada, mantendo a fé sempre à frente de tudo; minhas irmãs Dani e Badu, duas grande mulheres que me ensinaram a desconhecer o significado da palavra limite. Vocês, com toda a dificuldade que vida lhes trouxe, são exemplos de alegria, de perseverança e de entrega, em volta de quem nossa família se manteve sempre unida. Obrigado por continuarem acreditando em mim e serem fonte de inspiração.

Minha filha Mariana, que não passou um dia sem uma chamada inoportuna, cujas recusas de resposta nunca foram consideradas, mantendo a insistência de quem tem a certeza de que o pai, em algum momento teria o tempo, o ouvido e a palavra. Minha terapeuta, minha amiga, meu orgulho. Minha filhotinha Eduarda, que nada pede, mas, em compensação, nada recusa. Que fez da distância o maior motivo do encontro; que fez da saudade a presença e da escassez, a intensidade da

eternização dos bons momentos. A vida com você filha, é música que eu não canso de ouvir.

Meu primo/irmão Juliano Alex Lima, que além de patrocinar a empreitada, manteve e mantém a palavra, a honra e a unidade da família como norte a ser perseguido sem desvios. A sua generosidade não tem precedente (sem trocadilho) e minha gratidão, por tudo, é eterna. Obrigado Tigre.

Minha companheira, amiga, amor da minha vida, Monique Sabrina, pela paciência de esperar; por ouvir atenta cada detalhe da caminhada; pelos conselhos sempre firmes; por manter incólume a certeza de que estamos no rumo certo. Você é a rocha que dá sustentação para minha vida; atribuiu significado à palavra amor e trouxe a certeza onde havia dúvida. Com você não existe talvez e para você eu digo, e sempre direi: sim.

Meu orientador e fonte de inspiração acadêmica William Soares Pugliese. Desde as primeiras páginas dos seus textos, eu tive a certeza de que não poderia ser outra pessoa. Você nunca me deu uma resposta, senão com uma pergunta e, com isso, indicou o rumo da minha pesquisa. A serenidade de quem sabe exatamente como proceder, de quem orienta no carinho e na generosidade, de quem propõe e não impõe. Costumo dizer que há professores, e são muitos, que exibem conhecimento, uns mais, outros menos; mas há os que transmitem conhecimento e isso é raro. Você é uma dessas raridades meu Professor querido. Serei eternamente grato.

Enfim, sou grato. Grato, pois sempre que precisei, cruzou o meu caminho um personagem cuja contribuição agregou valor no enredo dessa história, fazendo morada no âmago da minha existência.

Obrigado.

RESUMO

O presente trabalho é resultado de uma inquietação recorrente: por qual razão, ou razões, o sistema de precedentes adotado desde a edição do Código de Processo Civil de 2015, com pretensão de completude e complexidade, anos depois de sua entrada em vigor, ainda não demonstra todos os reflexos benéficos esperados, de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência com otimizações nos campos da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica? Uma hipótese seria que nosso sistema não obedece a doutrina do *stare decisis*, ou seja, não há vinculação aos precedentes na forma tradicional, além do que, inexistente a necessária deliberação acerca da *ratio decidendi* das decisões proferidas nesse sistema em construção. Esses dois pontos são a chave e ao mesmo tempo a trava que bloqueia o desenvolvimento do sistema de precedentes adotado pelo legislador com a edição do CPC/15 e, o que se pretende demonstrar com a pesquisa em tela, realizada através de revisão bibliográfica pelo método lógico-dedutivo em três capítulos, são as razões e os desdobramentos desta paradoxal situação. No primeiro capítulo, se buscará demonstrar que as duas grandes tradições jurídicas do mundo moderno se aproximaram e continuam se aproximando em razão de um objeto de estudo comum que é o positivismo jurídico. A exegética formalista francesa, assim como o antiformalismo científico alemão desenvolvido após a queda do Sacro Império Romano-Germânico e o modelo Anglo-saxônico, têm na ciência do positivismo o mesmo objeto de estudo, embora sob perspectivas diferentes: do legislador, do professor e do juiz, contudo, com técnicas e institutos de aplicação e efetivação do Direito que se assemelham. No segundo capítulo, far-se-á uma análise da evolução normativa no Brasil, no que pertence ao Direito Jurisprudencial utilizado como paradigma para formação da convicção nas decisões, com ênfase nos ementários, nas teses aplicadas através de súmulas e enunciados até a edição do Código de Processo Civil de 2015, que ainda desafia divergências teóricas relevantes. No último capítulo se buscará demonstrar que inexistente unanimidade na compreensão acerca da aplicação da sistemática posta no CPC/15 pois, parte importante da doutrina entende que o precedente no Brasil é criado como um ato de vontade, para o futuro, a partir da interpretação da lei (direito), feita exclusivamente pelas Cortes de Vértice, com efeito vinculante obrigatório através da imposição de teses, cabendo aos Tribunais inferiores apenas a subsunção e aplicação. O outro lado relevante da doutrina entende que o precedente não é criado para o futuro, mas encontrado no passado, e construído a partir do ônus argumentativo na fundamentação coerente de decisões que integram o sistema, donde se possa extrair a *ratio decidendi* diretamente da racionalidade da decisão proferida de maneira uniforme, integrando e atribuindo estabilidade ao sistema normativo, em um todo coerente. Tal situação é paradoxal, na medida em que o sistema está posto, mas ainda carece de construção teórica uníssona, o que demanda tempo e participação de todos os atores do Direito, principalmente a academia.

Palavras-chave: Sistemas jurídicos. Precedentes. Argumentação jurídica. *Stare decises*. *Ratio decidendi*.

ABSTRACT

The present academic work is the result of a recurring concern: for what reason, or reasons, the system of precedents adopted since the enactment of the Civil Procedure Code of 2015, with the pretension of completeness and complexity, years after its entry into force, is still does it not demonstrate all the expected beneficial effects of uniformity, stability, integrity and coherence with optimizations in the fields of equality, freedom and legal certainty? One hypothesis would be that our system does not obey the doctrine of *stare decisis*, that is, there is no link to precedents in the traditional way, in addition, there is no necessary deliberation about the *ratio decidendi* of decisions rendered in this system under construction. These two points are the key and, at the same time, the lock that blocks the development of the system of precedents adopted by the legislator with the edition of CPC/15 and, what is intended to demonstrate with the research on screen, carried out through a bibliographic review by the method logical-deductive in three chapters, are the reasons and the consequences of this paradoxical situation. In the first chapter, we will try to demonstrate that the two great legal traditions of the modern world have approached and continue to approach due to a common object of study that is legal positivism. French formalist exegetics, as well as the German scientific anti-formalism developed after the fall of the Holy Roman Empire and the Anglo-Saxon model, have the same object of study in the science of positivism, although from different perspectives: from the legislator, the teacher and the of the judge, however, with similar techniques and institutes for applying and enforcing the Law. In the second chapter, an analysis will be made of the normative evolution in Brazil, in what pertains to the Jurisprudential Law used as a paradigm for the formation of conviction in decisions, with emphasis on the *ementaries*, the theses applied through precedents and statements until the edition of the Code of Civil Procedure of 2015, which still challenges relevant theoretical divergences. In the last chapter, we will try to demonstrate that there is no unanimity in the understanding of the application of the systematic set out in CPC/15, since an important part of the doctrine understands that what is valid in Brazil is created as an act of will, for the future, from the interpretation of the law (law), made exclusively by the Cortes de Vertex, with mandatory binding effect through the imposition of theses, and the lower Courts are only responsible for subsumption and application. The other relevant side of the doctrine understands that the precedent is not created for the future, but found in the past, and built from the argumentative burden in the coherent reasoning of decisions that integrate the system, from which the *ratio decidendi* can be extracted directly from the rationality of the decision rendered in a uniform way, integrating and attributing stability to the normative system, in a coherent whole. Such a situation is paradoxical, insofar as the system is in place, but still lacks a unified theoretical construction, which demands time and participation of all legal actors, especially the academy.

Keywords: Legal systems. precedents. Legal argument. *stare decisis*. *ratio decidendi*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS EM APROXIMAÇÃO	15
1.1 O <i>CIVIL LAW</i> E A GÊNESE DO POSITIVISMO	17
1.1.1 A Evolução do Estado Moderno.....	17
1.1.2 A Exegese.....	21
1.2 A CONTRAPARTIDA ALEMÃ E O POSITIVISMO CIENTÍFICO.....	28
1.2.1 Escola História	30
1.2.2 A Jurisprudência de Conceitos (Dogmática)	31
1.2.3 A Jurisprudência de Interesses.....	31
1.2.4 A Jurisprudência do Direito Livre, o Antiformalismo Francês e o Socialismo Jurídico	32
1.3 O <i>COMMON LAW</i> E O POSITIVISMO INGLÊS.....	35
1.3.1 As Raízes da Tradição Jurídica Inglesa.....	35
1.3.2 Entre Bentham e Austin	39
1.3.3 Entre Kelsen, Hart e Dworkin: O que há de Comum em Tradições Distintas.....	47
2 O DIREITO JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EDIÇÃO DO CPC/15	54
2.1 A "ESCALADA LEGISLATIVA" DO DIREITO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL	55
2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A IMPRESCINDIBILIDADE DA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM UM SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO	66
3 UM SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS EM CONSTRUÇÃO	73
3.1 O PRECEDENTE: CONCEITOS FUNDANTES	73
3.2 A FORÇA DOS PRECEDENTES POR IMPOSIÇÃO LEGAL.....	79
3.2.1 Cortes Superiores (de Justiça).....	86
3.2.2 Cortes Supremas (de Precedentes).....	89
3.2.3 Uma Questão de Hermenêutica.....	92
3.2.4 O Precedente e o Direito como Integridade.....	101
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	116

INTRODUÇÃO

Que há uma crescente aproximação entre as maiores tradições normativas no mundo, quais sejam o *civil law*, originário da Europa Continental e o *common law*, de origem anglo-saxônica, não é nenhuma novidade.

O Brasil, cujo sistema normativo é de base romano-germânica e se filia a tradição do *civil law* com fundamento nos dogmas resultantes da Revolução Francesa, possui características muito peculiares que remontam às origens desta então colônia portuguesa, passando pela formação de uma república oligárquica construída sob o paternalismo e o patrimonialismo do "*homem cordial*"¹, mas sem descuidar das evoluções e otimizações da tradição "vizinha" (*common law*) com quem sempre dialogou.

Hoje no Brasil, por opção legislativa, positivou-se no Diploma Processual Civil uma nova sistemática na utilização dos precedentes com considerável carga teórica, típica da tradição de *common law*, o que tem demandado, para sua aplicação e efetivação, para o bem da igualdade, liberdade e segurança jurídica, profunda reflexão por parte dos operadores do direito principalmente na academia e nos órgãos julgadores.

Isso porque a Lei n.º 13.105 entrou em vigor em março de 2015, ou seja, ao tempo do início da elaboração da presente pesquisa, já havia passado mais de meia década, e os debates sobre a aplicação e efetividade da nova sistemática, ainda se acirravam. Ora, o sistema está posto, é complexo e pretensamente completo, com normas que parecem tratar de vinculação (art. 927), que impõem um profundo desenvolvimento teórico na argumentação jurídica (art. 926), que especificam até os limites do que deve ser a fundamentação de uma decisão judicial (art. 489), cabendo aos atores do processo, encontrar nas técnicas disponíveis, a forma de equilibrar os problemas quantitativos e qualitativos.

Lembre-se que, para dar apenas um exemplo, nossa Corte Suprema, aquela que tem o condão de dar o "norte" a ser perseguido em todo o ordenamento, sobre o mesmo tema (prisão em segunda instância) mudou de posição cinco vezes nos últimos anos sendo três dessas mudanças sob a mesma composição de membros,

¹ Sobre o "homem cordial", ver HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Schwarcz, 2020.

ou seja, o Brasil clama por estabilidade e, principalmente, uma forma de resolver o problema da dispersão jurisprudencial.

A análise que será objeto do presente trabalho será dividida em três capítulos e, para entender, ou pelo menos tentar entender o que se passa nos tempos hodiernos, é mister que se inicie pela origem das tradições do *common law* e *civil law*, tendo como elo o positivismo jurídico sob três perspectivas: do legislador, do professor e do juiz.

Pode-se dizer que a gênese do positivismo está na Revolução Francesa e sua consequente codificação das normas; na dicotomia entre a escola exegética dogmática francesa, de caráter formalista e profissionalizante e a Escola prussiana, com pretensão de cientificidade após a queda do Sacro-império Romano-Germânico, em uma contrapartida hermenêutica e antiformalista. Por outro lado, o *commun law* que remonta ao início do segundo milênio e tem origem nos costumes das priscas heras imemoriais dos ingleses, com o passar do tempo, adotou os precedentes como fonte primária do direito, critérios para decisão de casos na formação do sistema normativo, porém, igualmente, sofreu e sofre influências da base científica positivista.

Ambas as tradições têm no positivismo o mesmo objeto de estudo e debate mesmo entre autores de tradições diferentes tendo por base científica a Teoria Pura de Hans Kelsen, passando por Hart e depois Dworkin, razão pela qual, é natural que as duas maiores famílias jurídicas do mundo se utilizem de técnicas e institutos similares na busca pelo aprimoramento dos sistemas e consagração dos direitos fundamentais dos cidadãos.

E por falar nisso, a consagração dos direitos humanos após o segundo pós-guerra, o processo de constitucionalização dos Estados, o respeito aos direitos fundamentais, como trunfos das minorias, em uma sociedade globalizada cada vez mais plural, elevou o judiciário a um patamar de protagonismo. Este dever a ser observado em todas as áreas da atividade jurisdicional de qualquer Estado democrático de direito, se reflete nos órgãos julgadores, pois, como bem lembrou Ronald Dworkin

na obra *O Império do Direito*²: "É importante como os juízes decidem os casos", o que independe do sistema jurídico utilizado no país.

No segundo capítulo se irá analisar a escalada legislativa do sistema normativo no Brasil sob a perspectiva do Direito Jurisprudencial. Ocorre que no sistema jurídico pátrio, a dispersão jurisprudencial é preocupação que remonta aos tempos do Império e, há muito, o legislador se preocupa com a aplicação de decisões paradigmáticas (jurisprudência) na formação da convicção do julgador no processo decisório.

Como se verá, o Brasil já se utilizou dos assentos portugueses, já lançou os próprios assentos, se utilizou de prejulgados, da aplicação de súmulas, súmulas vinculantes, enunciados, além de outros métodos de se indicar os principais posicionamentos das Cortes Superiores, a serem aplicados pelos demais tribunais e órgãos jurisdicionais, sem, contudo, retirar a autonomia de cada julgador, sendo mister a diferenciação destas mudanças e a consignação da nova sistemática com seus aspectos particulares e inovadores.

Portanto, o que se pretende nesta parte do trabalho, é direcionar a pesquisa às origens do Direito Jurisprudencial e a evolução empírica de sua aplicação no Brasil antes da edição do CPC/15, dentro de uma sistemática predominantemente formalista, até a opção pelo novo modelo adotado, agora com a imposição normativa de uma mudança no ônus argumentativo que atinge todos os atores do processo na construção da decisão judicial.

Aqui será também analisada a imprescindibilidade da imposição do efeito vinculante aos precedentes da Suprema Corte, em razão do formato de Controle de Constitucionalidade híbrido, ou seja, difuso e ao mesmo tempo concentrado, demonstrando-se incompatível o sistema difuso sem a observância do princípio do efeito vinculante.

No terceiro e último capítulo, o que se pretende é analisar as verdadeiras causas que estão dificultando a formação da sistemática de precedentes no Brasil, quais sejam, o tipo de fator vinculante aos precedentes que vem sendo adotado pelas

² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Martins Editora Livraria Ltda., 2014. p. 1.

Cortes Superiores e o problema da racionalidade das fundamentações das decisões judiciais, através do que se analisará a robustez dos elementos teóricos impostos por opção legislativa, com substancial referência ao fator de vinculação, assim como a mudança no ônus argumentativo imposto pela nova sistemática.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, trouxe em seu artigo 926 a determinação de que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" e tal dispositivo, assim como os seguintes (art. 927 e 928 do CPC) expressam a necessidade de sistematização e observância dos precedentes judiciais como fator de construção normativa a atribuir segurança jurídica sensível ao jurisdicionado. Contudo, vale ressaltar que, embora apenas o §2.º do artigo 102 da Constituição da República, disponha expressamente sobre o efeito vinculante das ADIs e ADCs no ordenamento jurídico, o artigo 927 do CPC ampliou esse rol, o que pode trazer dúvida quanto a construção dessa nova sistemática como será tratado ao longo do texto.

Outro fator de extremada importância é a divergência teórica entre boa parte da doutrina, acerca da formatação das Cortes de Vértice no país e a maneira como se pretende formar os precedentes. Aqui o que se pretende é demonstrar a divergência doutrinária em duas principais correntes, que dividem os teóricos do direito no Brasil. De um lado Marinoni, Mitidiero, Arenhart, que defendem uma sistemática já positivada de precedentes impostos (vinculação obrigatória) a partir de Cortes de Vértice (Supremas). Defende esta corrente, que o precedente é um ato de vontade e deve ser ditado pelas cortes supremas a partir da lei (direito) e não do caso (fatos). Sob esta lógica, apenas as Cortes de Vértice interpretam a lei, aos demais juízes e Tribunais, cabe a aplicação das teses criadas com predeterminada finalidade.

De outro lado, a corrente capitaneada por Lênio Streck, Dierle Nunes, Aurélio Viana, Humberto Theodoro defende que tese (súmula, ementa, enunciado) não é o mesmo que precedente. Que o precedente não é um ato de vontade, mas um ato de interpretação, uma decisão proferida no passado que só se tornará um precedente através do olhar do julgador na interpretação daquela fundamentação, não se tratando de uma criação para o futuro. A decisão, para esta corrente, é um ato de interpretação de fundamentos, inexistindo decisão sem o caso concreto e seus fatos.

O objetivo é demonstrar que a sistemática defendida na primeira corrente é a continuidade daquilo que já vinha sendo aplicado no Brasil, porém, agora com

vinculação obrigatória por normas ditadas pelo Judiciário o que evidencia os desafios do contramajoritarismo. Já a segunda corrente defende um sistema de precedentes em construção a partir do ônus argumentativo de cada caso concreto, da deliberação para construção conjunta do romance (em cadeia) com vista a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência. Ou seja, de um lado, alguns defendem um sistema posto, por meio do desenvolvimento de teses com base na lei (direito), mas com vinculação obrigatória. Do outro, há a pretensão do desenvolvimento, da construção do sistema a partir de um ônus argumentativo através da deliberação, que leva ao convencimento e a vinculação pela racionalidade do sistema.

Anote-se que, do artigo 489 do CPC/15, em seu parágrafo 1.º, se extraem os elementos da fundamentação das decisões, ou melhor, os elementos sem os quais uma decisão não pode ser considerada fundamentada e, em análise sistemática, evidencia tratar-se de uma relevante evolução do ordenamento, principalmente com relação a construção da *ratio decidendi* das decisões, que devem estar atentas a racionalidade da argumentação jurídica com vista a integridade do sistema normativo. A ideia de se ter um sistema de precedentes judiciais que não prescinde da uniformização, coerência, integridade e estabilidade, expressamente impostas no artigo 926 do CPC/15, implica num aprofundamento substancial no campo das Teorias do Direito desde a Teoria das Fontes e Teoria da Argumentação, uma vez que sistema é um conjunto de elementos ordenados e harmônicos que interagem entre si, com o intuito de trazer racionalidade à sua interpretação, razão pela qual, é de fundamental importância a compreensão destes conteúdos teóricos.

O que se observou na pesquisa foi que, embora o sistema posto por força de edição legal tenha tentado implantar um imperativo de aplicação vinculativa de precedentes, o que no *common law* se denomina *stare decises*, tal comando, no Brasil, ainda não é aplicado como na origem, aumentando a insegurança e instabilidade, do mesmo modo que a forma como são construídas as decisões no país, onde a força da coisa julgada está no dispositivo das decisões e não na argumentação, além da supervalorização dos ementários, pode resultar em um esvaziamento do ônus argumentativo e desvalorização das razões de decidir, dos fundamentos da construção da decisão, o que faz ruir a base de um sistema legítimo de precedentes.

Portanto, o que se fez foi descortinar as transformações trazidas com a nova sistemática sem perder de vista os reflexos que resultaram deste ponto de contato

entre a *common law* e o *civil law*, especificamente em relação à observância do sistema de precedentes judiciais e a forma como devem ser aplicados na outorga da tutela jurisdicional com um olhar no passado, sem perder de vista as decisões futuras e em conclusão, o que se tem é a constatação de que a ausência de obediência à doutrina do *stare decises*, além da deficiência na deliberação acerca da *ratio decidendi*, causada também pela forma como decidem as Corte brasileiras, são os principais fatores que dificultam a efetivação do sistema trazido com o CPC/15, em uma paradoxal condição de se ter um sistema posto e, ao mesmo tempo, em construção.

1 DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS EM APROXIMAÇÃO

Em primeiro lugar, é de se consignar que não se tem a pretensão de uma análise histórica profunda dos sistemas a serem abordados, senão apenas destacar o elo que une as duas tradições, também chamadas de famílias do direito para René David, que é o positivismo e a forma como evoluíram a partir de origens distintas, mas sob uma mesma base científica.

Referido autor afirma que "O agrupamento dos direitos em famílias é o meio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo"³, com finalidade meramente didática, valorizando as semelhanças e diferenças entre as tradições. Assim, para fim do presente ensaio, não se olvidando de outras "famílias de direito" ou ramificações de ordenamentos jurídicos existentes no mundo, o corte metodológico levou em conta apenas a dicotomia entre os dois grandes ramos do direito ocidental, qual sejam o *civil law*, ou sistema romano-germânico utilizado na maioria dos países da Europa-continental e América Latina e a tradição do *common law*, ou direito consuetudinário, de origem anglo-saxã, adotadas desde a Inglaterra, Estados Unidos da América entre outros.

Segundo *van Caenegem*, existem "[...] várias modificações recentes que parecem estar diminuindo a distância que separa o Direito inglês e a *família romano-germânica*"⁴ e, ao que tudo indica, ambos os sistemas encontraram na ciência do positivismo um objeto de debate comum, vez que a pretensão de cientificidade atribuída ao direito, desde a dicotomia entre a Escola Exegética francesa e a Escola Hermenêutica germânica, consagrada na Teoria Pura de Hans Kelsen, impulsionou os debates acerca dos fundamentos do Direito independente da família normativa, motivo pelo qual, como tarefa inicial se irá demonstrar que o *juspositivismo* foi a escola jurídica que se desenvolveu em paralelo tanto no *common law* quanto no *civil law* o que faz, cada vez mais se evidenciar a aproximação entre as duas famílias jurídicas.

³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 2002. p. 44.

⁴ VAN CAENEGEM, Raoul C. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 1.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que

[...] a disputa teórica entre Hart e Dworkin, demonstra que a evolução do *civil law* aproximou sensivelmente as decisões dos juizes dos dois sistemas: o juiz do *civil law*, quando raciocina a partir de princípios constitucionais ou com base em cláusulas gerais, decide como o juiz de *common law* [...]

e do ponto de vista do expectar, este juiz pode ser visto como um criador do direito ou como um intérprete.⁵

Lenio Streck afirma que a legitimidade do Direito deriva da sua relação com a autoridade criadora e o positivismo jurídico é:

[...] um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo Legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência de conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica).⁶

Segundo Aurélio Viana e Dierle Nunes, trata-se de uma visão equivocada e um preconceito achar que a utilização de precedentes é exclusiva do *common law*, pois é de longa data sua utilização mesmo no direito romano e, da mesma forma, deve-se rejeitar a noção de que os países de *common law* não se utilizam do direito legislado vez que, nos Estados Unidos, por exemplo, desde há muito constata-se uma movimentada e crescente atividade legislativa.⁷

Aduzem expressamente os referidos autores:

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 de Ihering (*Espíritu del Derecho Romano*) exercido na obra *Common law*, de Holmes, embora o último não tenha feito referência ao trabalho de Ihering quanto a algumas partes essenciais. Jerome Frank

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 66.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263.

⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 151.

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 frutificaram no pensamento jurídico americano, o que deixa em evidência o câmbio de técnicas entre países das duas tradições.⁸

Assim, far-se-á uma análise da origem dos movimentos positivistas sob três perspectivas, quais sejam, da França desde a Revolução a partir das ideias iluministas, através da exegética formalista, dogmática, sob o viés do *legislador*, da Alemanha com sua pretensão de cientificidade por meio da hermenêutica impulsionada pela Reforma Protestante sob o viés do *professor* e, na Inglaterra que, desde os costumes imemoriais do seu povo, desenvolveu o direito com ênfase nas decisões judiciais, através da visão do juiz oráculo da lei, mas também sob a influência das teorias positivistas continentais impulsionadas pelo Direito da família romano-germânica.

1.1 O CIVIL LAW E A GÊNESE DO POSITIVISMO

1.1.1 A Evolução do Estado Moderno

Destarte, é preciso posicionar o leitor no momento histórico e localização física de desenvolvimento do direito romano-germânico, no intuito de compreender as nuances do pensamento filosófico que levou não só a evolução do *civil law*, mas antes, as profundas modificações no conceito de Estado, até a construção de um pensamento científico para o Direito.

Neste contexto histórico inicial ora abordado, temos a Europa medieval dos primeiros séculos do segundo milênio passando por grandes transformações. O período de trevas e medo, o Feudalismo trazendo um crescente pluralismo, a grande peste negra, tudo dando causa ao rompimento do pensamento metafísico rumo ao racionalismo, com uma mudança de paradigma do *teocentrismo* para o *antropocentrismo*.

Para René David, "A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à

⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 152.

centralização operada por uma autoridade soberana"⁹, ou seja, havia uma pluralidade de demandas e pensamentos se desenvolvendo naquele momento na Europa continental. "O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, [...] numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica", ao contrário do que ocorreu no Direito Inglês, com o desenvolvimento de Tribunais reais fortemente centralizados.¹⁰

Segundo Estefânia Maria Queiroz Barbosa, ainda que este modelo de *civil law*, ou romano-germânico tenha influência do direito da Roma antiga, foi aos poucos dele se distanciando tendo diferentes fontes como o direito canônico, direito comercial, as revoluções e a ciência do direito.¹¹ Afirma a autora que "Do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e comentadores.¹²

Com o desenvolvimento do mercantilismo e a evolução da classe burguesa, o acúmulo de capital trouxe a necessidade de uma tutela de direitos mais efetiva para proteção da vida e da propriedade, vez que o direito medieval já não atendia os anseios daquela sociedade.

Num período de crescente fervilhar de pensadores, filósofos, artistas, artesãos etc., dentro da pujante sociedade burguesa encontrava-se um campo fértil para o desenvolvimento das ideias que irrigaram o movimento renascentista e mais tarde o iluminista.

Segundo Marcos Maliska, o modelo feudal medieval foi superado com o início do período absolutista, surgindo a partir deste ponto o Estado Moderno. O reconhecimento do princípio fundamental dos direitos das gentes que previa igualdade entre os estados foi resultado do Tratado de Paz de Westphalia, assinado em Münster na Alemanha em 1648.¹³

⁹ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 41.

¹⁰ *Ibid.*, p. 42.

¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67.

¹² *Ibid.*, p. 68.

¹³ MALISKA, Marcos Augusto. **Os desafios do estado moderno, federalismo e integração regional**. 2003. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba/Munique, 2003. p. 3.

As palavras de Maurizio Fioravanti ilustram o tema:

Durante o período compreendido entre os séculos XV e XVII os países europeus passaram por diversas transformações (políticas, econômicas, artísticas, tecnológicas etc.). Dessa forma, o Direito Medieval, caracterizado pela pluralidade de fontes (com normas ditadas por diversas instituições e sujeitos, tais como o Rei, a Igreja, as Corporações de Ofício, o Suserano etc.), pela forma legislativa, foi, pouco a pouco, entrando em crise, sobretudo diante da emergência da economia mercantilista (capitalista) e do deslocamento (ascensão) do homem ao centro de todo o pensamento e das relações sociais. O Direito Medieval já não oferecia mais respostas suficientes para as novas perguntas que não paravam de surgir e se mostrava impossibilitado de estabelecer a regulação da vida cotidiana e a paz social. Questões como a quem cabia a titularidade do poder soberano e se era o homem dotado de direitos inatos foram determinantes para a falência do direito medievo e para a ascensão do direito moderno.¹⁴

Neste período as Universidades começaram a estudar o Direito Romano como expressão de justiça, com caráter teórico e erudito lecionado pelos professores das Universidades aproximando-se daquele direito mais do que dos direitos positivos locais daquela época.¹⁵

Segundo René David:

A família de direito romano-germânico tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das Universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do Imperador Justiniano, uma ciência comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. O epíteto romano-germânico é escolhido para homenagear este esforço comum, desenvolvidos ao mesmo tempo nas Universidades dos países latinos e dos países germânicos.¹⁶

É neste contexto que ocorrem as grandes revoluções paradigmáticas da evolução do *juspositivismo* e, via de consequência o início da tradição do *civil law*, principalmente a Revolução Francesa de 1798, cujos eventos consistiram em uma legítima revolução intelectual com pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e principalmente o Estado e sua administração, influenciando também o

¹⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo, percorsi della storia e tendenze attuali**. Bari: Laterza & Figli, 2009. p. 5 *apud* GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 68-69.

¹⁶ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 46.

direito público, a organização dos sistemas jurídicos e até regras substantivas de direito processual.¹⁷

Grosso modo as revoluções significaram o rompimento de certos paradigmas evidenciando-se a valoração do direito natural e da razão e a ideia de que todos os indivíduos nascem iguais tendo igual direito a propriedade, a liberdade e a vida. Desta forma, os deveres do Estado frente ao indivíduo se aperfeiçoam levando ao surgimento do princípio da separação dos poderes.¹⁸

Destaca-se que na França, após a revolução, a separação dos poderes surge como forma de proteção do cidadão contra a Coroa que tinha o Judiciário como classe aristocrática a proteger seus interesses. Nesse contexto, o Parlamento francês surge no pós-revolução como defensor dos interesses da sociedade frente aos poderes até então dominantes, que mantinham laços espúrios entre si. Em razão disso, extensas codificações são editadas no intuito de limitar cada vez mais o poder do juiz.¹⁹

No período anterior a Revolução Francesa, a aplicação da lei dependia da atenção aos interesses das classes protegidas, agindo os juízes sem a necessária isenção dos julgamentos donde resulta a admissão dos conceitos de Montesquieu acerca da separação dos poderes com a imposição da distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário.²⁰

Aqui é possível traçar um paralelo com o *common law*, onde o juiz era tratado como se fosse um *oráculo do direito* ("oracles fo the Law"), sendo suas decisões prova viva da existência do direito, enquanto que no *civil law*, a concepção era dos juízes como seres inanimados ("Juges Inanimés") e conforme Montesquieu, o poder de julgar deveria ser "invisível e inexistente", tendo o juiz apenas como a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*) e a interpretação como mera declaração de uma norma preexiste aplicada meramente em um juízo lógico-dedutivo.²¹

¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁸ *Ibid.*, p. 69-70.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 41.

²⁰ *Ibid.*, p. 41-42.

²¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 27-28.

Daniel Mitidiero afirma que, paradoxalmente, "[...] essa teoria declaratória da jurisdição serviu concomitantemente para outorgar e para negar força vinculante às decisões dos juízes nessas diferentes tradições" e essas duas pressuposições que tornavam possível o *nobre sonho* tanto da segurança jurídica pelo juiz, quanto pelo legislador criaram um "verdadeiro pesadelo" das figuras mitológicas do *oracles of the law* e dos *Juges Inanimés*, deslocando o tema do plano do conhecimento para o plano da crença.²²

Tornando ao raciocínio, naquele período, um movimento científico se desenvolvia em contrapartida ao *iusnaturalismo*, através de várias escolas e movimentos positivistas. Segundo Andrés Bernal, em que pese essa variedade de movimentos, o positivismo possuía algumas características gerais e comuns a saber, senão vejamos: a) desconsideração das teorias metafísicas dentro do discurso científico do direito; b) a opinião de que o direito válido não está relacionado com direito justo; c) a consideração do Estado como única fonte de direito válido; d) a aceitação do monismo ao invés do dualismo jurídico (ex. um direito positivo e um direito natural), e) a reivindicação da expressão linguística determinável (escrita) como forma própria do direito (diferenciação de jurídico e moral).²³

No intuito de demonstrar a evolução do Direito como Ciência única (o Positivismo), unindo as tradições objeto do presente estudo, é mister demonstrar a origem e a evolução dessa pretensão de cientificidade, razão pela qual se fará um corte metodológico para adotar como marco teórico a obra *Positivismos Jurídicos* de Andrés Botero Bernal, e explicar, ainda que superficialmente, cada uma das principais escolas positivistas como se verá adiante.

1.1.2 A Exegese

Afirma Andrés Bernal que a primeira e mais criticada escola positivista é a Exegese, escola onde se identificavam três modelos de direitos: o historicismo,

²² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...**, p. 28.

²³ BERNAL, Andrés Botero. **Positivismos jurídicos (1800-1950)**: estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época. Bucaramanda, Colombia: Universidad Industrial de Santander, 2020. p. 29.

o individualismo e o estatualismo, cabendo aqui destacar que, no Historicismo os fundamentos do direito não estavam inseridos em uma lei do parlamento, nem mesmo nos direitos inalienáveis do indivíduo e sim na interpretação (e atualização) judicial de costumes e textos antigos que são convertidos em ritos (ou mitos) do sistema ao longo da história. Ocorre que este historicismo, ainda influenciado pelo Antigo Regime, gerou uma reação contrária através do *jusnaturalismo racionalista*, em face do modelo político dominante.²⁴

Percebe-se no historicismo uma similaridade com a tradição do *common law*, e de fato, as várias tribos da Europa continental se utilizavam dos costumes não escritos, ou antigos textos, na resolução dos seus conflitos antes da evolução do direito romano-germânico.

O Antigo Regime começou a ser corrompido internamente a partir do século XVI, e com maior força, a partir do século XVII, graças ao surgimento de ideias muito semelhantes em várias áreas: 1) na filosofia com a ideia de indivíduos (*res cogitans*) autônomos do mundo (*res extensa*); 2) na teologia pela concepção de um indivíduo autônomo, com plena consciência e responsável diretamente por ela desde uma percepção interna, o que deu lugar ao discurso progressivo de tolerância religiosa; 3) no direito e na política, a partir de um indivíduo com vontade autônoma, através do qual as fontes de obrigações jurídicas e políticas já não podiam seguir baseadas na natureza das coisas, e sim na vontade, ou seja, é o surgimento do individualismo e do contratualismo que serviu inclusive como argumento contra a escravidão, por não ser fruto de uma convenção voluntária do indivíduo; 4) e na economia, com a ideia de um indivíduo autônomo que rege seu próprio destino sobre sua propriedade privada, ou seja, o capitalismo.²⁵

Aqui surge uma figura emblemática na construção da exegética positivista: Jean-Jacques Rousseau e sua obra O Contrato Social de 1755, lançando as bases do pensamento revolucionário francês afirmava que no estado civil, o governo surge fruto, mais da necessidade que de um contrato, para regular os conflitos dos indivíduos e para proteger a desigualdade favorável aos ricos e poderosos.²⁶ "[...] desde su

²⁴ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 41.

²⁵ BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*

²⁶ *Ibid.*, p. 44

*modelo racional– la ley es ante todo la voluntad general, y es, por tanto, soberana, idea inmediatamente anterior a la afirmación de que la ley (del Estado), por ser soberana, es de estricto cumplimiento y observancia, esto es, la EXÉGESIS".*²⁷

Sobre as bases do constitucionalismo liberal moderno, é que se fundamenta e legitima a democracia como consagra a obra de Rousseau, organizando a ideia de que a soberania deve estar nas mãos do povo, como ideais de liberdade e igualdade²⁸, sendo o autor que deu fundamento teórico para a Revolução Francesa e com ele, o pensamento ocidental sobre o Estado Moderno passou por grandes transformações, quiçá as mais significativas desde a cristianização.²⁹

Miguel Godoy destaca que a contribuição de Rousseau para a formação do Estado Moderno, como reivindicação da soberania popular, funda o caráter democrático do Estado, cuja característica era até então, ausente ou incipiente. A partir deste ponto, caberia ao povo a tarefa de se auto legislar, ou seja, inaugurar a ordem normativa em forma de Constituição que regeria a sociedade. Era a conjugação entre o constitucionalismo³⁰ e a democracia³¹.

Melhor explicando, para que os indivíduos pudessem viver em sociedade (*estado civil*), segundo os ideais iluministas, o povo, que é a somatória das vontades particulares dando lugar a *vontade geral*, entrega a sua parcela de soberania para a nação, seja em virtude da necessidade, ou pelo voto, ou ainda, pelo contrato social, ou seja, uma unidade indivisível e consolidada que transcende aos indivíduos e ao tempo. Assim, tanto o povo como a nação cedem sua soberania ao Estado, a quem é dado expedir a lei soberana a qual os juristas devem submissão.

²⁷ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 47

²⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

²⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *Op. cit.*, p. 21.

³⁰ Evidentemente que não se trata do mesmo constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra, mas uma gênese, um início ainda insipiente, mas basilar.

³¹ GODOY, Miguel Gualano. *Op. cit.*, p. 37/38: "[...] se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras sejam respeitadas, daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. Daí pensar que a conjugação constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base: soberania popular e poder constituinte."

Observa-se aqui uma tensão entre a razão e a política, ou seja, entre o Direito e a "vontade". Isso porque, desde o Antigo Regime houve contínuas expressões jurídicas baseadas na vontade política indireta com o rei ordenando algo que segue a "vontade de Deus", ou direta, quando se trata da vontade soberana própria das monarquias absolutistas, ou ainda, muitas vezes, pelas práticas jurídicas consuetudinárias, também chamadas de direito espontâneo, no intuito de defender-se das práticas políticas de seus governantes, se baseando no fato de que o costume teria sido a "vontade do povo expressa na história", ou a "vontade de Deus" que se expressa na história de um povo, o que demonstra a complexidade da questão da nebulosa fronteira entre o direito como razão ou o direito como vontade.³²

A questão a ser respondida era: se o direito passa a ser visto como "vontade", de quem era essa vontade, em uma época em que ela (a vontade) era o fundamento metafísico de todo o sistema e o Estado acabou substituindo-a, do rei absolutista, pela vontade da Lei/código, que era a concretização da "vontade geral"? Acrescenta-se a isso o fato de que este rei do absolutismo, já havia substituído a vontade de Deus durante os séculos XVII e XVIII.

Nesta medida, na segunda metade do Séc. XIX, o debate acerca da vontade se acirra, donde se discute então o que é "vontade geral", "vontade democrática", "vontade objetivada e racionalizada"; trata-se da busca de um sentido por traz das palavras da lei através da interpretação do sistema eleitoral e regras do debate parlamentar e de uma dupla ficção sobre a vontade: 1) política-democrática (vontade soberana é a da maioria); 2) hermenêutica-lógica (a vontade permite a plenitude hermenêutica do direito): "*La soberanía pasa del individuo a la sociedad, de la sociedad al Estado, del Estado al legislador y del legislador a la ley. La ley estatal se vuelve soberana, indiscutible (§31). Nace así el movimiento de intérpretes del Código Civil, que, ya en el siglo XX, será denominado EXÉGESIS*".³³

Este último conceito de "vontade geral", permitiu concluir ser expressão da democracia do povo francês, no momento de eleger seus representantes no Congresso, ou Assembleia legislativa, ou seja, a equiparação da "vontade geral" com a "vontade

³² BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 48.

³³ *Ibid.*, p. 49-50.

da maioria eleitoral" ou ainda, "vontade democrática", atrelado a um sentido objetivo por traz das palavras da lei, sendo dever do intérprete, descortinar qual é o sentido que está além da palavra escrita, vez que a norma é vontade objetiva racionalizada.

Em uma visão iluminista poder-se-ia dizer que, se o único que recebia a soberania de forma privilegiada, pelo *contrato social* de um lado, e de outro pelo voto, era o legislador, a lei poderia ser dita duplamente soberana porque: 1) o indivíduo cede soberania ao povo, este ao Estado que, por sua vez, entrega ao legislador que faz a lei, ou seja, a lei é vontade soberana; 2) o povo elege os legisladores com um mandato de representação, razão pela qual a lei é obrigatória para o povo, da mesma maneira que para aquele que foi eleito.³⁴

É justamente por isso que a Escola da Exegese entendia que, se a lei é soberana, só poderia ser cumprida e não interpretada, principalmente se por interpretação entendermos reconstrução, ou ainda criação de uma norma fora da vontade do legislador, razão pela qual, se o direito é fruto de uma vontade política soberana, o juiz e o professor são meros aplicadores, comentadores ou oradores, eximindo-os de responsabilidade, uma vez que "*dura lex, sed lex*".

Em se considerando os ideais revolucionário de *liberdade*, onde o indivíduo ciente do que pode e o que não poder fazer, se torna livre de represálias; considerando a *igualdade* formal pois, se a norma é a mesma para todos, eliminam-se as hierarquias estamentais e o complexo pluralismo jurídico do Antigo Regime; e considerando a fraternidade, vez que, se todos conhecem as normas sabendo até onde se pode ir sem transgredir o direito alheio, surge a irmandade em prol da realização da vontade geral, o direito passa de casuístico e espontâneo, para a generalidade uniformizante e ao voluntarismo político do liberalismo, e a concretização do mundo jurídico, da ideia político-burguesa de liberdade formal seria o Código, ou seja, um conjunto ordenado, sistematizado, totalizante e racional de disposições relativas à determinada matéria.³⁵

Contudo, o grande defeito deste Estado liberal era considerar que o legislador seria um órgão mais jurídico do que político, atento as necessidade sociais, para criar ou reformar o direito com racionalidade e justiça, já que eleito por uma maioria

³⁴ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 57.

³⁵ *Ibid.*, p. 59.

responsável politicamente, o que de fato não era verdade, pois essa hiper centralidade da lei, através da codificação, levou a um formalismo jurídico resultando em três perigosos efeitos: 1) desconhecimento, por parte da lei, das circunstâncias sociais, políticas e econômicas que o direito deveria canalizar para possibilitar a convivência, face a sua generalidade, imparcialidade e abstração das leis; 2) a desatualização rápida das normas positivas, agravada pela ausência de um legislador atento; 3) extrema concentração do poder, graças ao direito, no Estado, de forma geral, e no executivo em particular que podia (como ainda pode) fazer colapsar a política e a sociedade, caso considere que todos os problemas sociais são assuntos de Estado, e a economia caso guiada por ele (o Estado).³⁶

Ainda é importante ressaltar algumas estratégias que surgiram na implementação desta nova cultura legicentrista-codificada, no jurídico e estatalista campo político: 1) consolidação da justiça como atributo do Estado, tendo os juízes como funcionários submetidos ao controle desse Estado; 2) a reconstrução do tipo penal de prevaricação de maneira tal que o juiz que não seguisse o código, poderia ser visto como um verdadeiro traidor; 3) a diminuição, ou até eliminação, da justiça estamental corporativista dos juízes leigos e dos processos judiciais sem registro escrito; 4) o fortalecimento da justiça estatal, fundamentalmente letrada ou profissional, com divisão hierárquica, propiciando, além das carreiras jurídicas, a revisão das decisões em graus de recurso e alçada; 5) a progressiva especialização da linguagem e do saber jurídico; 6) a reconstrução do tribunal de cassação, convertido em tribunal extraordinário de revisão dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais; 7) a exigência de motivação escrita das sentenças, com o apontamento da lei aplicada ao caso concreto; 8) a reforma dos estudos jurídicos, primeiro fazendo com que os currículos de formação estivessem sob o controle estatal para garantir o cumprimento da nova política pública de transformação da cultura jurídica e, também, garantindo às universidades, o monopólio da formação dos futuros advogados; 9) a instauração e uma perspectiva legicentrista (Exegese), como marco teórico da formação dos futuros advogados com amparo no

³⁶ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 61.

direito romano Justiniano, com a aproximação do juiz à lei soberana, como uma teoria geral do direito através do nascimento do positivismo jurídico.³⁷

A Escola da Exegese pode ser dividida em três etapas: 1) a primeira dos instauradores, envolvidos ao ambiente do recém editado Código de 1804, entendido como um sistema harmonioso e geométrico, em sua maioria se declarando jusnaturalistas. Nesta primeira etapa, pode-se ver que as ambições doutrinárias dos autores foram bem mais limitadas; 2) a segunda etapa veio com a *Restauração*, que não desejava a continuidade das reformas napoleônicas e, quando da Revolução de 1830, reapareceu com vigor, sendo este o auge do movimento; 3) na terceira etapa, a partir dos anos 70 do século XIX, iniciou-se um progressivo declive, ainda que a produção doutrinária seguisse tendo sua importância. E foi na última década do século XIX que surgiram os exegetas mais radicais, com a necessidade de se buscar a "vontade do legislador", o "espírito da lei", por meio de um legislador mítico, sem referência histórica concreta, no intuito de dar alguma resposta aos problemas jurídicos daquele momento, que não se resolviam mais na literalidade da normal codificada.³⁸

A bem da verdade, a Exegese, com seu extremo formalismo e apego ao código, em que pese toda sua contribuição na construção do positivismo, acabou por sofrer reações antiexegéticas e antiformalistas, como sendo o fundamento de estados totalitários, resultando em duras críticas inclusive ao positivismo jurídico.

Longe de querer esgotar o tema, é possível afirmar que a Exegética é a primeira escola positivista, nascida na França, de intérpretes do Código Civil e, em contrapartida a este pensamento exegético francês, codificado, dogmático, com prática acadêmica de viés profissionalizante, surge o modelo germânico, desenvolvido em outra perspectiva, voltado para a hermenêutica estimulada também pela Reforma Protestante, pela filosofia e história, numa visão científica do estudo do Direito.³⁹

³⁷ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 64.

³⁸ *Ibid.*, p. 68.

³⁹ "La exégesis no solo decayó por los problemas históricos y sociales ya vistos, sino también por la presión ejercida por la reacción académica alemana. Resulta que durante el siglo xix en Alemania surgieron varias escuelas, entrelazadas entre sí por las redes de profesor-discípulo y de colegas, con instrumentos propios de expresión (monografías, revistas, enciclopédias y diccionarios jurídicos), con ocasión del modelo universitario adoptado en ese país. En primer lugar, como reacción al modelo profesionalizante en términos generales, y al legiscentrismo exegético en concreto, para las facultades de jurisprudencia se sugirió en tierras germanas la imperiosa necesidad de una universidad científica, esto es, para lo que nos atañe (las facultades de derecho), un modelo

Como dito, a Exegese sofreu um declínio em razão de problemas históricos e sociais, mas muito influenciado por uma resposta alemã ao modelo profissionalizante francês, ao formalismo, ao legicentrismo exegético, o que ocorreu através do desenvolvimento de várias escolas positivistas em solo germânico, como se verá adiante.

1.2 A CONTRAPARTIDA ALEMÃ E O POSITIVISMO CIENTÍFICO.

Como se observou anteriormente, a escola exegética francesa, codificada, com caráter eminentemente profissionalizante, influenciada também pelo Direito Canônico excessivamente dogmático e formalista, após a queda do Sacro Império Romano-germânico, provocou uma vigorosa reação antiformalista das escolas de jurisprudência⁴⁰ alemãs.

Ao contrário do que ocorreu na França, a reforma protestante trouxe em seu bojo a tradução, publicação e a popularização dos textos bíblicos com uma profunda mudança de paradigma do dogmatismo católico para a hermenêutica protestante, com influência na filosofia, na história, na sociologia e não foi diferente no direito.⁴¹

O direito, mais do que a simples descrição da norma escrita, passa a ser ensinado nas universidades através de um discurso dos professores, direcionado para a construção de um código segundo o Espírito do povo alemão (*Volksgeist*), entendendo que um bom sistema jurídico não era simplesmente aquele que surgiria da razão individual, como queriam os racionalistas e iluministas, mas sim, das forças coletivas solidificadas ao longo de gerações, dando unidade e identidade ao povo.⁴²

universitario que no se centraba tanto en la formación profesional y en la norma eficaz ante los jueces (como era en el modelo francés de ese entonces), como sí en teorías científicas sobre qué debía ser derecho. Es decir, el derecho enseñado antes que norma positiva era el discurso de los profesores encaminados especialmente a la construcción de un código civil, considerado por la Europa de aquel entonces como sinónimo de progreso y civilización, código que debía ser hecho según el espíritu del pueblo o Volksgeist." (BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 114).

⁴⁰ Destaca-se que a expressão Jurisprudência aqui tratada e que será utilizada ao longo de boa parte do texto se refere a designação do discurso científico-universitário do direito alemão, não podendo ser confundido com outras concepções semânticas utilizadas no mundo jurídico. Aurélio Viana e Dierle Nunes afirmam que "A palavra 'jurisprudência' é utilizada frequentemente em pelo menos três sentidos distintos, a saber, jurisprudência como estudo do direito, jurisprudência como pareceres dos juriconsultos e, por fim, jurisprudência como significado de conjunto de decisões." (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 27, nota 8).

⁴¹ Vem em Max Weber, a profusão de escolas de teologia após a reforma protestante e o impacto da interpretação dos textos bíblicos na construção do Estado moderno. (WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Edipro, 2020).

⁴² BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*

Por essa razão, na Alemanha, entendia-se que a codificação deveria ser posterior a atividade acadêmica, ou seja, em primeiro lugar, a prática do discurso dos professores acadêmicos (*Juristenrecht*), acerca do "espírito do povo" e, depois disso, a codificação das leis, de maneira tal que o discurso jurídico científico desenvolvido nas faculdades de direito, carregasse consigo finalidades políticas de criar uma unidade jurídica posterior a uma construção nacionalista-germânica, adaptável às circunstâncias políticas do momento.

Veja-se que esta ideia nacionalista, do "espírito do povo", se refletiu nas universidades, na sociedade, que no Séc. XIX reclamava uma identidade nacionalista, e na política, justificando o desejo da construção de um Estado-Nação alemão, a partir de um coletivo de principados e reinos que se uniram para fazer frente às outras potências europeias, principalmente a França.⁴³

Assim, "se o direito desejava ser considerado como um saber sério, devia ser científico; portanto, os professores deveriam ser cientistas, e os cientistas, para serem reconhecidos como tal, deveriam ser positivistas, pois a ciência era o positivismo"⁴⁴, o que fez desenvolver na Alemanha, algumas das principais Escolas Positivistas.

Cabe ressaltar que tais escolas, ainda que se reconheça sua pretensão científicista, eram recheadas de alusões ao direito natural, à justiça e construções políticas, o que mais tarde, levou Kelsen a desenvolver um positivismo puro⁴⁵, convertendo-se em um dos mais importantes filósofos do direito contemporâneo, fonte de debates até os dias atuais.

As principais escolas positivistas alemãs foram a Escola Histórica, a Jurisprudência de Conceitos (ou Dogmática), a Jurisprudência de Interesses, a Jurisprudência de Direto Livre, o Antiformalismo Francês e o Socialismo Jurídico.

É importante destacar que, a evolução da tradição do *civil law*, trouxe em seu bojo o desenvolvimento do Direito como ciência a qual se convencionou chamar de *positivismo*, com várias escolas que se desenvolveram a partir dos debates filosóficos e

⁴³ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 115.

⁴⁴ Tradução livre para: "[...] si el derecho deseaba ser considerado como un saber serio, debía ser científico; por tanto, los profesores debían ser científicos, y los científicos, para ser reconocidos como tal, debían ser positivistas, pues la ciencia era positivismo." (BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*).

⁴⁵ Ver: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

jurídicos da época, ciência esta, que é objeto comum de debate entre as famílias jurídicas mais relevantes do mundo até os dias atuais.

Sem a pretensão de aprofundar em cada uma das escolas positivistas alemãs, para melhor intelecção do tema, é necessário ao menos pontuar as principais características individualmente, senão vejamos:

1.2.1 Escola História

Trata-se da primeira escola positivista alemã, um movimento idealista-organicista, que percebia o direito a partir de entidades metafísicas (*Volksgeist*) e observava o coletivo, e o individual, entrelaçados como um conjunto orgânico vivo; tal movimento era considerado romântico, pois transportava para o mundo uma determinada concepção de homem, e de nação, como ente ideal ou espiritual; antiliberal, por entender que o Código de Napoleão, fruto de um odiado ideário revolucionário, não poderia ser recebido na Alemanha, pois não respondia ao "espírito do povo alemão", pondo em evidência o conteúdo político da teoria e, finalmente, positivista científico, pois o código alemão não só deveria ter conotações jurídico-científicas, como também político-nacionalistas.⁴⁶

O maior expoente e precursor da Escola História, também chamada *pandectística*, foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) que considerava que cada Estado-nação deveria respeitar o espírito de seu próprio povo, desenvolvendo um rol fundamental na construção do modelo científico-universitário, no que diz respeito ao direito, que permitiu criar uma escola em sentido estrito, com suas redes de professores-discípulos, na reinterpretação do direito romano como sistema-base do discurso científico-universitário e do futuro do direito privado, resultando na instauração do *mos germanicus*.⁴⁷

⁴⁶ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 117

⁴⁷ Tradução livre de: "*De esta forma, Savigny jugó un rol fundamental en la construcción del modelo científico-universitario, en lo que concierne al derecho, que permitió crear una escuela en sentido estricto con sus redes de profesor-discípulo, en la reinterpretación del derecho romano como sistema-base del discurso científico-universitario y del futuro derecho privado, lo que implicó la instauración del mos germanicus.*" (*Ibid.*, p. 119).

Foi na Escola Histórica, e.g., com base nos dogmas de Savigny, que se desenvolveram os tipos de interpretação jurídica, quais sejam, a gramatical, a literal, a lógica, a histórica e a sistemática, tendo importante relevância até os dias atuais.

Contudo, ainda que pautada no racionalismo, guardava fortes raízes metafísicas, o que foi objeto de críticas, vez que a meta do pensamento científico passou a ser a busca por um direito mais geral e abstrato, o que começa a se desenvolver na próxima escola, a Jurisprudência de Conceitos, como se verá adiante.

1.2.2 A Jurisprudência de Conceitos (Dogmática)

Jurisprudência de conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), conhecida como Dogmática pela escola jurídica, era o discurso científico que considerava que o principal trabalho do acadêmico era a formulação, ou a descoberta, dos conceitos e dos dogmas básicos do que seriam os fundamentos de um futuro direito alemão, através da aplicação do método lógico-dedutivo, em conjunto com o modelo hermenêutico, donde o direito positivo era entendido como resultado da dedução lógica, dos principais conceitos estudados pela ciência jurídica.⁴⁸

Vem desta escola o modelo muito usado até hoje no estudo do Direito, de se utilizar a relação de gênero e espécie, de forma hierárquica na explicação de conceitos jurídicos, partindo-se do mais geral para o mais específico. Contudo, foi criticada pois embora racional, não dava o devido valor à prática dos juízes, advogado e professores.

Andrés Bernal afirma que a jurisprudência de conceitos foi considerada formalista, ainda que não no mesmo sentido da Exegese francesa, pois fez do direito um exercício esquemático, metódico e sistemático, contudo, justamente por isso, afastou o direito da realidade social.⁴⁹

1.2.3 A Jurisprudência de Interesses

Esta escola, segundo Bernal, foi bastante heterogênea, podendo ser dividida em dois grupos principais: o normativista-judicial que afirmava que toda norma é

⁴⁸ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 124.

fruto do interesse do legislador, não podendo, nem o juiz, nem o cientista, ao exercerem suas tarefas, perder de vista o componente normativista; e outro científico-social (*jurisprudência social*) que propôs uma ressignificação do que devia ser a *Dogmática*, considerando que a atividade interpretativa era eminentemente criativa e focada no social.⁵⁰

A jurisprudência de interesses, neste segundo grupo, concentrou-se muito nos estudos da nova classe social dos trabalhadores ou proletariado, traduzindo-se numa espécie de sociologia jurídica, promovendo o desenvolvimento de um novo *Estado Social de Direito*, já no final do séc. XIX e início do séc. XX, influenciando o surgimento do *socialismo* e no *marxismo* da época, reclamando profundas modificações econômicas e políticas. Naquela época, em todos os cantos da Europa, estava em ebulição a crítica ao modelo tradicional individualista burguês, que se apoiava em um sistema jurídico abstrato que dava as costas aos problemas sociais mais agudos.

Vale ressaltar que já surgiam neste período os movimentos antiformalistas e, da mesma forma que a *jurisprudência de interesses* enfrentava a *dogmática*, para fundamentar um direito social na Alemanha, na França os antiformalistas enfrentavam a Escola Exegética para propor soluções parecidas.

1.2.4 A Jurisprudência do Direito Livre, o Antiformalismo Francês e o Socialismo Jurídico

Como se pode notar até aqui, cada escola positivista que se sucedia, tinha como base de oposição a escola imediatamente anterior, de maneira tal que a ciência positivista foi sendo construída a partir de suas próprias bases filosóficas e científicas.

A Jurisprudência do Direito Livre teve seu maior desenvolvimento a partir do início do Séc. XX, partindo de um considerável descontentamento com o formalismo do direito positivo e, como solução, propôs uma abertura do direito, através de trabalhos destinados a demonstrar que o direito não se restringe a lei, e que sua importância não está, tanto como se acreditava, apenas no campo jurídico, principalmente quando se tomava como lei, nada mais do que a opinião de um intérprete sobre um texto

⁵⁰ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 126-129.

normativo, razão pela qual, se defendia a pluralidade de fontes jurídicas, a produção normativa com conceitos abertos (boa-fé, justa causa, força maior, abuso de direito, *bonus pater familiae*), ampliando a atuação do julgador, que para esta escola, toma o lugar do legislador como principal ator do direito.⁵¹

Defendia-se que o novo jurista deveria estar atento às mudanças sociais e econômicas, tendo o direito como resposta a tais mudanças, superando o individualismo do direito privado estagnado, aceitando esta mudança de paradigma a partir da solidariedade como princípio condutor.

O juiz passa a ser visto como o condutor da comunicação entre a realidade e o direito, corrigindo a norma legislativa, conectando-a com a vida em constante movimento e, através de suas sentenças, fazendo com que o direito tenha sentido para a sociedade, defendendo a discricionariedade judicial.⁵²

Segundo Bernal, aqui surge um filósofo de destaque chamado François Géný, insurgindo-se contra os atrasos do formalismo exegeta e a desatualização dos textos normativos, que ficaram estagnados no tempo, a necessidade de uma revolução nas fontes jurídicas, assim como no método de sua compreensão, basicamente através da revitalização dos princípios gerais do direito, a partir de duas perspectivas: a) o princípio da economia proposto por Ihering, mediante o qual a base de um bom sistema jurídico deve ser o mais reduzido possível, o que somente seria capaz através de normas muito gerais, o que permitiria ter uma melhor visão do conjunto, um ordenamento que não estaria tão sujeito a obsolescência; b) por outro lado, uma justiça objetiva, vez que as chamadas normas-base, ou princípios que se sobrepõem a lei/código, seriam extraídos intuitivamente da razão e da consciência moral, a partir na natureza e da instituição jurídica, conforme o contexto social e político vigente. Neste contexto, a lei codificada deixa de ser fonte principal para ser fonte acessória, para o cumprimento do direito, em conformidade com uma corrente jusnaturalista principiológica exegeta.⁵³

Ao mesmo tempo que a Jurisprudência do Direito Livre e o Antiformalismo Frances, surge em toda a Europa principalmente na França, Alemanha e Itália outro

⁵¹ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 132.

⁵² *Ibid.*, p. 133.

⁵³ *Ibid.*, p. 134.

movimento, também antiformalista, denominado Socialismo Jurídico ou Escola Social do Direito, como reflexo da consolidação do capitalismo e do industrialismo, que trouxeram novas problemáticas sociais, às quais o direito tradicional já não dava respostas, pois havia sido concebido sobre outros paradigmas, em uma sociedade mais agrária que urbana, mais entre amos e servos do que entre patrões e empregados, cuja filosofia era a proteção aos direitos subjetivos principalmente a propriedade.⁵⁴

Foram estas reflexões que levaram ao desenvolvimento de posturas críticas como o marxismo e ao surgimento de legislações mais sociais, sendo o Socialismo Jurídico, o fator de união entre os juristas de ambas as escolas com o objetivo de criar um direito mais social do que academicista.

Disso tudo, considerando que estas escolas antiformalistas também podem ser classificadas como positivistas, face sua pretensão científica, se pode extrair algumas conclusões a saber: 1) por fazerem oposição ao legicentrismo, se pode dizer que a desconstrução da Escola Exegética se iniciou dentro do positivismo; 2) esta pretensão de cientificidade em grande medida se viu cumprida com a edição do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900, com recurso de um século de produções acadêmicas alemãs, cumprindo-se o sonho de Savigny, de um código desenvolvido por uma academia jurídica cultivada dentro das universidades, com evidente acento nacionalista; 3) sem a escola alemã não se poderia falar em um discurso científico do direito, de fundamental importância para o direito atual e como tal, também deve ser classificada como positivista; 4) tais escolas foram a fundação sobre a qual se construiu tanto o estruturalismo quanto o funcionalismo do Séc. XX, que subsiste até os dias atuais na relação entre direito, ciência e universidade.⁵⁵

No próximo item, se passará analisar o positivismo jurídico sob a perspectiva do *common law* ou, como dito alhures, sob o viés do juiz que atribui sentido a cria a norma a partir da interpretação da lei e dos precedentes, mas não sem antes investigar a origem desta tradição, conforme se passa a expor.

⁵⁴ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 136.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 140.

1.3 O *COMMON LAW* E O POSITIVISMO INGLÊS

1.3.1 As Raízes da Tradição Jurídica Inglesa

Segundo René David, para o direito inglês, mais do que para o direito francês, "[...] o conhecimento da História é indispensável [...]" pois o jurista inglês entende que o direito é produto de uma longa evolução que não sofreu grandes alterações, orgulhando-se "[...] desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova do grande saber da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e da qualidade correspondentes os juristas e do povo inglês.⁵⁶

Aurélio Viana e Dierle Nunes afirmam que existem várias acepções para a expressão *common law*, sendo a primeira em sentido próprio como 'direito comum' nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cujas cortes foram constituídas pelo Rei e estavam diretamente subordinadas a ele, desenvolvido ao longo dos Séc. XI e XIII; contudo, se a expressão for utilizada em oposição ao *statute law* (direito legislado), incluiria além do *common law*, do direito canônico e direito comercial, a *equity* que é um sistema diferente.⁵⁷

Os Tribunais de Westminster elaboraram um novo direito, um direito comum para toda a Inglaterra chamado de *comune ley* ou *common law*, retirando seus elementos dos costumes locais como em uma obra de "síntese" ou "seleção", construída de decisão em decisão através da prática judiciária de seus tribunais, apresentada essencialmente como um produto da razão. "A esta obra da razão assinalar-se-á mais tarde, como fundamento, um pretense *costume geral imemorial do Reino*, do qual os juízes reais seriam os oráculos".⁵⁸

Desde o Séc. I ao Séc. V d.C, a Inglaterra integrava o Império Romano, havendo relatos de que o direito anglo-saxônico se inicia com a conversão ao cristianismo, no final do Séc. VI, contudo, a romanização não deixou vestígios de relevo no direito, na língua e em outras instituições dos períodos seguintes, ou seja, até o ano 1000,

⁵⁶ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 344.

⁵⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 37-38, nota n.º 42.

⁵⁸ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 340.

conviviam normas de diversas origens, aplicando-se também os costumes locais, sendo apenas a partir do ano 1066, com a conquista dos normandos, o início da unificação do direito.⁵⁹

William Soares Pugliese afirma, que com o fim da Idade Média, a Inglaterra passou a desenvolver um sistema judicial diferente dos demais países da Europa Continental, vez que os tribunais não ficavam do lado da realeza nas disputas travadas entre a coroa e o parlamento, já que as investidas reais foram barradas pelos magistrados que impendiam a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pelo direito aplicado de forma costumeira no território inglês (*Law of the land*). Com a queda da linhagem dos Stuart, o *common law* ganhou ainda mais força, visto como o mais alto produto desde muitas gerações, com força para conter até o poder de uma realeza autoritária.⁶⁰

Para Andrés Botero Bernal, assim como a Exegese glorificava o legislador e o comentador da lei, e as escolas alemãs, da mesma forma consideravam o professor-tratadista, a *common law* faz com o juiz, que descobre na história judicial o mandamento aplicável ao caso concreto no seu julgamento, em uma clara aproximação do modelo historicista mencionado no capítulo anterior, porém, ao contrário dos outros modelos, não houve no anglo-saxão, a ruptura com a tradição historicista.⁶¹

René David divide a história do direito inglês em quatro períodos principais: 1) o primeiro é anterior a conquista normanda em 1066; 2) o segundo vai de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors em 1485 onde ocorre a efetiva formação do *common law*, impondo-se como direito novo em oposição aos costumes das tribos locais; 3) o terceiro período vai de 1485 até 1832 e é marcado pelo desenvolvimento do *common law*, no entanto, houve um outro sistema complementar e possivelmente rival (*equity*), com quem teve que se comprometer; 4) o quarto período se inicia em

⁵⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 39.

⁶⁰ PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 113.

⁶¹ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 154.

1832 que continua até os dias atuais⁶² adaptando-se em uma sociedade cada vez mais dirigida pela administração.⁶³

Estefânia Maria de Queiroz Barboza põe luz no tema:

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juizes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significa o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para o outro. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*.⁶⁴

Segundo Van Caenegem, a Inglaterra não se utilizou do modelo romano-germânico vez que o *common law* surgiu e se fortificou diante da necessidade da proteção jurídica eficaz da propriedade no feudalismo, impactado pelo desenvolvimento desenfreado do capitalismo. A modernização do Direito inglês através de reformas realizadas no reinado de Henrique II, "[...] com sucesso tão amplo e imediato, que, nos séculos seguintes, quando o modelo neorromano tornou-se disponível, não foi sentida a necessidade de renunciar ao sistema nativo".⁶⁵

Afirma Van Caenegem:

Apenas o governo central podia lidar com a situação, mas para o que ele podia se voltar? Não para o Direito romano e o processo romano-canônico, pois era muito cedo, já que nem mesmo os tribunais da Igreja haviam adotado o novo estilo no tempo do rei Henrique. As escolas ainda estavam ocupadas elaborando os primeiros passos daquilo que, em séculos posteriores, conduziria a uma triunfal conquista do Continente. No caso, nenhum transplante jurídico poderia ter qualquer utilidade e, portanto, usar e reformular o material existente até transformá-lo em algo novo e adequado era a única resposta. Isto significava a judicialização dos mandados régios, especialmente os destinados

⁶² Não se desconhece o fato de que o livro está desatualizado e não menciona a reforma do direito inglês ocorrida em 1990, bem como a instituição de um novo Código de Processo Civil em 1998 e a reorganização de todo o judiciário inglês dos anos 2000 que mudou a configuração da *House of Lords*, instituindo a *Supreme Corto f the United Kingdom* em substituição da *Appelante Committee*. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 40, nota n.º 52).

⁶³ DAVID, René. *Op. cit.*, p. 331.

⁶⁴ BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 41.

⁶⁵ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Op. cit.*, p. 80.

a proteção da propriedade da terra, de modo que as pessoas pudessem contar com sua colheita seguinte. Significava também o uso sistemático do júri, ao qual se recorria ocasionalmente em uma variedade de circunstâncias. Finalmente, significava a criação de um corpo central de juízes reais, fixados em lugar determinado. Assim, o judiciário e um corpo de Direito modernizados e, para a época, satisfatórios passaram a existir, livres da influência do Direito romano.⁶⁶

Mais tarde, a *equity* surge como oposição ao *common law*, a partir da percepção das deficiências desse modelo, em razão dos obstáculos existentes nos Tribunais de Westminster, com a possibilidade da modificação do resultado de um caso através da utilização de um recurso direto ao rei, que era fonte de justiça e, como tal, deveria impedir o seu mau funcionamento no reino, aplicando a moral no lugar do direito estrito caracterizado pelo extremo formalismo. "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)".⁶⁷

Duas figuras de relevo surgem para refrear esse abalo sofrido no *common law*: Edward Coke que em 1628 com a obra *Institutes of the laws of England* trouxe uma proposta de organização do direito inglês, estimulando os juízes a não recorrerem as outras fontes que não a compilação de casos, atribuindo ao *common law*, através da atuação dos juízes, o dever de controlar os atos do Parlamento.

Segundo a tradição jurídica representada por Blackstone, com os *Commentaries on the Laws of England* de 1765 a 1769⁶⁸, para o *common law* daquela época, o direito não se esgotava nos precedentes vez que se manifestava também nas ordens do soberano (rei ou Parlamento), dependendo do caso, com normas que expressavam a vontade política, porém, a força vinculante do direito, que se revela mais contundente é o costume judicial, ou sistema de precedentes, que não possui uma "vontade" especificamente. Tal sistema, segundo a sua tradição, é preexistente aos juízes que aplicam e dão forma ao comando resgatado da história, atendendo a justiça

⁶⁶ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Op. cit.*, p. 81-82.

⁶⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 49-50.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 51-52.

expressa no tempo de acordo com as necessidades da comunidade, atualizando o direito do passado e evitando o dogmatismo e a estagnação do sistema jurídico.⁶⁹

Nesta toada, quanto à função da norma: enquanto para o sistema jurídico continental, romano-germânico ou codificado, trata-se de um guia para a ação ou comportamento futuro em razão da necessidade dos cidadãos pautarem seu comportamento *a priori*, baseando em juízos exegetas ou hermeneutas sobre o sentido dos enunciados presentes na norma, cujo sentido deve ser seguido também pelos juízes em suas decisões; no *common law*, a norma positiva é estabelecida fundamentalmente pelo juiz, de maneira que possam julgar as condutas já praticadas *a posteriori*, cuja sentença possa ser lida e reconstruída posteriormente por outro juiz e, por sua vez, o cidadão que queira derivar seu comportamento com base na norma positiva deverá fazer um juízo de previsibilidade sobre a forma como o juiz analisaria sua conduta.⁷⁰

Feito este breve relato sobre a origem do direito inglês e a importância do precedente judicial na sua formação, volta-se novamente ao objetivo do presente trabalho que é identificar o viés positivista científico no *common law*, conforme feito no capítulo anterior com o *civil law*, o que se fará retornando ao corte metodológico através da obra de Andrés Botero Bernal, conforme se verá a partir do próximo tópico.

1.3.2 Entre Bentham e Austin

Como tem sido defendido no presente ensaio, fato que é de extrema relevância para a compreensão da aproximação entre as tradições ora abordadas, o pensamento filosófico do juspositivismo se desenvolveu paralelamente entre as famílias, como se houvesse uma busca comum da construção de uma teoria científica do direito que, por fim, resultou na base científica objeto de estudo nas duas tradições jurídicas em discussão.

Dois jusfilósofos ingleses que engrossaram o debate acerca da jurisprudência analítica e utilitarista foram Jeremy Bentham e John Austin.

⁶⁹ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 155.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 156.

Bentham era reconhecido por ser um grande crítico das instituições sociopolíticas inglesas, defendendo que o maior problema do *common law*, representado na obra de Blackstone, é se apresentar como uma doutrina jusnaturalista-consuetudinária-objetiva, quando na verdade consistia em arbítrio judicial, ou mera arbitrariedade, sendo o direito fruto da vontade corporativa ou individual dos juízes, e não da razão natural expressa no tempo. Andrés Bernal afirma que para Bentham, não havia nem direito, nem moral objetivas, além dos fatos e da experiência, entendendo que se deveria partir do empirismo, ou seja, algo apenas existe se for verdadeiramente verificável, tendo como meta o utilitarismo, traduzido como a busca pela maior felicidade, ao maior número de pessoas possíveis, afirmando que o jusnaturalismo e os princípios do direito judicial do modelo tradicional, se tornaram um fantasma, uma desculpa, uma ficção dos juízes para ocultar sua capacidade criadora e seu governo aristocrático e autárquico. Considerando que não havia nenhum fato demonstrável da existência do direito natural, nem do *common law* (sistema de precedentes), estes princípios não são mais do que "quase comandos" ou "quase direitos" facilitando o exercício de um governo arbitrário do Direito, que a Ciência do Direito deve denunciar.⁷¹

Bentham assinalava que no *common law*, a vontade, que no jargão jusnaturalista era tida como *objetiva*, era na verdade ficção e subjetivismo, o que não poderia ser admitido por uma sociedade moderna e liberal, razão pela qual seria necessário renovar o conceito de norma para afirmá-la como um conjunto de signos declarativos emitidos pela vontade soberana estatal a respeito da conduta que essa vontade desejava fosse observada pelos cidadãos, ou seja, uma norma seria validada somente se resultado da vontade soberana, seja porque o soberano a concebeu expressamente, seja por ter sido adotada depois de ser emitida por outro órgão, justificando porque Bentham entendia que uma norma poderia continuar sendo Direito, mesmo após a mudança de soberano e, principalmente, porque considera-se Direito, uma norma expedida por um poder subordinado como e.g. a ordem de um

⁷¹ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 157.

juiz, pensamento que acabou influenciando mais tarde a teoria de Kelsen da concepção do direito como *sistema jurídico dinâmico*^{72,73}

Bentham propôs uma reforma através de um código inglês, abrangente, racionalizado e universal, chamado *pannomion*, capaz de substituir o direito judicial arbitrário, subjetivo desconhecido do cidadão: universal pois segundo a razão lógica e utilitarista, poderia propor normas adequadas para todos; abrangente pois se poderia conceber em apenas um texto, todos os ramos do direito por sua própria pretensão de validade geral. Tal código seria fruto da vontade do legislador soberano, mas sua elaboração seria levada a efeito por um homem apolítico e técnico, que por sua razão analítica, por sua capacidade de sentir a felicidade do povo e por seu domínio do direito, resultaria nas melhores normas possíveis, a partir da objetividade do critério utilitarista, podendo ser utilizado por muitos povos em muitas épocas tal sua validade geral.⁷⁴

Van Caenegem afirma que para Bentham, o *common law* era como uma "imitação de Direito", um "falso Direito" ou um "quase Direito", julgado que o exercício da função judicial era um exemplo de "poder em toda parte arbitrário". Bentham entendia que nem a idade, nem a autoridade, nem os oráculos judiciais ou a história tinham peso. A única coisa que contava era a utilidade, assim como a Democracia, razão pela qual, o Direito tinha que ser cognoscível e certo, ou seja, motivo da necessidade de codificação.⁷⁵

Percebe-se aqui, claramente, o desenvolvimento do Direito como ciência com muitas ramificações, cujos fundamentos influenciavam os pensadores, tanto da Europa continental, quanto da grande ilha, a ponto de fazer surgir na Inglaterra teorias que sustentavam a codificação, tal qual ocorreu no modelo francês, onde uma comissão propunha um texto que uma vez aprovado era objeto de estudo pela academia; ou o modelo alemão, tendo nos professores os elaboradores dos conceitos que deveria

⁷² "[...] as normas de concepção estabelecem a validade de outras normas de adoção, o que posteriormente se denominará como *normas de competência*, dentro de uma *hierarquia normativa* [...]" Tradução livre de: "[...] *las normas (de concepción) establecen la validez de otras normas (de adopción), lo que posteriormente se denominará como normas de competencia, dentro de una jerarquía normativa [...]*" (BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 158).

⁷³ BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*

⁷⁴ BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*

⁷⁵ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Op. cit.*, p. 69.

ser compilados por uma comissão especial. Na proposta de Bentham, segundo Bernal, o código deveria partir de um codificador solitário.

As propostas positivistas de Bentham não foram totalmente aceitas, contudo, fecundaram um caminho através da relação entre a lógica analítica, ou seja, a análise de atos linguísticos entendidos como o significado e uso das palavras, a justiça e a utilidade, caminho este seguido por John Austin, através da jurisprudência analítica ou utilitarista, que tentou harmonizar três diferentes fontes, o utilitarismo, influenciado por Bentham e James Mill, a filosofia idealista alemã e o pensamento jurídico da Escola História e da Jurisprudência de Conceitos.⁷⁶

Van Caenegem afirma:

O jurista mais verdadeiramente erudito do século XIX foi John Austin (falecido em 1859). Foi uma figura excepcional, não apenas como jurista teórico, mas também porque, desde Bracton, foi o primeiro grande jurista na Inglaterra bem familiarizado e influenciado pela doutrina continental: ele estudou na Alemanha e admirava o país. [...] Austin e seus ideais não poderiam ter vivido em tempo e lugar menos apropriado, pois o que ele queria era transformar os estudos jurídicos em ciência, emulando a validade universal do estudo das leis da física. Como seu amigo Bentham, ele acreditava na codificação e rejeitava a história como uma lata de lixo da insensatez humana; em outras palavras, ele adorava o que o establishment jurídico detestava da maneira mais cordial e detestava aquilo que ele mais reverenciava.⁷⁷

Para Austin, o direito é composto de ordens gerais habitualmente obedecidas e por ameaças eficazes que lhe dão respaldo emitidas, expressa ou implicitamente, pelo soberano ou por súditos delegados que lhe devam obediência. Segundo Bernal, a ideia de o Direito estar integrado por imperativos eficazes, como defendido por

⁷⁶ "Con base en estas influencias, Austin partió, en sus estudios, de la "voluntad racional", aprehensible por medio del lenguaje y de los "enunciados" del derecho. Los aspectos más relevantes de dicha voluntad racional, que explicaría el derecho y que fundamentaría el POSITIVISMO INGLÉS o JURISPRUDENCIA ANALÍTICA, son los siguientes. El derecho, como sistema positivo, puede ser explicado racionalmente como un diálogo de voluntades, y no como un fruto histórico, tal como lo entendería Savigny o Blackstone. Pero, consecuente con la filosofía británica previa, llamada "empirismo inglés" (Berkeley³¹⁸ [1685-1753] y Hume³¹⁹, entre otros), la voluntad guía racionalmente la conducta a partir de lo que conocemos como experiencia. Esto le permite al hombre hacer generalizaciones o construir ideas o creencias (jurídicas, en lo que nos ocupa), con base en lo que cree experimentar, en lo que es a partir de juicios de utilidad que son los que demuestran, según él, la racionalidad impresa en la voluntad. Por tanto, hay que alejarse de la jerga pseudocientífica de abstracciones y supuestas deducciones que, por ser distantes del carácter empírico de la ciencia del derecho, son indemostrables y solo son acatadas no por su racionalidad, sino por la fuerza que en ellas imprime quien las emite." (BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 160).

⁷⁷ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Op. cit.*, p. 70-71.

Austin, é uma das principais colunas de fundação da teoria "imperativista" do direito, tendo como seus maiores expoentes no futuro Kelsen, Olivecrona e Hart, superando Austin ao agregar dois novos componentes, o medo e a organização. Lembre-se, v.g., do exemplo da ordem do assaltante como um mandato também respaldado na ameaça, contudo, para Olivecrona, não pode ser ordem jurídica vez que não atua como uma organização aos olhos do assaltado, enquanto para Kelsen, Austin não teria diferenciado comando, de "comando judicialmente obrigatório", ou seja, ainda que o Direito seja um comando, nem todo comando é Direito. Por sua vez, Hart considera, assim como Olivecrona, que o conceito de ordens respaldadas por ameaças não é claro suficiente para diferenciar uma norma jurídica do mandato de um assaltante.⁷⁸

Segundo Hart, "a posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano; e, embora possa se conjugar à ameaça de dano, o comando é antes de tudo, não um recurso do medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade".⁷⁹ O autor entende que a ordem apoiada em ameaça é um exemplo de que Austin usa equivocadamente o termo comando, por não considerar as distinções acima mencionadas.

Aqui cabe um parêntese: se está tratando de um jurista inglês (Austin), com formação na escola alemã, cujas teorias foram rebatidas por Kelsen (austríaco com formação alemã) e também por Hart (inglês) e cujos diálogos com Dworkin (norte americano) se tornaram fecundas sementes nas teorias do Direito até os dias atuais.

Continuando, Austin se encontra em um ponto intermediário entre a teoria tradicional de Blackstone e a revolucionária de Bentham ao assinalar que os princípios do direito judicial são válidos juridicamente, porém estes princípios não são preexistentes às decisões judiciais. Outra diferença entre Bentham e Austin, é que para o primeiro, os princípios do *Common law* são mera excesso de palavras, sendo necessário um código que abarque todo o direito, abrangente, com vocação geral, que revolucione o direito deixando claro quem é o verdadeiro soberano e quais são os seus mandados; Austin não refuta totalmente os princípios morais e judiciais, mantendo uma atitude de cautela com as especificidades de cada sistema jurídico nacional, razão pela

⁷⁸ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 161.

⁷⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009. p. 26.

qual, na prática, é inviável um código abrangente, embora não rechace totalmente a ideia da codificação.⁸⁰

Neste momento, se passou a diferenciar a *ciência da jurisprudência* da *ciência da legislação*, a partir de uma distinção entre o discurso do *ser* e do *dever ser*, ou seja, a linguagem descritivo-analítica (verdadeiro ou falso) e a prescritiva-imperativa (válido ou inválido), o que fará eco nos modelos de discurso dentro do positivismo jurídico. O direito e a moral, embora elementos normativos, não são iguais, vez que detêm diferentes critérios de validação, motivo pelo qual, esse juízo moral, que pode incidir sobre uma norma, não é científico nem jurídico e não é juridicamente obrigatório, contudo, norma injusta segue sendo norma, vez que é imperativa e ao mesmo tempo jurídica, pois válida para o direito ainda que moralmente reprovável.⁸¹

Cabe destacar, apenas a título de argumentação, que estes debates foram campo fértil para o que mais tarde seriam as críticas de Ronald Dworkin⁸² ao positivismo em geral, tomando por base a obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart⁸³, cujo pensamento central foi inspirado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen⁸⁴, em uma clara demonstração de que direito de hoje é reflexo direto deste diálogo entre as principais teorias desenvolvidas nas duas famílias normativas, forjado sob o impacto das "marretas" intelectuais dos grandes filósofos e jusfilósofos, historiadores e pensadores desde mundo moderno ao contemporâneo.

Afirma Dworkin:

Benham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria do direito que é geral no sentido acima descrito. Pode-se encontrar em sua obra uma parte conceitual e uma parte normativa de uma teoria geral do direito e, na parte normativa, teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, todas adequadamente articuladas por uma teoria política e moral utilitarista e uma teoria metafísica empirista mais geral. Cada componente desta teoria foi desde então desenvolvido e aprimorado por diferentes autores, mas a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas continua sendo uma teoria benthamiana.⁸⁵

⁸⁰ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 164.

⁸¹ *Ibid.*, p. 165.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁸³ HART, H. L. A. *Op. cit.*

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit.*

⁸⁵ DWORKIN, Ronal. **Levando...**, p. xi.

Austin, em compasso com o pensamento de Bentham afirma que há três tipos de enunciados: os imperativos das normas próprias do direito; os imperativos sem valor o vinculante da ciência de legislação, validando-se pelo critério de utilidade; e os analíticos da ciência da jurisprudência, que podem ser declarados como verdadeiro ou falso o que permite ressaltar a importância da análise linguística como principal meio tanto científico como jusfilosófico.

Bernal ainda identifica uma diferença pontual entre Bentham e Austin, vez que para Bentham, a *ciência da jurisprudência* é factual ou empírica, estuda a linguagem jurídica, mas sempre com vista ao objetivo de que tal ciência conduza o direito a sua finalidade principal, que é a felicidade pública, enquanto para Austin, a visão da ciência é mais racional que empírica, ainda que possa ser considerado um empirista, pois a *jurisprudência geral* se ocupa de estudar os princípios comuns dos sistemas jurídicos, os quais são deduzidos das normas positivas, evidenciando uma ciência abstrata ou formal, do que "[...] *deja en claro, por demás, cierta herencia que el idealismo alemán, presente en la ESCUELA HISTÓRICA y la JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS, dejó en Austin*".⁸⁶

Em que pese o caráter propositivo e reformador das teorias da *jurisprudência analítica* (positivismo inglês), o seu verdadeiro reflexo só começou a ser sentido a partir de meados do séc. XIX no momento de criar normas para as colônias inglesas, principalmente na Índia, revivendo com grande força as ideias codificadoras, de um direito escrito que limitasse o *common law*, assim como, pelos reflexos na consolidação da ciência jurídica britânica, influenciando vários juristas da época.

Como se pode perceber ao longo do texto, o desenvolvimento do Estado Moderno trouxe consigo a necessidade da construção do direito de forma unificada, diversa do pluralismo visto no feudalismo, um direito que pudesse regular as relações entre os indivíduos de uma mesma sociedade com tratamento igual, que regulasse as relações desses mesmos indivíduos com o seu Estado e deste Estados com outros Estados.

Observou-se que este direito ocidental se desenvolveu paralelamente sob três perspectivas inicialmente diversas, mas olhando para um mesmo horizonte,

⁸⁶ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 165.

encontrou fundamentos teóricos comuns: na França, impulsionado pelos ideais universais iluministas, um direito codificado, formalista, fez surgir a Escola Exegética de comentadores na busca pela segurança das relações privadas, foi a primeira escola positivista; em resposta ao formalismo francês, após a queda do Sacro Império Romano-germânico, na antiga Prússia uma forte tendência nacionalista desenvolvida a partir de um ideal do espírito do povo germânico (*volksgeist*), fez surgir várias escolas de jurisprudência sob uma pretensão de cientificidade, focada na hermenêutica e no desenvolvimento do direito como ciência, o que mais tarde foi reconhecido como positivismo.

Estas duas vertentes desenvolvidas na Europa Continental tiveram origem Romano-germânica e, embora antagônicas, foram a semente da tradição do *civil law* utilizado em boa parte dos países ocidentais desde a Europa até a América Latina e até no Japão, tendo no positivismo suas bases filosóficas e científicas.

Paralelamente, na Inglaterra, um direito anglo-saxônico se desenvolvia sobre os costumes imemorais dos ingleses, desde o primeiro século do segundo milênio, tendo por base um sistema construtivista de respeito às decisões precedentes como fonte de norma: era o nascimento do *common law* que embora fruto de uma semente diversa, não descuidou das teorias científicas produzidas na Europa-continental dando origem ao positivismo inglês e sua jurisprudência analítica.

Como visto, em que pese o surgimento do Direito sob perspectivas distintas, foi possível confirmar, ao longo do texto, que a existência de um constante e crescente diálogo entre os teóricos do continente e da grande ilha, se espalhou pelo mundo jurídico ocidental. Segundo van Caenegem na tradição do *common law* o Direito foi produzido por juízes resistindo ao zelo dos codificadores e modernizadores do século XIX; na Alemanha, moderna entre os séculos XVI e XIX, assim como no norte da Itália, na segunda idade média e na Holanda desde Grócio, o Direito era predominantemente produzido por professores; na França revolucionária do século XIX, também na Bélgica era produzido pelos legisladores, sendo que a Escola Exegética foi a que dominou a doutrina do Direito na época.⁸⁷

⁸⁷ VAN CAENEGEM, Raoul C. *Op. cit.*, p. 62.

Hart afirma, em seu prefácio do *Conceito de Direito*, que boa parte do livro "[...] se ocupa das deficiências de um modelo simples de sistema jurídico construído de acordo com a teoria imperativa de Austin"⁸⁸, que por sua vez, como dito alhures, teve sua formação jurídica na Alemanha, pela escola do Direito romano-germânico, ou seja, o Direito inglês também sofreu influência, ainda que diminuta, do direito lecionado no continente e, como se verá adiante, o diálogo entre os pensadores positivistas e pós-positivistas, deu e continua dando frondosos frutos na atualidade, a ponto de influenciar inclusive na positivação de teorias (art. 926, CPC/15) no Brasil, desenvolvidas e difundidas na tradição do *common law*.

1.3.3 Entre Kelsen, Hart e Dworkin: O que há de Comum em Tradições Distintas

O que se pretende demonstrar no presente tópico, de forma breve, é que, as bases científicas do positivismo jurídico, que já haviam influenciado Bentham e Austin, continuaram exercendo influência, tanto no continente, quanto na grande ilha, conforme se percebe da evolução da teoria pura de Kelsen, que serviu de inspiração para o desenvolvimento de um positivismo moderado (*soft*) em Hart, cujos debates com o construtivismo de Dworkin, do outro lado do Atlântico, foram, e são até hoje, o cerne de teorias que impactam as duas grandes famílias jurídicas do ocidente, mormente no que pertine à função do julgador.

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é fruto do modelo científico desenvolvido na Alemanha do Século XIX e a compreensão sobre sua teoria exige, como afirma Andrés Bernal, conhecimentos claros sobre o desenvolvimento jusfilosófico das escolas antiformalistas da época, principalmente a alemã, sendo como uma continuação das ciências jurídicas decimonônicas.⁸⁹ O ponto central era livrar as ciências jurídicas de todos os elementos que lhe são estranhos, principalmente os juízos morais característicos do direito natural.

⁸⁸ HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. x.

⁸⁹ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 174.

Chamar a teoria de pura, não significa dizer que o Direito é puro, mas sim que a própria teoria é pura, ou seja, trata-se de um método em que o jurista se utiliza da pureza, da objetividade de suas descobertas, da neutralidade de suas ações políticas, com o intuito de alcançar a cientificidade pretendida na época, sem influência da moral e da política.⁹⁰

Afirma Bernal:

El discurso científico del derecho se restringe en su objeto de estudio por una mirada fragmentadora de los saberes (cada cual a lo suyo), lo que no implicaría negar la existencia ni la legitimidad de otros saberes que se pueden ocupar igualmente de normas; pero dichos saberes (como la sociología, la historia, la economía, etc.), si bien estudian la norma desde su campo, son para la dogmática o ciencia del derecho innecesarios e impertinentes. Entonces, para dar un ejemplo, no se trata del rechazo a la existencia de la sociología del derecho, sino de rechazar la consideración de que la sociología jurídica es ciencia del derecho o de que la sociología del derecho es necesaria para hacer dogmática.⁹¹

O autor ainda esclarece que a aceitação de uma teoria expressa no papel do cientista impede que este exerça valorações acerca do Direito Positivo, que é o objeto central de sua ciência, pois, uma vez que abandone esse papel para assumir outros, como de cidadão por exemplo, se perde a pureza metodológica, com risco de influências moral e política sobre o sistema jurídico-político.⁹²

Kelsen separa o Direito da Ciência do Direito, como coisas distintas. Segundo Lenio Streck, "[...] uma coisa é o Direito, outra bem distinta é a ciência do Direito. O Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito é a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis"⁹³, e enquanto outras teorias positivistas se atinham especificamente à lei, Kelsen foi além, pois preferiu tratar sobre o discurso científico acerca da lei e o Direito. "Nessa construção da ciência como metalinguagem reside a diferença fulcral de sua teoria em relação aos demais positivistas".⁹⁴

⁹⁰ BERNAL, Andrés Botero. *Op. cit.*, p. 175.

⁹¹ BERNAL, Andrés Botero. *Loc. cit.*, p. 175.

⁹² *Ibid.*, p. 176.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 19.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 20.

Em razão disso, a interpretação para Kelsen, também sofre uma cisão: a interpretação como ato de vontade, seja do legislador ou do juiz na sentença, produz normas no momento de sua aplicação, deixando um espaço de mobilidade para o intérprete; a interpretação como ato de conhecimento, produz proposições a partir de um exercício de descrição das normas jurídicas, "[...]produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal [...]", ou "meramente sintática".⁹⁵

Acerca da ideia de discricionariedade⁹⁶ do intérprete (decisionismo), expresso na metáfora da "moldura da norma" de Kelsen, Lenio Streck afirma:

É nesse sentido que posso afirmar que, no que tange à interpretação do Direito, Kelsen amplia os problemas, semânticos de interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo "agulhão semântico" de que fala Ronald Dworkin. No fundo, Kelsen estava convicto de que era possível fazer ciência sobre um casuística razão prática. Desse modo, todas as questões que exsurtem dos problemas práticos que envolvem a cotidianeidade do Direito são menosprezados pela teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que posso ser cientificamente analisado. Aqui reside o ponto fulcral, cujas consequências podem ser sentidas mesmo em "tempos pós-positivistas": um dos fenômenos relegados a esta espécie "segundo nível" foi exatamente o problema da aplicação judicial do Direito. Não há uma preocupação de Kelsen nem com a interpretação, nem com a aplicação do Direito.⁹⁷

É por essa razão, ou seja, por ter deixado de lado este segundo nível da interpretação, no caso, o da aplicação da norma (a pragmática), excluindo-o de sua teoria, que exsurge o problema da discricionariedade do intérprete. Streck afirma que Kelsen já havia superado o positivismo exegético, contudo, abandonou o principal

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 17.

⁹⁶ "Não confundamos essa discussão – tão relevante para a Teoria do Direito – com a separação feita pelo Direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir – ou na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. Esse grau de liberdade acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as "opções" escolhidas pelo juiz deixarão de lado "opções" de outros interessados, cujos direitos ficarão à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito. [...] Há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo "discricionariedade" refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência à prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente." (*Ibid.*, p. 76-77.)

⁹⁷ *Ibid.*, p. 17-18.

problema do Direito que é a interpretação concreta, a aplicação da norma, onde reside a "maldição de sua tese", sendo mal compreendido, quando hoje, afirmam que para ele, o juiz atua fazendo uma interpretação "pura da lei".⁹⁸

O problema da discricionariedade é retomado em Hart, na medida em que defende possibilidade do juiz "criar direito" referente aos casos não regulamentados juridicamente, em que o direito não delimita os fundamentos da decisão em nenhum sentido, "[...] mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto".⁹⁹

Para Ronald Dworkin, a discricionariedade de um "funcionário" não é salvo-conduto para decidir sem recorrer a "padrões de bom senso e equidade", pois se trata apenas de situações em que a decisão não é controlada por um "padrão formulado pela autoridade particular" a qual imaginamos quando se trata de poder discricionário.¹⁰⁰ Esse tipo de discricionariedade abre espaço para a arbitrariedade, motivo da crítica feita ao positivismo discricionário de Hart, conforme leciona Streck:

Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir da escolha "entre" duas ou mais alternativas. Assemelha-se, portanto, à discricionariedade administrativa. A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre o sentido forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Nesse caso, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial.¹⁰¹

Quanto a questão acerca do conteúdo do direito na prática decisória, segundo Habermas, "[...] Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito [...]", contudo ressalta que "[...] Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 19.

⁹⁹ HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 53.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 79.

a necessidade de decisões 'corretas', cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos)".¹⁰² Claudio Carneiro e Marcos Lemos explicam:

Neste ponto, segundo Dworkin, o juiz estaria se afastando da penumbra positivista da discricionariedade, existindo assim uma única resposta correta para cada desafio jurídico (DWORKIN, 1978, p. 81), chocando-se frontalmente contra a teoria positivista, ao militar pela separação entre regras e princípios. O autor assume que o Direito é muito mais amplo que as regras legisladas, sendo também composto de princípios, defendendo que um dado sistema de princípios seria capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas, mas sim, uma única resposta correta, desautorizando consequentemente, a teoria positivista da discricionariedade forte.¹⁰³

Numa visão positivista, é o procedimento que justifica a aplicação legítima da norma, ou seja, se uma decisão é proferida por um juiz competente, com base numa lei vigente, ou mesmo na ausência de lei, dentro da sua seara de discricionariedade, atende aos pressupostos de validade suficiente para a legitimidade do ato. Para Habermas, a legitimação através da legalidade do procedimento normativo acaba por privilegiar o "processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes".¹⁰⁴

Numa visão dworkiniana, não basta a regra produzida com "*pedigree*", assim como não é aceitável a "discricionariedade forte" face ao potencial de insegurança causada pelo decisionismo e pela arbitrariedade. Cabe sim que a decisão seja adequada ao ordenamento como um todo íntegro, atendendo aos princípios gerais do direito numa justificação racional de forma íntegra e coerente com o sistema normativo.

Dworkin não abandona o positivismo, vez que seu modelo, "[...] trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração." E ele descreve seu

¹⁰² HABEMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 252.

¹⁰³ CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos. O movimento pós-positivista e a "visão" neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 12, p. 105-124, jul./dez. 2012. p. 108.

¹⁰⁴ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 250.

procedimento hermenêutico-crítico como uma interpretação construtiva que explica a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou um fim.¹⁰⁵

Assim, para Habermas, o procedimento da interpretação construtiva auxilia para que cada juiz possa, em princípio, chegar a uma decisão idealmente válida no caso concreto, compensando a suposta "indeterminação do direito" com fundamento teórico. Destaca que essa teoria deve "reconstruir racionalmente a ordem jurídica" de forma que o direito vigente seja justificado em uma "série ordenada de princípios", tornando-se uma encarnação exemplar do direito em geral.¹⁰⁶

Desta forma, é possível concluir que Dworkin, embora critique frontalmente o positivismo, principalmente a partir da teoria de Hart, não o abandona, divergindo notadamente em relação ao conteúdo do Direito, assim como sobre a discricionariedade do julgador, que no pensamento dworkiniano deve buscar a decisão correta dentro de sistema normativo.

É certo que umas das divergências mais debatidas entre Hart e Dworkin (entre outras tantas), é a questão da discricionariedade do julgador e, reside na abordagem utilizada por cada um, para solução dos casos difíceis, tema que não cabe aqui aprofundar, vez que o corte metodológico foi realizado apenas para demonstrar que a base do direito debatido nas duas tradições jurídicas pesquisadas é o positivismo, mesmo que sob suas diferentes perspectivas.

Portanto, de tudo quanto exposto até aqui, é possível confirmar a hipótese levantada no início do trabalho, de que o positivismo impulsionado pelo diálogo entre os grandes jusfilósofos e pensadores do Direito, da Europa insular e continental, levou ao desenvolvimento das teorias até hoje debatidas no mundo acadêmico e a aproximação das duas principais tradições jurídica do mundo ocidental, é resultante direta deste crescimento paralelo.

Importante frisar que, as três perspectivas sobre as quais o positivismo se desenvolveu, ou seja, a perspectiva do legislador, a perspectiva do professor e a perspectiva do juiz, impactaram frontalmente nos seus respectivos sistemas normativos.

¹⁰⁵ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 261.

Contudo, partindo-se do mesmo objeto de estudo científico, a aproximação entre as famílias do *common law* e do *civil law*, justifica a identidade de técnicas e institutos entre as tradições e, por conseguinte, a adoção de uma sistemática de precedentes no Direito brasileiro, porém, é preciso identificar as dificuldades da aplicação dessa nova sistemática adotada no Código de Processo Civil de 2015. É o que se passará a analisar, a seguir.

2 O DIREITO JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EDIÇÃO DO CPC/15

Confirmada a hipótese, de que as duas maiores famílias jurídicas do ocidente possuem um elo que as une, "o(s) positivismo(s)", a partir de agora, é preciso entender de que forma o Direito Jurisprudencial¹⁰⁷ vem evoluindo no país, em uma verdadeira escalada legislativa, o que se fará por meio de revisão normativa no tempo, ou seja, procurando elencar as principais normas editadas desde os tempos do Império e, com maior intensidade nas últimas décadas, com o intuito de criar unidade no Direito e atribuir estabilidade ao sistema jurídico, para confirmar (ou refutar) uma nova hipótese: o Brasil vem, desde há muito, desenvolvendo e evoluindo um sistema de observância de decisões paradigmáticas, na construção do seu sistema jurídico uniforme e estável, e o Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevantes contribuições nessa matéria. Aurélio Viana e Dierle Nunes afirmam inclusive, "[...] que a roupagem normativa direcionada ao uso do direito jurisprudencial é o que prefigura aquilo que vem sendo chamado de sistema de precedentes".¹⁰⁸

Em que pese, após a edição da Lei n.º 13.105/2015, tenha se intensificado o interesse da doutrina na temática do direito jurisprudencial, mais especificamente acerca da imposição legal de uma nova sistemática de precedentes judiciais no Brasil, é certo que o assunto não é novo nessas terras tupiniquins. Viana e Nunes destacam que "[...] nos últimos anos cresce, em profusão, a referência à "jurisprudencialização" do direito brasileiro, dando a entender, à evidência, que o fenômeno seria recente. Precisamos, entretanto, melhor entender essa quadra"¹⁰⁹, como se passará a tratar em seguida.

¹⁰⁷ Neste capítulo, o termo jurisprudência, utilizado anteriormente como sinônimo de doutrina, passa a se referir ao conjunto de decisões proferidas por determinada Corte, ou órgão de justiça dentro do ordenamento jurídico.

¹⁰⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 262.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 177.

2.1 A "ESCALADA LEGISLATIVA"¹¹⁰ DO DIREITO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Como referido acima, torna-se cada vez mais evidente a "pujança crescente" do direito jurisprudencial no Brasil e, ainda que a escolha do nosso pacto fundamental tenha sido pela "norma legal como primado das obrigações comissivas e omissivas", preconizado no artigo 5.º, II da CF-88, desde a edição da Consolidação das leis do Trabalho, em seu artigo 8.º; da Lei n.º 8.038 de 1990 (*lei dos recursos*) em seu artigo 38; as sucessivas inclusões legislativas no CPC/73: Lei n.º 9.756/98, art. 557 e §1.º-A; Lei n.º 10.352/2001, art. 475, §3.º; Lei n.º 12.322/2010, art. 544, §4.º, II; assim como a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que incluiu o artigo 103-A, esta tendência se torna cada vez mais evidente, impactando inclusive no discurso jurídico a partir de um "protagonismo da jurisprudência", principalmente na dominante ou sumulada, o que se pode observar na análise dos "trabalhos forenses", sejam peças advocatícias, sentenças ou pareceres.¹¹¹

Contudo, a preocupação com a dispersão jurisprudencial não é algo novo no Brasil, havendo, desde os tempos do Império, uma latente preocupação com a adoção e edição de normas que regulassem a atuação jurisdicional de forma a manter a uniformidade do sistema normativo.

Em Portugal, a interpretação das leis estava concentrada na Casa de Suplicação e, em outubro de 1534, o Rei D. João III editou a *Lei da Boa Razão*, onde restou instituído o Regimento do *Chanceler-Mór*, cujo texto havia criado os "assentos por efeito de glosas do chanceler" e, segundo afirma Cruz e Tucci, estes assentos eram editados quando o Chanceler da Casa de Suplicação levantava dúvida acerca da legalidade intrínseca de algum julgamento da Corte. "Aposta a glosa pelo Chanceler, os autos eram levados aos desembargadores que haviam participado do julgamento e, caso não fosse sanada a dúvida, o regedor deveria providenciar novo julgamento a ser proferido por novos juízes".¹¹²

¹¹⁰ A expressão "escalada legislativa" foi extraída da obra **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo** (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 190)

¹¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 24.

¹¹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedentes judiciais como fonte do direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 90.

Com a reforma pombalina, foi incluído na lei o parágrafo 6.º, instituindo-se os assentos derivados de divergência entre os advogados dos litigantes a respeito da lei aplicável ao caso concreto, donde, "assim como na anterior hipótese, o assento em que fixada a "genuína inteligência da lei" passava a gozar de eficácia normativa"¹¹³, sendo que até 1582, o privilégio de tirar assentos era exclusivo da Casa de Suplicação. Contudo, Felipe I transferiu para o Porto a Casa do Cível e, mais tarde, a Casa da Relação do Porto, a qual passou a dispor de competência autônoma e ampla, avocando para si a prerrogativa de também proferir assentos, o que ocorreu também pelas Casas da Relação¹¹⁴ ultramarinas de Goa, da Bahia e do Rio de Janeiro. "Entenderam os seus respectivos desembargadores que deviam também arrogar-se o direito de proferir assentos com força normativa de lei, a exemplo da Casa de Suplicação, mesmo que nenhum diploma lhes tivesse outorgado tal função".¹¹⁵

Tal prática foi obstada na própria reforma pombalina, conforme afirma Cruz e Tucci:

Com o intuito deliberado de obstar que a interpretação autêntica das leis, assim ampla e insegura, corresse o risco de enfraquecer a aplicação uniforme do ordenamento jurídico, a reforma pombalina reiterou que apenas a Casa de Suplicação era competente para emitir assentos com força de lei. Determinou, em complemento, que toda espécie de assento, emitido pelas "Relações Subalternas", deveriam ser remetidos à aprovação da Casa de Suplicação, para, só então, serem considerados assentos definitivos. Estes assentos eram enviados, em cópia autêntica, aos respectivos chanceleres das referidas Relações, para serem lançados nos livros específicos e observados como leis gerais.¹¹⁶

Assim, apenas com a transformação da Relação do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação para o Brasil, em 1808, por meio do Alvará concedido em 10 de maio daquele ano, foi outorgada competência à nova Corte de Justiça para proferir assentos

¹¹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴ Segundo Aurelio Viana e Dierle Nunes, "Nos anos de 1548-49 é criado e implementado o Governo Geral. A partir daí, nascem não apenas alguns cargos de feição jurisdicional, 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 – compunha, junto da casa de Suplicação e outros órgãos, a estrutura judicial da época." (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 179).

¹¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 91-92.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 92.

interpretativos na sua jurisdição.¹¹⁷ Observa Cruz e Tucci que, foi em 1850, com o Regulamento 737, que o Brasil passou a ter leis próprias no que pertine a organização judiciária e processo civil, porém, não havia qualquer texto sobre o valor dos precedentes judiciais e, considerando que não se podia "[...] contar com um acervo jurisprudencial próprio, os assentos pré-existente, em Portugal e no Brasil, foram todos implantados no ordenamento jurídico, com força de lei, pelo Decreto n.º 2.684, de 23 de outubro de 1875".¹¹⁸

O artigo 2.º do referido decreto dispunha, expressamente:

Ao Supremo Tribunal de Justiça, compete tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada.

§1.º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações.

§2.º Os assentos serão registrados em livro próprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Câmaras Legislativas, numerados e incorporados à coleção das leis de cada ano; e serão obrigatórios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.

§3.º Os assentos serão tomados por dois terços do número total de Ministros do Supremo Tribunal de Justiça e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.

Como se pode observar da leitura do dispositivo legal acima, os assentos não eram exatamente como o precedente judicial típico do *common law*, contudo, bem demonstram a preocupação da administração da justiça, naquela época, com a dispersão jurisprudencial, o que vem, desde então, tomando contornos cada vez mais sensíveis e peculiares no sistema normativo pátrio, como se verá adiante.

William Soares Pugliese, faz bem a distinção ao afirmar que "[...] os precedentes são firmados pela argumentação, pela "orientação jurídica" adotada em um caso, pelo que fazem parte da jurisprudência e orientam as decisões de casos futuros. Os assentos, por sua vez, são dotados de autoridade distinta, porque impõem "mediante

¹¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 93.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 146-147.

uma norma expressamente formulada para o futuro a solução de um conflito de jurisprudência".¹¹⁹

Apenas a título de argumentação, vale destacar que, Viana e Nunes consideram impactante o fato que, ainda hoje, há no Brasil, quem defenda a inexistência de um sistema de precedentes judiciais e mais do que isso, a inexistência do próprio precedente, pois se trataria, tão-somente, de um sistema de vinculação jurisprudencial por esquematização do texto legal, onde alguns provimentos se tornam vinculantes e devem ser observados no momento da construção da decisão judicial. Tal impacto fica mais evidente, se for levado em consideração o fato de que, como afirmam os autores, Marcos Seixas Souza, "[...] ao fazer um resgate histórico do direito brasileiro, identifica o surgimento do precedente judicial ainda na era colonial, surgindo também, naquele tempo, a discussão sobre a vinculação ou não aos precedentes".¹²⁰

Afirmam Viana e Nunes:

Fato é que, pelo relato de Marcus Seixas Souza e Didier Jr., baseado em farto e convincente material bibliográfico, tanto na era Imperial quando após a Proclamação da República o precedente e a jurisprudência eram considerados no trato cotidiano (ou, como se costuma dizer, em viés convencionalista, como fonte do direito). Provavelmente ainda mais surpreendente é verificar que a dispersão jurisprudencial no direito brasileiro era motivo de preocupação desde meados do século XIX.¹²¹

Destaca-se ainda, o contido no Decreto n.º 848 de 1890, no qual, em seu artigo 361 dispunha que "Nos casos em que houver de aplicar leis de Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais: e vice-versa, a justiça dos Estados consultará a jurisprudência dos tribunais federais, quando houver de interpretar leis da União" e, mais do que isso, ainda em seu artigo 386, determinava que "[...] os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal", o que confirma a tendência, desde o século XIX de se observar não somente enunciados, mas os próprios precedentes de casos.

¹¹⁹ PUGLIESE, William Soares. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 21, p. 143-166, ago./dez. 2019. p. 147.

¹²⁰ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 182.

¹²¹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Loc. cit.* Vide também a nota de pé de página n.º 23.

Neste compasso, desde os primeiros anos da Proclamação da República, em que pese a rejeição pela doutrina, da aparente subsidiariedade do direito norte-americano, inaugurando os problemas para a adoção dos precedentes, o federalismo foi aqui também adotado e, com a promulgação da Constituição de 1891, sob influência de Rui Barbosa, incluiu-se em nosso sistema o *judicial review*, demonstrando, mesmo na fase republicana inicial, o que seria esse modelo híbrido, "[...] produto da fusão de caracteres de duas tradições, ou seja, no *common law* americano e no direito romano-germânico".¹²²

Segundo Cruz e Tucci, quando, em 1891, foi instalado o Supremo Tribunal Federal, tal qual o modelo vigente nos Estados Unidos da América e, no intuito de evitar a divergência de interpretação de lei federal e exercer o "controle nomofilático"¹²³ sobre a distribuição da justiça, pelos órgãos jurisdicionais inferiores", foi previsto, entre outras hipóteses, o cabimento do Recurso Extraordinário contra acórdãos dos tribunais estaduais¹²⁴, já em uma clara necessidade de atribuição de uniformidade ao sistema normativo.

Importante frisar que a Constituição de 1891 tratou de fortalecer o direito jurisprudencial, para por fim a sua volatilidade, determinando no artigo 59, III, §2.º, a criação de um sistema de divulgação dos julgados, no intuito de garantir-lhes publicidade e possibilitar a extração da *ratio decidendi* do caso e, eventualmente, oportunizar a alegação de eventual *distinguishing*¹²⁵, embora nas Constituições seguintes, não tenha sido dado o mesmo tratamento ao direito jurisprudencial e, apenas no Decreto n.º 23.055 de 1933, restou determinada a "obrigação de os órgãos judiciais inferiores interpretarem as leis de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal".¹²⁶

Assim, embora os assentos tenham sido extintos, em 20 de dezembro de 1923, sob esta perspectiva de atribuir uniformidade à interpretação e à aplicação do

¹²² VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 183-184.

¹²³ A nomofilaquia está relacionada à função dos tribunais superiores de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação do Direito.

¹²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 149.

¹²⁵ Os conceitos de *ratio decidendi*, *distinguishing*, entre outras técnicas de abordagem referente aos precedentes judiciais, serão melhor abordadas no capítulo III do presente trabalho.

¹²⁶ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 184.

direito, foi editado o Decreto n.º 16.273 criando o mecanismo do *prejulgado*, restrito à Corte de Apelação do então Distrito Federal, "[...] pelo qual, a decisão sobre uma *quaestio iuris controvertida*, no âmbito de órgãos fracionários do tribunal, era submetida à apreciação de todos os integrantes daquele, reunidos em plenário." Porém, tal prática restou extinta pela Reforma Judiciária de 1926 e, somente em 18 de novembro de 1930, foi restabelecida pelo artigo 7.º do Decreto n.º 19.408 e, "Mais tarde, em 25 de novembro de 1936, a Lei n.º 319, adotou igualmente essa técnica processual para vigorar em todo o território do país, visando a obviar os males da contradição entre julgados no âmbito de todas as cortes de justiça brasileira".¹²⁷

Cabe destacar o aperfeiçoamento da técnica legislativa, o que se observa da leitura do texto expresso do artigo 2.º da referida Lei n.º 319:

A requerimento de qualquer de seus juízes, a câmara ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio da Corte Plena sobre matéria, de que dependa decisão de algum feito, ou envolvida nessa decisão, desde que reconheça que sobre ela ocorre, ou pode ocorrer, divergência de decisões, ou de jurisprudência, entre câmaras ou turmas.

Os prejulgados foram previstos no mesmo Diploma, no artigo 816, assim como, os prejulgados trabalhistas, previstos no artigo 902 da CLT, as representações para interpretação da lei ou ato normativo inserida pela Emenda Constitucional n.º 7, que alterou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e inseriu os primeiros 370 enunciados¹²⁸, assumindo uma função similar aos extintos assentos.¹²⁹

Cruz e Tucci, sobre as súmulas, afirma:

Como bem ressaltado por Victor Nunes Leal, a metodologia que o Supremo atribuiu ao sistema de súmulas, visando a documentar e a simplificar os seus julgamentos, refletia uma orientação equilibrada, sem qualquer excesso. Esse ideal de um meio-termo, atinente à estabilidade da jurisprudência, ficou realmente entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, "para a inteligência geral e perpétua da lei" e a virtual inoperância dos prejulgados. Constitui, assim, a súmula um instrumento flexível, destinado a

¹²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 149-150.

¹²⁸ "A súmula despontou em 1963, mais especificamente por ocasião de uma emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. São aprovados, de pronto, 370 enunciados de súmula, na sessão do dia 13 de dezembro de 1963, tendo sido a vigência dos referidos enunciados adiada para o ano seguinte." (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 185).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 184-185.

simplificar o trabalho da justiça em todos os graus hierárquicos, evitando-se a petrificação, porque a disciplina da súmula regula também o procedimento pelo qual pode ser modificada. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e dos juízes, uma vez que deverão eles aduzir novos argumentos ou aspectos inexplorados nos velhos debates, ou mesmo realçar evolução da própria realidade social e econômica. Com esta precaução, a súmula fulmina a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos e competentes operadores do direito.¹³⁰

Desde o Código de Processo Civil de 1939, já havia previsão de recursos destinados ao controle jurisdicional, como técnicas repressivas, v.g., os embargos de nulidade ou embargos infringentes, para reexame de julgamentos não unânimes (artigos 808, II e 833); recursos de revista para o exame de divergência ocorrida em julgamento sobre o "direito em tese" (808, I e 853), e o recurso extraordinário para o controle da aplicação da lei Federal e da Constituição junto ao Supremo Tribunal Federal (artigos 101, III, CF/37 e 808, VI, CPC/39).¹³¹

Como dito alhures, o Supremo Tribunal Federal, através de emenda ao seu Regimento Interno, criou as súmulas de jurisprudência, concebidas como enunciados gerais e abstratos, funcionando como um "método de trabalho" direcionado aos próprios Ministros da Corte. Tratava-se de uma forma de permitir o controle da interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias, constituindo um "horizonte de jurisprudência para orientação dos seus Ministros".¹³²

Como se observa, era um sistema eminentemente repressivo, visando compor divergências ou controlar equívocos na aplicação do direito, pois no momento em que o recurso é interposto, ou quando a súmula é invocada, a divergência ou a aplicação equivocada já ocorreram e, assim, este método "[...] seria suficiente para promover a uniformidade do direito, na medida em que a orientação dos comportamentos sociais teria a sua *tônica na legislação*, a qual é apenas declarada pelo órgão judicial para solução do caso concreto".¹³³

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, houve uma gradual modificação, com a manutenção das técnicas repressivas anteriores, incorporando-

¹³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 153.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...**, p. 76.

¹³² MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

se o recurso especial e os embargos de divergência, contudo, instituindo-se também as técnicas preventivas, através do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476), com vistas a "[...] obter um pronunciamento prévio que evitasse uma interpretação inadequada da questão pelo órgão encarregado de seu julgamento".¹³⁴

Com posteriores reformas, ainda na busca por mais adesão à jurisprudência, o artigo 557 do CPC de 1973, outorgava maiores poderes ao relator para a realização de julgamentos monocráticos, assim como permitiu os julgamentos liminares de improcedência previstos no artigo 285-A e também, o não recebimento de recursos de apelação, nas hipóteses de sentença fundada em súmulas impeditivas de recursos (art. 518, §1.º), bem como, a instituição das súmulas vinculantes, através da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que passaram a ter a função de determinar o conteúdo das decisões.¹³⁵

Aqui se trata de um divisor de águas, vez que as súmulas, mais do que mero caráter de orientação para os próprios Ministros de determinada Corte superior, "[...] passaram a veicular normas para todo o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública. Em outras palavras, assim como ocorreu com a jurisprudência, também as súmulas adquiriram uma feição preventiva – evitar julgamentos desconforme à jurisprudência assentada".¹³⁶

É na vigência do CPC/73 que surge o polêmico conceito de jurisprudência dominante, com a incorporação de funções preventivas, enquanto as súmulas passaram por uma gradativa transformação, convivendo no ordenamento jurídico pátrio, súmulas, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes. Anote-se que tal incorporação demonstra uma evolução da teoria da interpretação pois, "[...] ao admitir que a intérprete *extrairia* uma das soluções possíveis da norma visando a uma *decisão justa*, reconheceu-se que decidir não era apenas um *ato lógico*, mas também um ato que *implica valorações axiológicas*".¹³⁷

Viana e Nunes afirmam que a edição de súmulas para a uniformização e formatação de precedentes foi prevista em capítulo próprio do Código de Processo

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...**, p. 77.

¹³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

¹³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

Civil de 1973, contudo, foram diversas leis esparsas publicadas nas últimas décadas na busca pelo fortalecimento do direito jurisprudencial, a exemplo da Lei n.º 5.584/70, que dispõe sobre as leis processuais do trabalho, inseriu o artigo 9.º, autorizando, no Superior Tribunal do Trabalho, o relator a negar prosseguimento a recurso contrário a súmula uniforme; a Lei n.º 8.038/90, que criou normas para o processo nos tribunais superiores (STF e STJ), também no mesmo sentido do dispositivo anterior; a Lei Complementar n.º 73/93 que estabeleceu deveres ao Advogado-geral da União, de unificar jurisprudência administrativa; o Decreto n.º 2.346/97, que obriga a Advocacia-geral da União a editar súmulas e autoriza a abdicação do exercício do direito de ação em caso de pretensão contrária a enunciado ou súmula; a Lei n.º 9.139/95, que alterou o artigo 557 do CPC/73, atribuindo poderes ao relator de negar seguimento a recurso contrário a súmula do respectivo tribunal ou tribunais superiores; a Lei n.º 9.756/98, que alterou o CPC/73, a Lei n.º 8.038/90 e a CLT, com inúmeros dispositivos sendo modificados ou acrescidos, tudo com o objetivo central de uniformização jurisprudencial; a Lei n.º 10.352/2001, que inseriu o §3.º no artigo 475 do CPC/73, dispensando a remessa necessária quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do STF, súmula desse Tribunal ou do tribunal superior competente e a Lei n.º 10.522/2002, na qual o artigo 19 autoriza a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a não contestar, não apresentar recurso, ou dele desistir, caso já interposto, na hipótese de já haver jurisprudência pacífica do STF ou STJ.¹³⁸

Sobre a súmula vinculante, é necessário ressaltar este relevante passo dado pelo legislador constitucional, na busca pela uniformização, com a adição do artigo 103-A, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Reza o dispositivo:

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.

¹³⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 187-188.

Na visão de Viana e Nunes, ao incluir o artigo 103-A, que instituindo a súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio, "[...] mais do que um critério de padronização e generalização, o referido instituo tem a missão de gerar vinculatividade e, de certa forma, inaugurar certo constrangimento aos agentes incumbidos de poder decisório dos órgãos jurisprudenciais e da administração pública direta e indireta".¹³⁹

Luiz Guilherme Marinoni, afirma que o *caput* do artigo 103-A, evidencia com clareza a eficácia da súmula vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e, também, da Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, oportunizando ainda, a edição, revisão ou cancelamento da súmula, podendo ser aprovado, nos termos do §2.º do dispositivo, pelos mesmos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴⁰

Contudo, de extremada importância o alerta de Marinoni:

Se a súmula vinculante é um enunciado escrito a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versam uma mesma questão constitucional, é indesculpável pensar em adotá-la, revisá-la ou cancelá-la como se fosse um enunciado geral e abstrato, ou mesmo tentar entendê-la considerando-se apenas as ementas ou a parte dispositiva dos acórdãos que lhe deram origem. Lembre-se que a *ratio decidendi* nada mais é do que o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Ora, se a elaboração da "súmula vinculante" depende da adequada percepção dos fundamentos determinantes do precedente – ou dos precedentes –, é pouco mais do que evidente a impossibilidade de aplicá-la, revisá-la ou cancelá-la sem se considerar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem a sua edição.¹⁴¹

O alerta de Marinoni, sem querer antecipar o assunto, que será mais bem aprofundado no próximo capítulo, traz à tona uma preocupação recorrente em parte da doutrina, quanto à pretensão da redução dos precedentes judiciais em teses jurídicas determinadas por Cortes de Vértice. Uma tese, assim como uma súmula ou enunciado, é expressa em uma síntese, um axioma, uma *phrase unique*¹⁴² do modelo

¹³⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 310.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 311.

¹⁴² "[...] há diferenças consideráveis no uso do precedente judicial nas tradições do *civil law* e *common law*. Naquela tradição, cujo país modela é a França, o estilo é legalista, dedutivo e de *phrase unique*, notadamente na *Cour de Cassation*; na última tradição – a do *common law* –, adota-se um estilo judicial substantivo, discursivo e personalizado." (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 233-234).

francês e, assim como o texto da lei, por ter carga de abstração e generalidade, pode dar margem à indeterminação, levando a novas interpretações, razão pela qual, seja uma tese, uma súmula, um enunciado ou o próprio precedente, é impossível, quando da aplicação, descolá-los do caso concreto e sua fundamentação determinante. É disse que se trata. Mas o tema será abordado, como dito, no próximo capítulo.

Volvendo ao tema, a Lei n.º 11.276/2006, que modificou a redação do artigo 518 do CPC/73, autorizando o não recebimento de recurso de apelação, pelo juiz, caso a sentença esteja em conformidade com súmula do STJ ou STF; a Lei n.º 11.417/2006, que disciplina a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante do STF; a Lei n.º 11.418/2006, que incluiu os artigos 543-A e 543-B no CPC/73, atrelando a admissibilidade de recursos extraordinário à repercussão geral (questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico); a Lei n.º 11.672/2008, que acresceu o artigo 543-C no CPC/15, acerca dos recursos repetitivos, o sobrestamento do recurso especial e outras providências; a Lei n.º 12.322/2010 que, acrescentando o §4.º no artigo 544 do CPC/15, previu a possibilidade do relator negar seguimento ou dar provimento ao recurso, nos casos em que a decisão vergastada estivesse em consonância ou contrariedade com súmula ou jurisprudência dominante e, a Lei n.º 12.844/2013 que, alterando a redação da Lei n.º 10.522/2002, ampliou o rol de tribunais dos quais a jurisprudência emanada pode dispensar a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da interposição ou desistência de recurso.¹⁴³

Como se pode observar ao longo do presente capítulo, desde os tempos do Império, há uma preocupação recorrente com a dispersão jurisprudencial que causa instabilidade e insegurança jurídica, levando a uma profusão legislativa bastante relevante. Ou seja, falar em precedentes judiciais não é algo novo. Talvez, a opção legislativa de incluir arcabouço teórico no texto legal, como por exemplo no artigo 926 do CPC/15, assim como, apresentar um rol de decisões, de natureza diversa, que devem ser observados pelos tribunais, nos termos do artigo 927 e ainda, o §1.º do artigo 489 que impõe limites para a fundamentação das decisões, entre outros

¹⁴³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 190-191.

dispositivos inseridos no Diploma Processual Civilista, tenham trazido à baila, uma discussão mais efetiva sobre o tema.

Contudo, antes de adentrar especificamente nesta temática, qual seja, a nova sistemática adotada no CPC/15 relativa ao Direito Jurisprudencial e os precedentes, é importante falar, ainda que em breves pinceladas, sobre o tema da jurisdição constitucional, pois foi o fenômeno da constitucionalização do direito que, após o fim da Segunda Grande Guerra, elevou o judiciário à posição de protagonismo, face a consagração dos direitos fundamentais, o que não passou despercebido na presente pesquisa.

O Brasil adotou, desde a Proclamação da República, o *judicial review* típico do modelo estadunidense e, com ocorreu em outros países, houve, e ainda há, uma crescente judicialização da política, aumentando o protagonismo do judiciário. Desde a Constituição de 1988, vige no país um sistema híbrido (ou misto) de revisão constitucional, ou seja, ao mesmo tempo concentrado e difuso que, segundo alguns autores, não prescinde de uma sistemática de precedentes para coibir dispersão jurisprudencial. É sobre estes temas que se irá tratar no próximo tópico.

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A IMPRESCINDIBILIDADE DA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM UM SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO

Na História, como no Direito, se podem observar fenômenos ocorrendo a partir de rupturas que conduzem a mudanças de paradigmas e, muitas vezes, trazem evolução e desenvolvimento civilizatório. Foi assim quando a razão influenciou a modificação de uma sociedade teocêntrica e transcendental para antropocêntrica racional, firmando as bases para a construção do estado moderno; foi assim com a unificação dos reinos ingleses que levaram a centralização das Cortes na Inglaterra e, com a estabilidade, o desenvolvimento do *common law*; foi também com as ideias iluministas na Revolução Francesa, que se desenvolveu a escola exegética formalista, o movimento de codificação e a supremacia do Parlamento no *civil law*; da mesma forma, a queda do sacro-império romano-germânico e a reforma protestante, fez a hermenêutica impulsionar a pretensão de cientificidade do Direito alemão. Nessa lógica, o Segundo Pós-guerra trouxe uma profunda mudança de paradigma no

Direito em nível mundial, trazendo à tona a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e a consagração dos direitos humanos, em direitos fundamentais, elevados ao status constitucional e elevando o protagonismo do Poder Judiciário.

Sob a perspectiva do princípio da legalidade¹⁴⁴ e do procedimentalismo formal, deu-se ares de legitimidade às maiores atrocidades praticadas pelo nazismo e pelo fascismo, atingindo frontalmente a dignidade de milhões de pessoas. Daí a ideia de que procedimento e substância, forma e valores, não podiam andar separados, e os direitos humanos, alçados ao status constitucional e substancial de concretização da legalidade, evidenciaram a necessidade de proteção das minorias, carentes de uma forma de obstar o autoritarismo do governo das majorias. Era a constitucionalização dos direitos fundamentais, a mudança de paradigma que impactou os sistemas normativos em nível mundial, após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma:

Veja-se que o Estado de Direito até então existente era meramente formal, o que permitiu o desrespeito aos direitos humanos perpetrados durante a Segunda Grande Guerra, o que foi fundamentado na lei. Ou seja, o que se tinha era uma concepção meramente positivista de um ordenamento jurídico "indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal" como aconteceu no regime nazista e fascista que ganharam força e apoio na legalidade, tendo sido promovida a barbárie e a violação aos direitos em nome da lei.¹⁴⁵

A autora destaca que não houve o abandono do aspecto formal (procedimental) deste modelo, mas o acréscimo de princípios substantivos a serem respeitados em

¹⁴⁴ "O princípio da legalidade expressava a ideia de que, à lei como ato normativo supremo e irresistível, a princípio, não é oponível nenhuma direito mais forte, qualquer que seja sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do rei e de sua administração, em nome de uma razão superior do Estado, nem a inaplicação por parte dos juízes ou a resistência dos particulares, em nome de um direito superior (direito natural ou direito tradicional) ou de direitos especiais (privilégios locais e sociais)." Tradução livre de: *"El principio de la legalidade, en general, expresa la idea de la ley como ato normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior "razón de Estado", ni la aplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural e el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales e sociales)."* (ZAGREBELSKI, Gustavo. **Ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madri: Editorial Trotta S.A., 2007. p. 24)

¹⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 80.

qualquer atividade estatal. "Ou seja, houve uma ampliação da concepção formal do Estado do Direito, passando a ser substituída por uma concepção substantiva do Estado de Direito e, portanto, reaproximando-se da *rule of law* britânica".¹⁴⁶

Segundo Estefânia Maria Queiroz Barboza, houve uma mudança da supremacia da lei e do Parlamento, para a supremacia da Constituição, a qual estabelece diretamente os direitos fundamentais e, como lei maior, a Constituição torna-se o limite da atividade do parlamentar, permitindo a declaração de nulidade de leis incompatíveis com ela. "A partir daí, a ordem liberal democrática não poderia mais estabelecer a estabilidade do exercício do poder do Estado apenas pela representação majoritária, mas deveria dar prioridade à igualdade entre os cidadãos e respeito à "dignidade inata" do ser humano".¹⁴⁷

Daí em diante (segundo pós-guerra), há uma crescente valorização do judiciário, alçado à condição de protagonista, na função fiscalizatória da efetivação destes direitos, agora consagrados nas Declarações de Direitos Humanos, nas Constituições de cada país, nos pactos internacionais, assinados em conjuntos por nações soberanas e, os impactos trazidos nos ordenamentos internos dos países, foram de sensível relevância, pois nesta "[...] nova dimensão da função jurisdicional imposta pelo constitucionalismo, o que realmente interessa saber é como os juiz constrói uma *norma jurídica* par o caso concreto quando a *norma geral* não existe ou está em desacordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais".¹⁴⁸

No Brasil não foi diferente e, mesmo que de forma tardia, a promulgação da Magna Carta de 1988, consagrou os direitos humanos em direitos fundamentais e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a condição de guardião destes direitos através de um rigoroso sistema de controle de constitucionalidade. Ocorre que, no Brasil, este controle é misto (ou híbrido), ou seja, ao mesmo tempo em que todo e qualquer juiz ou tribunal do país pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou ato

¹⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 81.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 69.

(controle difuso¹⁴⁹), é do STF a competência originária da jurisdição constitucional no controle concentrado de constitucionalidade.¹⁵⁰

Luiz Guilherme Marinoni afirma que "O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*"¹⁵¹, justamente porque, nessa tradição, em regra, o julgador não teria esse poder. Tanto é assim que, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4.^o¹⁵², sequer cita a jurisprudência, ou precedentes, como fonte de norma nos casos de lacuna da lei, numa clara opção do legislador, de manter a tradição legicentrista do ordenamento jurídico no Brasil.

Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, afirma Marinoni:

Isso confere ao sistema jurídico brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de primeiro grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme à Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais. **Trata-se de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*.**¹⁵³ (sem grifos no original)

Contudo, segundo Marinoni, quando "[...] o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes se torna evidente, já que está em jogo a afirmação judicial do significado da Constituição".¹⁵⁴ A preocupação é justificável, principalmente nos países vinculados à tradição do *civil law*, em que não se adota o princípio do *stare*

¹⁴⁹ "[...] aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência [...]". (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984. p. 67).

¹⁵⁰ "[...] em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário." (CAPPELLETTI, Mauro. *Loc. cit.*).

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 57.

¹⁵² "Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Loc. cit.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 58.

*decises*¹⁵⁵, pois possibilita decisões conflitantes e dispersão jurisprudencial em matéria constitucional, trazendo instabilidade e incoerência ao sistema.

Mauro Cappelletti, já há muito, alertava:

Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho [...] a introdução deste método "difuso" de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decises*. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método "americano" de controle, levaria às consequências de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. [...] **A consequência, extremamente perigosa, de tudo isso, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgão e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado.**¹⁵⁶ (sem grifos no original)

Esse hipotético exercício de Cappelletti, a bem da verdade, se tornou problema concreto e complexo no Brasil, que vem buscando soluções desde há muito, principalmente, em se considerando que há uma linha tênue entre o protagonismo do judiciário e o ativismo judicial. Isso porque, a consagração dos direitos fundamentais nas Constituições, trouxe consigo a edição de "textos constitucionais abertos", com princípios carregados de "alta carga axiológica, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana".¹⁵⁷ Tal mudança na técnica legislativa, com considerável carga de indeterminação, faculta aos órgãos julgadores, um exercício de discricionariedade muito maior, o que nem sempre se reflete de forma positiva.

Some-se a isso o fato de que "[...] as Cortes Constitucionais de diversos países têm sido cada vez mais demandadas a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao bio-direito, aborto,

¹⁵⁵ "*Stare decisis et nom quieta movere*", que, em uma tradução livre, significa que "deve-se deixar quieto o que já está decidido", é o fator de vinculação das decisões da tradição do *common law* e será mais bem analisado no próximo capítulo do presente trabalho.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁷ BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 83.

políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva etc."¹⁵⁸, aumentando sobremaneira a área de atuação do Poder Judiciário, principalmente em casos de omissão do legislador, em um fenômeno chamado de "judicialização da política".

É o que ensina Estefânia Maria Queiroz Barboza:

Não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo judicialização de macropolítica para distinguir-se da judicialização política em geral.

Ran Hirschl vai apresentar três categorias de judicialização: i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macropolítica, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.¹⁵⁹

A bem da verdade, conforme Marinoni, "[...] a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das normas abertas fizeram surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*"¹⁶⁰ e, esta é a realidade atual no país, em que os antagonismos e as polaridades estão cada vez mais acentuadas, donde urge a necessidade da uniformidade, da estabilidade e integridade nas decisões judiciais com vistas a evitar a dispersão jurisprudencial, que só faz aumentar as desigualdades e insegurança jurídica.

Como dito alhures, em rápidas pinceladas, a pretensão foi desenhar o quadro em que o judiciário foi alçado ao protagonismo em nível global, o que ocorreu também aqui, em terras tupiniquins, espraiando reflexos no ordenamento jurídico e influenciando o desenvolvimento do ordenamento, voltado para essa problemática, pois o "[...] Brasil adotou um modelo radical de controle de constitucionalidade. Não é exagero dizer que toda a jurisdição no Brasil é, sobretudo, jurisdição constitucional".¹⁶¹

¹⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 95-96.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 77.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 72.

Assim, finalizado este segundo capítulo, é mister que no próximo, o trabalho se debruce sobre a nova sistemática de precedentes posta desde a edição do CPC/15, com seus contornos e nuances, com observância da carga teórica ali inserida, bem como os métodos de aplicação que vêm sendo amplamente debatidos pela doutrina. É o que se passará a expor, a seguir.

3 UM SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS EM CONSTRUÇÃO

Eis que se chega ao cerne da pesquisa. Há um sistema novo de precedentes vigente no Brasil, desde a edição do CPC/15, ou trata-se apenas da continuidade da evolução do direito jurisprudencial, que se inicia antes mesmo da Proclamação da República? O que pensa a doutrina sobre o tema? Quais as soluções apresentadas pelo legislador e de que forma vêm sendo aplicada na prática? Apresentados os problemas, se passará, a seguir, às hipóteses, iniciando-se pelo básico.

3.1 O PRECEDENTE: CONCEITOS FUNDANTES

No decorrer da pesquisa, com a revisão bibliográfica realizada, algo bastante interessante saltou aos olhos. Parte da doutrina tem divergido sobre fundamentos basilares, ou seja, o que é, ou não, um precedente judicial, o que causou grande estranheza. Luiz Guilherme Marinoni, ainda em 2010, brilhantemente publicou *Precedente Obrigatórios*; Daniel Mitidiero, em 2018, publicou *Precedentes, da persuasão à vinculação* e, sem ir além, não há a menor sombra de dúvida, que os conceitos necessários para a compreensão da sistemática de precedentes estão ali descritos.

Contudo, anos mais tarde, Marinoni publicou *A Ética dos Precedentes*¹⁶² e *Julgamento nas Cortes Supremas*¹⁶³, enquanto Mitidiero publicou *Cortes Superiores e Cortes Supremas*¹⁶⁴ e o mundo parece ter virado de cabeça para baixo. A proposta de uma reconstrução do sistema para a criação de Cortes de Vértice que editam teses com caráter vinculativo, a partir da interpretação da lei, realizada exclusivamente pelas Cortes Supremas, e que, efetivamente, parece ser a teoria aceita pelos tribunais superiores e aplicada pelos demais tribunais, não foi bem recebida por parte da doutrina que, ao contrário, afirma tratar-se de flagrante inconstitucionalidade.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁶³ *Id.* **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisdição ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Lenio Streck, de forma reativa, destaca:

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função.¹⁶⁵

Assim, se irá, a partir de agora, tratar dos conceitos basilares da sistemática de precedentes judiciais, sem perder de vista esta dicotomia entre essas duas correntes doutrinárias, que buscam, sem a menor sombra de dúvida, cada qual sob sua perspectiva, a otimização do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Lenio Streck, "Na linguagem ordinária, *precedente* é entendido enquanto uma ação, situação, acontecimento, um fato pretérito e paradigmático que, exatamente porque paradigmático, serve de razão, modelo, de referência para o futuro" e, ao situar o termo no universo do Direito, afirma que é um "[...] instituto tradicional e típico dos países sob o *common law*, é uma decisão judicial pretérita que acaba por ter relevância em casos subsequentes, servindo de referência na decisão desses casos".¹⁶⁶

Segundo William Soares Pugliese, cujo marco teórico está em Neil MacCormick, o conceito de precedente, de singularidade solar, é que se trata de "[...] uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores." É "[...] o Direito observando a si mesmo, sob dois aspectos".¹⁶⁷ Em um primeiro aspecto, "é um registro de uma ou várias decisões, de um mesmo sistema jurídico, que resolvem um problema idêntico ou ao menos semelhante".¹⁶⁸ O segundo, traz consigo um sentido bem mais amplo: "o julgador pode utilizar o precedente como um padrão para uma nova decisão, sob o fundamento de que esse entendimento anterior é o correto ou é obrigatório".¹⁶⁹

O modelo tradicional de precedente, é de origem anglo-saxônica, utilizado como fonte primária de direito nos países filiados a tradição do *common law*, onde a

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 19.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 349.

¹⁶⁷ PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios...**, p. 31.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁶⁹ PUGLIESE, Willian Soares. *Loc. cit.*

fundamentação de uma decisão é construída a partir do ônus argumentativo do qual se extrai a *ratio decidendi*, onde se encontram os fundamentos determinantes da decisão e formam o seu elemento de vinculação, atribuindo racionalidade a todo o sistema normativo.

Outrossim, segundo autores como Daniel Mitidiero, a edição do Código de Processo Civil de 2015, "[...] introduziu o conceito de *precedentes* no direito brasileiro. Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a *partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para a sua *previsibilidade*".¹⁷⁰

Para Viviane Lemes da Rosa, a edição do CPC/15, trouxe uma maior importância do contraditório como requisito na formação do precedente, pois, caso não observado, gera a nulidade da decisão por violação de garantia constitucional. Além disso, afirma que, "[...] quanto maior o número de alegações, informações, matérias de direito, fatos e provas trazidas pelas partes para a análise do juiz, mais consistente será o precedente elaborado a partir desses elementos".¹⁷¹ Não por outro motivo, Lenio Streck aduz que, em uma leitura adequada, "[...] o CPC/15 poderia oferecer, com seu contraditório e seu dever de fundamentação fortalecidos, uma mudança efetiva do modelo deliberativo dos tribunais, que viabilizaria, com integridade e coerência, uma estabilidade legítima e a inibição da litigiosidade aventureira"¹⁷², vez que, "O respeito ao precedente confere aos jurisdicionados a estabilidade de dada interpretação jurídica".¹⁷³

Os precedentes possuem eficácia variada, podendo ser de caráter persuasivo ou vinculante. Segundo Marinoni, "O sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao que lhe é superior, assim como proíbe o órgão jurisdicional de negar o que já decidiu.",

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes...**, p. 91.

¹⁷¹ LEMES DA ROSA, Viviane. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2016. p. 211.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 16.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 86.

ressalvada a possibilidade de fazer o *distinguished*¹⁷⁴, do caso específico sob análise, aferindo que "[...] a questão posta para julgamento é diferente ou os fatos da causa que está para ser julgada tornam a questão de direito distinta da já decidida".¹⁷⁵ Já o precedente persuasivo "[...] constituiu um argumento da parte e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação." Assim, "[...] a natureza do precedente deriva da própria estrutura lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a decisão ou do órgão inferior diante de suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores".¹⁷⁶

Destaca-se que, em comparação com o Código anterior, o CPC/15 menciona o termo "precedente" seis vezes (nos artigos 489, §1.º, V, VI, 926, §2.º, 927, §5.º, 988, IV, 1.042, §1.º, II) enquanto o CPC/73, fazia menção apenas no artigo 479, dispondo que "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". De outro vértice, houve uma redução do termo "jurisprudência" de onze vezes no CPC/73 (artigos 120, p. único, 475, §3.º, 479, caput e p. único, 541, p. único, 543-A, §3.º, 543-C, §2.º, 544, §4.º, II, b, c, 557, caput e §1.º-A), para dez vezes no CPC/2015 (artigos 489, §1.º, VI, 521, IV, 926, caput e §1.º, 927, §§3.º e 4.º, 978, 1.029, §1.º, 1.035, §3.º, I, 1.043, §4.º)¹⁷⁷, o que evidencia uma preocupação específica, não só com a consagração do instituto "precedente" no sistema normativo brasileiro, mas com o desenvolvimento de uma nova sistemática de aplicação de precedentes judiciais a partir, como se verá, de uma "mutação do ônus argumentativo"¹⁷⁸ para sua efetivação.

¹⁷⁴ *Distinguished* é uma técnica utilizada pelo julgador para não adoção de determinada decisão como precedente, em razão da distinção entre os casos. O tema será abordado novamente mais adiante.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 86.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 91.

¹⁷⁷ LEMES DA ROSA, Viviane. *Op. cit.*, p. 205.

¹⁷⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*

Viana e Nunes, trazendo a questão ao centro do debate, destacam que não se trata apenas de uma imposição legal, mas uma verdadeira mudança de sentido:

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 a 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 precedentes**". A vinculação às decisões dos tribunais de maior hierarquia se revelou, outrossim, um aspecto fundamental a ser implementado.¹⁷⁹

Contudo, alertam os autores, que não se poderia crer que a simples alteração legislativa seria capaz de "[...] induzir mudanças na práxis sem o devido treinamento e absorção pelos profissionais da racionalidade do novo sistema [...]" e que, tal impressão "[...] vem se mostrando romântica, visto que os aplicadores, especialmente os detentores do poder decisório, constroem interpretações que esvaziam até mesmo garantias constitucionais, v.g., como as de fundamentação analítica (do art. 489)"¹⁸⁰, o que é bastante preocupante.

Eis o ponto nevrálgico do debate, vez que há uma grave, e legítima, preocupação quantitativa, mais do que qualitativa, acerca da aplicação de precedentes no Brasil, ou seja, a evolução do Direito Jurisprudencial desde há muito vem desenvolvendo técnicas que buscam, além de trazer segurança jurídica e dar brilho ao princípio da igualdade, reduzir o número de recursos aos tribunais superiores e evitar o colapso das Cortes de Vértice.

Foi neste viés, v.g., o desenvolvimento das súmulas, a criação da súmula vinculante, a temática da repercussão geral, os Incidentes de Assunção de Competência ou Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, cujas técnicas têm em comum a redução do resultado da decisão em teses, ou axiomas que expressam o entendimento das cortes acerca de determinada matéria, com força persuasiva ou vinculativa para os demais órgãos jurisdicionais. Este é o sistema posto e que tem,

¹⁷⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 196.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 197.

com seus inúmeros filtros, em certa medida, dado resultados, contudo, o "[...] aspecto alarmante é que, nessa era, tende-se a atribuir aos enunciados forjados pelos membros da magistratura alguns predicados normalmente reservados à lei – generalização e abstração".¹⁸¹

O nó górdio do problema, está em encontrar o equilíbrio entre as questões quantitativas e qualitativas pois, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, "[...] a avaliação de desempenho de uma política judiciária não pode ser feita apenas por critério numérico, que induz à coisificação do processo judicial [...]". O autor, sabiamente, ressalva que "[...] subjacentes a cada processo, encontram-se pessoas, físicas e jurídicas, com seus direitos, projetos, anseios, temores, reivindicações, valendo aqui lembrar que o processo existe em função do jurisdicionado, e não o contrário".¹⁸²

De qualquer sorte, é clara a necessidade de se observar a sistemática da utilização de precedentes sob duas perspectivas: uma, sob o aspecto da resolução de casos repetitivos e outra, sob o viés da integridade do sistema, construído de forma coerente e coesa na busca pela estabilidade e uniformidade. Note-se que "[...] o argumento de práticos seria o de que a principal função dos precedentes seria gerenciar o passivo da enorme litigiosidade pátria, ou seja, a redução da busca da racionalidade argumentativa a um critério funcional de eficiência [...]", porém, não se resume a isso. Viana e Nunes resumem em três aspectos que importam para a configuração de um sistema de precedentes judiciais, quais sejam: i) "a coerência de enunciados legais que convergem em prol de uma finalidade específica"; ii) "a estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos" e ii) a "autoridade exercida pela estrutura organizacional anteriormente mencionada".¹⁸³

Trocando em miúdos, uma coisa é atacar a quantidade de recursos que abarrotam os tribunais, através da fixação de teses pelas cortes supremas, que filtram essa subida, ou resolvem questões por atacado. Isso é legítimo e necessário, em um país de dimensões continentais como o Brasil. Porém, outra coisa é a construção de uma sistemática de precedentes pautada na racionalidade, no desenvolvimento

¹⁸¹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

¹⁸³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 201-202.

encadeado de decisões que integram o sistema de forma coerente. Uma hipótese não exclui a outra. Não à toa, Viana e Nunes afirma que, com

[...] a estruturação trazida no CPC/15, 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 como condição de possibilidade, algo que permitirá a formação de críticas aos enunciados normativos, sem que isso ocorra em um esquecimento arbitrário do texto.¹⁸⁴

Os autores ainda alertam:

No Brasil, parcela da literatura jurídica crê que o exercício de uma função contramajoritária do STF é seu objetivo decisório principal e que ele exerceria uma representação argumentativa de legitimidade que cancelaria o seguimento quase mecânico de seus entendimentos. No entanto, a observação cotidiana do Tribunal parece contestar tais pressupostos e mostrar que existe uma monocratização excessiva de julgamentos (com privação cada vez maior de decisões efetivamente colegiadas) e parca mudança nas deliberações de modo que formem decisões dialogadas que levam em consideração todos os argumentos relevantes para o julgamento.¹⁸⁵

Assim, no próximo tópico, sob esta perspectiva, se irá analisar as principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e, por conseguinte, mantendo o olhar sobre a divergência doutrinária já mencionada.

3.2 A FORÇA DOS PRECEDENTES POR IMPOSIÇÃO LEGAL

Observe-se o texto legal contido no artigo 927 do CPC/15: "Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

¹⁸⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 58.

Marinoni formula uma crítica, afirmando que "[...] o art. 927 do CPC/15, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo [...]", pois, segundo o autor, "[...] consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além de súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, que deverão ser observadas pelos juízes e tribunais".¹⁸⁶

O autor explica:

À parte das súmulas – que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas -, as decisões lembradas nos seus incs. I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado (art. 927, I, do CPC/15) e os precedentes estabelecidos em 'julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos' (art. 927, III, do CPC/15). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas – deixando-se de lado, por enquanto, a questão da legitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participam –, deveriam ser observados em razão da sua natureza *erga omnes*.¹⁸⁷

De qualquer sorte, chama a atenção o fato de se tratar de um rol de decisões, com natureza jurídica diversas¹⁸⁸, que "deverão" ser observadas pelos juízes e tribunais e, em primeira vista, parece conter um certo fator de vinculação por imposição legal. Ou seja, a expressão "observarão" tem um caráter imperativo de determinar a aplicação daquelas decisões nos casos pertinentes. Porém, tal comando deve ser analisado conjuntamente ao contido no §1.º do artigo 927, que dispõe: "Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1.º, quando decidirem com fundamento neste artigo."

O artigo 10 trata do contraditório (já mencionado no item **3.1**), que veio fortalecido no CPC/15, enquanto o §1.º do 489, descreve as hipóteses em que uma decisão, interlocutória, sentença ou acórdão, será considerada sem fundamentação. Tal hipótese, ao mesmo tempo em que fortalece o ônus argumentativo, impõe ao

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 286.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Loc. cit.*

¹⁸⁸ "A norma diz que os juízes e tribunais devem observar hipóteses que não guardam qualquer homogeneidade. Mistura decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, mas supreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão." (*Ibid.*, p. 281.)

órgão julgador o dever de, quando invocar precedente ou enunciado de súmula, "identificar seus fundamentos determinantes" e "demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" (inciso V), demonstrando uma evidente inclinação do legislador em direção ao sistema tradicional de precedentes, onde a utilização de um julgado pretérito e paradigmático, impõe ao julgador, a extração da *ratio decidendi* da decisão na adequação ao caso concreto.

No mesmo sentido, o inciso VI do §1.º do artigo 489 prevê como hipótese de ausência de fundamentação, a decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento." Aurélio Viana e Dierle Nunes afirmam que este modelo precedencialista, "inspirado nas últimas reformas na legislação processual no Brasil, notadamente porque inaugura uma nova racionalidade sistêmica, corresponde à imposição de maior ônus argumentativo ao juiz (*vide* art. 489, §1.º, CPC/15) e advogado, embora ainda despercebido por muitos", restando pouco mais do que evidente, a opção expressa do legislador de trazer técnicas da tradição do *common law*, para o nosso ordenamento.

Nessa esteira, Marinoni considera a importância do inc. V do §1.º do art. 489 do CPC/15, principalmente por se referir expressamente aos "fundamentos determinantes", indicando significado "próprio da teoria dos precedentes", vez que os fundamentos determinantes são "[...] o resultado ou a conclusão, são os motivos essenciais ou, em outros termos, a *ratio decidendi*", ressaltando que tanto o inciso V quando o VI, "aludem a precedente".¹⁸⁹

Afirma Marinoni:

Ao considerar a sentença destituída de fundamentação e, portanto, nula, o Código confere grande importância ao sistema de precedentes, proibindo duas práticas que vinham se tornando costumeiras no direito brasileiro: i) o simples registro de acórdão de Corte Suprema como fundamento para decidir e ii) a não consideração de acórdão de Corte Suprema invocado pela parte. Em termos de adequada fundamentação, é certo que o mero registro de decisão de Corte Suprema, sem a demonstração de que a decisão é precedente e que esse se adapta à solução do caso, é insuficiente. Também

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 335.

não é possível que o juiz, diante dos argumentos da parte e do caso a ser solucionado, possa simplesmente ignorar decisões de Corte Suprema, deixando de demonstrar que a decisão não tem característica de precedente ou que esse não se aplica ao caso sob julgamento.¹⁹⁰

Tudo está a indicar, portanto, que essa opção, além da já consagrada sistemática do Direito Jurisprudencial, foi no sentido da implantação de uma nova sistemática de precedentes, com toda a carga teórica tratada em sua origem, razão pela qual, impõe-se a utilização de outras técnicas disponíveis naquela tradição, à exemplo do *stare decisis*, que impõe a vinculação pela via da racionalidade das decisões e, não por simples imposição legal ou hierárquica, além do *distinguish*, *overruling* entre outras. Destaca-se que, parte da doutrina entende que, a adoção do precedente tradicional, com racionalidade, não pode se pautar na simples aplicação de teses, "[...] sem levar em consideração as capacidades institucionais do judiciário e o domínio das técnicas por todos os profissionais [...]", além da publicidade e respeito à fundamentação diferenciada dos julgados.¹⁹¹

Viana e Nunes, forte nas lições de Taruffo, destacam que são dois os fatores que formam o núcleo de um precedente: a *ratio decidendi* e a analogia entre os casos, sendo que o juiz, em que pese o *stare decisis*, dispõe de um "vasto repertório" de técnicas para escapar da sua aplicação:

Explicando melhor, de modo geral, na tradição do *common law* o precedente é sempre levado em consideração, ainda que se aceita a equivocidade dele, razão pela qual emergem técnicas como o *distinguish* (distinção ou diferenciação), a *technique of signaling* (técnica de sinalização), a *transformation* (transformação), o *overruling* (superação), a *anticipatory overruling* (superação antecipada), a *overriding* (superação parcial), a *drawing of inconsistent distinctions* (elaboração de distinções inconsistentes) e ainda algumas variações ou subtécnicas.¹⁹²

A questão da *ratio decidendi*, que nada mais é do que a "[...] essência da tese jurídica suficiente para decidir um caso concreto [...]"¹⁹³ por si só, já inaugura um problema intrínseco à aplicação de precedentes, face à sua dificuldade de

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes...**, p. 335.

¹⁹¹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁹² *Ibid.*, p. 110-111.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 351.

identificação. Segundo Neil MacCormick, "A maior dificuldade para o entendimento de qualquer doutrina do precedente e de qualquer tipo de Direito Jurisprudencial é o fato de que a *ratio decidendi* tem sempre um caráter controverso".¹⁹⁴ Segundo o autor, "Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso".¹⁹⁵

Para Estefânia Barboza, "[...] o precedente é a parte da decisão de um Tribunal que vincula Tribunais de mesma hierarquia ou Tribunais inferiores, ou seja, seria aquela parte cujo enunciado contenha a razão ou princípio segundo o qual a questão foi decidida [...]", donde se extrai que, a *ratio decidendi* é o princípio que fundamenta a decisão e forma a parte impositiva do precedente. A autora afirma que este "princípio subjacente que forma a parte impositiva da decisão [...]", é onde reside a força vinculante que, "abstratamente considerada", adquire força de lei para todos".¹⁹⁶

Marinoni destaca a importância do constitucionalismo que impulsionou a evolução da teoria da interpretação, acabando por conferir às Supremas Cortes a função de, ao interpretar, atribuir sentido e desenvolver o direito por meio de razões idôneas, em conformidade com a própria evolução da sociedade. A interpretação da norma expressa em uma decisão é autônoma, evidenciando a importante participação do Judiciário na formulação do direito, pois as "decisões judiciais consequentemente inserem-se na ordem jurídica, constituindo o direito que regula a vida em sociedade e pauta os julgados dos juízes e tribunais", donde se expressa a relevância dos fundamentos que determinam o resultado de um julgado.¹⁹⁷

Neste sentido, a força impositiva do precedente, ou seja, seu efeito vinculante, não reside em uma tese abstratamente considerada e generalizante, imposta por uma posição hierárquica de uma corte superior, mas pela conformação da argumentação jurídica contida na sua fundamentação, da qual é possível extrair, racionalmente, as razões da decisão, ou melhor, os fundamentos determinantes, expressos em um

¹⁹⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 194.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 203.

¹⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 217.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento**..., p. 41-42.

princípio subjacente impositivo, que serve de modelo para os casos similares ou idênticos. Não à toa, Lenio Streck questiona "[...] como se poderia falar em precedentes em um contexto no qual a *ratio* já nasce como tese do Tribunal que lança o precedente?"¹⁹⁸, preocupação que é comungada por Viana e Nunes:

Um sério problema dos países que passam a adotar o instituto do precedente vinculante consiste no fato de a migração de técnicas do direito procedentalista 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.¹⁹⁹

Explicam os autores, que 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 prolatadas de modo consequencialista e em prejuízo ao caso a ser decidido".²⁰⁰ Isso porque, segundo Streck, um precedente não nasce para vincular, ele "obriga contingencialmente", pois não nasce precedente, ele "torna-se".²⁰¹

O caráter de vinculação do precedente judicial reside na doutrina do *stare decisis et nom quieta mover*, que pode ser traduzida livremente como "a decisão proferida não deve ser modificada". Porém, não se está tratando aqui de coisa julgada, mas sim, de tratar casos iguais de forma igual (*treat like cases alike*), pois o "[...] precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos".²⁰²

Embora ainda haja certa confusão, é importante ressaltar que *stare decises* não é sinônimo de *common law*, até porque, a tradição do *common law* é muito mais antiga do que a doutrina do *stare decises*. Tanto é assim que foi apenas

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 351.

¹⁹⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 109.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 118-119.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário...**, p. 352-353.

²⁰² BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 198.

[...] no século XIX que se sistematizou a doutrina dos precedentes de forma simétrica e rígida como ela existe hoje. No caso *Mirehouse v. Rennell*, de 1833, o juiz James Parke se manifestou favoravelmente à aplicação dos precedentes em prol da uniformidade, consistência e certeza.²⁰³

Estefânia Barboza afirma que o *stare decisis* possui duas variações, quais sejam a vertical, na qual se "[...] exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores" e o *stare decisis* horizontal no qual se "[...] exige que a Corte siga seus próprios precedentes".²⁰⁴

A autora, acerca dessa dinâmica, afirma:

A explicação para a deferência das Cortes inferiores às Cortes superiores se explica, segundo Hershovitz, na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial uma vez que os juízes (Ministros) dos tribunais superiores têm maior experiência do que aqueles de primeira instância. Já o *stare decises* horizontal se justifica para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.²⁰⁵

Postas as coisas desta forma, pode-se perceber claramente que o fator de vinculação, ainda que não absoluto, na tradição do *common law*, está pautado na doutrina do *stare decises* e como tal, é construído a partir da racionalidade da decisão que se integra em um sistema coeso e coerente, trazendo estabilidade e uniformidade e isso, é defendido de forma unânime pela doutrina.

Não à toa, Daniel Mitidiero ressalta a importância da incorporação ao sistema brasileiro de precedentes, de toda a carga teórica importada da tradição do *civil law*:

Compreendida na perspectiva do Estado Constitucional, essa lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do *stare decises* entre nós e ao problema da construção de uma teoria de precedentes judicial constitucionalmente adequada ao direito brasileiro. Isso quer dizer que os conceitos ligados à identificação do precedente (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) e ao trabalho com os precedente – necessidade de realizar distinções (*distinguishing*), de sinalizações para mudança do precedente (*signaling* e *drawing of inconsistent distinctions*), de superação total (*overruling*) ou parcial do precedente (*overturning*, de que são espécies a *transformation* e

²⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 196.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 198.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 199.

a *overriding*) e concernente à eficácia da sua superação (*prospective overruling*) – devem ser trabalhados pela doutrina, sem o que dificilmente se poderá bem operar o sistema. É imprescindível, portanto, um adequado discurso ligado à teoria dos precedentes judiciais.²⁰⁶

Tanto é assim que afirma expressamente que "reconhecer força vinculante ao precedente nesse contexto, não é uma decorrência de uma norma de direito positivo, mas uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica. Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema".²⁰⁷

Contudo, a mudança no modelo das cortes, proposta por Daniel Mitidiero, possui algumas características bastante peculiares que não são aceitas de forma unânime pela doutrina, conforme se verá em seguida.

3.2.1 Cortes Superiores (de Justiça)

Mitidiero propõe uma cisão entre as cortes superiores, no sentido que Cortes de Justiça, sejam aquelas que fazem a revisão das decisões proferidas por cortes hierarquicamente inferiores, enquanto as Cortes de Precedentes, serviriam ao propósito de criar os precedentes judiciais, a partir da interpretação da lei como ato de competência exclusiva, extraindo do caso, teses a serem aplicadas em caráter vinculante para casos similares, conforme se extrai do texto:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formatação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.²⁰⁸

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 35-36.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 81.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 37.

Segundo o autor, tal cisão se justificaria no fato de que nos casos da corte pré-ordenada para "tutela de direitos mediante decisão justa", o ato de interpretação normativa é o meio pelo qual se irá atingir a finalidade, "justa decisão do caso", enquanto outra corte está direcionada para a "tutela do direito mediante precedente", o caso concreto seria apenas um meio, "um verdadeiro pretexto", para a "formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas".²⁰⁹

Aduz que 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*." Afirma que é por meio da jurisprudência uniforme que a Corte poderia desempenhar a sua função de "controle de legalidade da decisão recorrida. A eficácia das decisões da Corte Superior é *restrita às partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária de direito*".²¹⁰

Um ponto de sensível relevo, contido na proposta de Mitidiero, reside na questão da interpretação jurídica pois, "[...] no modelo de Corte Superior pressupõem-se uma teoria da interpretação cognitivista – também conhecida como 'formalista' ou simplesmente como *formalista interpretativo*". Para o autor, o ato de interpretar, é descobrir o "significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação", como um ato puro de conhecimento, tem como objetivo "declarar a única, exata, objetiva e correta interpretação da lei"²¹¹ e, ainda conclui:

O modelo de Corte Superior, portanto, assume como pressuposto teórico a existência de uma verdadeira e própria norma legislativa pré-existente ao momento da aplicação judicial, cuja função está em simplesmente declarar a sua exata interpretação. A tarefa da interpretação judicial está na descoberta desse significado, intrínseco ao texto legislativo. Daí a compreensão da Corte Superior como uma Corte voltada para a tutela da legalidade – aí entendida como controle da exata interpretação da norma pré-existente e unívoca outorgada pelo legislador.²¹²

²⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 39.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 43

²¹¹ *Ibid.*, p. 45-46

²¹² *Ibid.*, p. 49-50.

Neste modelo, a Corte Superior teria uma função reativa, ou seja, de exercer o controle jurídico sobre a decisão recorrida, pressupondo a existência de uma violação "já ocorrida" de um direito, para sancioná-la e, se possível, neutralizá-la ou eliminar os seus efeitos mediante a cassação ou reforma dessa decisão. Assim, tratando-se de um ato de reação a uma violação de direito já ocorrida, a atuação da Corte Superior é pensada para o passado.²¹³

Mitidiero ainda afirma:

Nesse modelo, a jurisprudência (giurisprudenza, jurisprudence) consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução dos casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro para esse fim, não gozando de autoridade formalmente vinculante. A jurisprudência tem de ser uniformizada justamente porque é própria ao modelo a existência de continua disformidade na atividade de interpretação judicial do Direito. Essa uniformização, no entanto, atua apenas no influxo do escopo de controle casuístico das decisões recorridas. A uniformização da jurisprudência não é o ponto de chegada da Corte Superior, mas é o seu ponto de partida, a partir do qual ela desempenha a sua efetiva função de tutela da legalidade contra as decisões judiciais.²¹⁴

De arremate, o autor afirma que, com base na teoria cognitivista da interpretação, considerando que a função da corte é meramente reativa e sem vinculação para o futuro, vez que destinada exclusivamente ao caso concreto (*inter partes*) e, porque tomadas como "simples reproduções transparentes das normas legisladas", não possui nenhum valor jurídico adicional para o ordenamento pois, a adoção de qualquer valor às razões adotadas pela Corte Superior, diferente daquele já outorgado à lei, se demonstraria como clara invasão de competência do Poder Legislativo, em evidente violação à regra da separação dos poderes.

Sob esta perspectiva, Mitidiero atribui até um *desvalor* às razões da decisão proferida pela Corte Superior, vez que a importância do provimento está no resultado e tão-somente nele, não importando os seus fundamentos, como se pode observar:

[...] as razões adotadas pela Corte Superior sequer podem ser consideradas frutos de verdadeiras decisões e nem mesmo podem ser tidas como integrantes do '*vero atto giurisdizionale*', que está somente na parte dispositiva da decisão judicial, sendo essa um ato simplesmente lógico-dedutivo, não há espaço

²¹³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 53.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 54-55.

para verdadeira escolha do intérprete capaz de representar um efetivo juízo na sua fundamentação. [...] Se o que interessa para a Corte Superior é o controle reativo e retrospectivo do caso decidido, sem qualquer preocupação com caos futuros, pouco importa a precisa identificação das bases fáticas do julgamento a fim de que se possam decidir analogamente casos idênticos ou similares. Como as decisões da Corte Superior não têm eficácia *ultra partes* e nem força vinculante, basta que se possa enunciar, no dispositivo, um comando concreto capaz de reger o caso particular das partes.²¹⁵

Certamente, o autor, neste ponto, não está tratando de precedentes, posto que as razões de decidir, ou seja, a *ratio decidendi* da decisão proferida, não possuem qualquer importância no mundo jurídico, não se podendo falar em força vinculante ou *stare decisis*, posto que, somente o dispositivo importa, e apenas para as partes relacionadas ao caso. Então, a criação do precedente está, por conta das Cortes Supremas, ou Cortes de Precedentes, cujo modelo se passa a analisar.

3.2.2 Cortes Supremas (de Precedentes)

Pois bem. Um modelo cindido, com dois tipos de cortes com competências distintas, não parece nenhuma novidade. STJ e STF já possuem competência diversa. O ponto está no fato de que, no modelo proposto por Mitidiero, a Corte de Justiça possui um poder de interpretação mitigado ou quase nulo, pois apenas aplica a norma (legislativa ou jurídica) ao caso concreto, enquanto, o órgão responsável pelo ônus interpretativo, responsável também por atribuir sentido às normas e por conseguinte, com competência para criar os precedentes judiciais, seria, exclusivamente, a Corte Suprema ou Corte de Precedentes.

Segundo o autor, independentemente de ser uma corte de vértice da organização judiciária, ou, uma corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário, esta deverá caracterizar-se, já partindo dos pressupostos da teoria do direito, de dissociação entre texto e norma jurídica, assim como do reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras e, da existência de postulados normativos para a adequada aplicação das normas, "[...] a adoção da teoria *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade

²¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 58-59.

de reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais dos sistema jurídicos".²¹⁶

Aqui reside uma grande diferença do modelo anterior, vez que o "[...] caso concreto serve como meio para que a Corte Suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica." Nesta medida, a "eficácia das decisões da Corte Suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente fonte primária do Direito".²¹⁷

O que propõe Mitidiero, é que o Poder Judiciário atue como parceiro do Poder Legislativo, em uma tarefa de promoção do império do Direito de forma colaborativa. Como consequência, a Corte Suprema criaria uma relação de forte confiança entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que esta última, não figura como corte de censura aos órgãos jurisdicionais de inferior hierarquia, nem de subserviência ao Poder Legislativo, pois sua tarefa é guiar as bases a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito, como uma "Corte guia".²¹⁸

Outro ponto relevante nesta proposta, é a proibição da análise, pela Corte Suprema, de nova valoração probatória das alegações de fato da causa (como aliás, já ocorre nos recursos nobres) e, portanto, os fatos serão analisados à luz da norma, sendo vedado valorá-los. Contudo, afirma que a matéria que será examinada pela Corte Suprema, não é selecionada a partir de uma rígida separação entre questões de fato e questões de direito, o que se torna impraticável no contexto teórico que pressupõe a recíproca implicação entre fato e direito na constituição do caso. Neste viés, é a partir de um critério teleológico que leva em consideração a função que a corte desempenha na ordem jurídica, ao que tudo indica, como dever de extrair a intenção por trás da norma.²¹⁹

Vale destacar, acerca da valoração da prova e das alegações de fato da causa, que o próprio artigo 1.034 do CPC/15 prevê expressamente que "Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal

²¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 65.

²¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Loc. cit.*

²¹⁸ *Ibid.*, p. 75.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 83.

de Justiça julgará o processo, aplicando o direito", ou seja, a admissão do recurso nobre amplia a possibilidade da análise da integralidade da matéria devolvida.

A Corte Suprema deve possuir função nomofilaquia, ou seja, é uma corte de interpretação, cuja missão é servir como guia formador de precedentes para outras cortes. Se o propósito deste modelo é a eliminação da equivocidade do direito diante de determinado contexto fático-normativo, por meio da fixação de uma adequada interpretação, "[...] é natural que a norma daí oriunda desempenhe um papel de guia para sua interpretação futura, atuando de forma proativa para a obtenção da unidade do Direito".²²⁰

Importante frisar que, em tais condições, "[...] a eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da bondade e da congruência social das razões invocadas, mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado".²²¹ Assim, identificam-se duas implicações resultantes dessa proposta: "uma, que casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgão jurisdicionais a ela ligados a partir do conteúdo do precedente", e isso, é de fato, algo que há muito se busca, não só no ordenamento jurídico brasileiro; "a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e o seu resultado".²²²

Em primeira vista, a proposta parece razoável, pois, sem dúvida, está pautada na teoria dos precedentes, assim como na teoria da interpretação e da argumentação jurídica, o que é, efetivamente, positivo. Contudo, algumas questões de aplicação práticas e teóricas foram levantadas, principalmente quanto à função proativa das Cortes Supremas de criar teses a partir da norma, com a finalidade de criar precedentes, assim como, o esvaziamento das Cortes Superiores, da finalidade interpretativa do direito. Isso é o que se passará a analisar no próximo subitem.

²²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores...**, p. 85.

²²¹ *Ibid.*, p. 86.

²²² *Ibid.*, p. 89.

3.2.3 Uma Questão de Hermenêutica

A proposta de Mitidiero, vem sofrendo duras críticas por parte da doutrina, que identifica problemas metodológicos na cisão entre interpretação e aplicação; equívoco na premissa de que a vinculação do precedente está na sua razão de autoridade e não pela qualidade das suas razões, assim como a equivocada percepção acerca do *stare decisis*, no sentido de que o precedente nasceria para vincular e não vincularia contingencialmente e, finalmente, que o dever de coerência e integridade, não autorizam a incorporação irrefletida da teoria dos precedentes.²²³

Segundo Lenio Streck, trata-se de uma tentativa de transformar o Direito brasileiro em um "sistema" de precedentes e teses, como se se tratasse de sinônimos, ou de forma consciente, ou inconsciente, substituir o Direito posto por teses feitas pelas Cortes Superiores, ou ainda, decretar que o Brasil já vive sob a tradição do *common law*, em que "o Direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é. E as decisões são resultantes de um ato de vontade".²²⁴

O autor entende que não há como confundir precedentes com teses e que, tal intento não constituiu teoria do Direito, mas sim, teoria política, vez que seus autores defendem um rearranjo institucional, preocupando-se com "quem deve decidir" e não com "como se deve decidir".²²⁵ Dessa forma, corre-se "[...] sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico 'à brasileira', dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgão do Poder Judiciário [...], e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo".²²⁶

Lenio Streck entende que, precedentes não são decisões que nascem com aptidão de vinculação para o futuro, como "normas gerais" ou "razões generalizantes". No entanto, reconhece que "[...] nem todos os autores equiparam "precedentes" às súmulas e IRDR. Marinoni, Mitidiero e Arenhart, por exemplo, dizem que não são iguais.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 14.

²²⁴ *Ibid.*, p. 15.

²²⁵ *Ibid.*, p. 27.

²²⁶ *Ibid.*, p. 27-28.

Porém, buscam definir o que é um precedente e acabam chegando em algo muito parecido ao que dizem que não é precedente".²²⁷

Na obra *Precedentes Obrigatórios*, Marinoni deixa clara sua compreensão sobre a sistemática não só dos precedentes, como do Direito Jurisprudencial como um todo. Anote-se que, sobre as súmulas, Marinoni destaca que "sempre foram compreendidas como mecanismos voltados a resolução de casos fáceis" e repetitivos, sem uma preocupação com a garantia da coerência da ordem jurídica, ou igualdade e previsibilidade, pois o mote, ao menos até as súmulas vinculantes, era atribuir racionalidade ao trabalho dos tribunais.²²⁸

Marinoni esclarece:

Como as súmulas foram concebidas de modo a apenas facilitar a resolução dos recursos, estas foram pensadas como normas com pretensão universalizantes, ou melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. Note-se, entretanto, que as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram. Sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA – por assim dizer – das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (*distinguishing*), para permitir a solução do caso sob julgamento. Da mesma forma, enquanto enunciado geral e abstrato, não será possível dizer que os valores que estiveram à base dos precedentes que lhe deram origem foram superados, de modo a justificar a sua revogação ou cancelamento.²²⁹

Bastante elucidativo o trecho, para compreensão do pensamento do autor acerca da sistemática de precedentes pois, mesmo em se considerando o grau de generalidade e abstração das súmulas (igualmente em enunciados ou teses), esclarece a imprescindibilidade da análise das razões fundantes das decisões, na sua aplicação, distinção ou superação, o que, embora se alie a mesma corrente, parece indicar uma incompatibilidade com a sistemática proposta por Mitidiero, acerca da mitigação do poder interpretativo das cortes inferiores. Tanto é assim, que Viana e Nunes apontam

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes...*, p. 28.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes...*, p. 306.

²²⁹ *Ibid.*, p. 306-307

um paradoxo na tese dos precedentes obrigatórios, que "[...] não foi solucionado por Marinoni, embora tenha o autor tentado equacioná-lo mediante artifício retórico"²³⁰, o que será melhor analisado mais adiante.

É de se ver, que o Brasil já adotou essa prática do desenvolvimento de enunciados feitos por diversos órgão do sistema de justiça (CNJ, STJ, FONAJE e ENFAM), porém, mesmo em se considerando que, no geral, a doutrina comunga da ideia de que precedentes são razões generalizantes, uma questão fundamental é deixada de lado: "[...] a de que são justamente os elementos que ficam de fora que possibilitariam os juízos de identificação e distinção entre casos pretéritos e casos presentes [...]", o que na tradição do *common law* é chamado de *case-by-case formulation and reformulation*.²³¹

Nesta medida, é bem difícil defender a tese de que "[...] a função de atribuir sentido ao direito, ou de interpretação, é reservada às Cortes Supremas"²³², vez que o ato de interpretação é inerente a condição de julgar. Ademais, se cabe exclusivamente às Cortes Supremas a função de interpretar e estabelecer sentido aos textos normativos, aos demais juízes e tribunais, caberia apenas a subsunção da tese ao caso concreto, ainda que se tratasse de situações de ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que, por si só, seria inconstitucional, face a modificação de competências jurisdicionais dos Tribunais por via de lei ordinária.²³³

Streck afirma que caso "[...] passar a tese de Cortes de Vértice, juízes e tribunais se tornarão juízes e tribunais boca-de-precedentes [...]", ou teses gerais e abstratas, cujos conceitos estão, de certa forma, "mixados". Para o autor, o modelo de Cortes de Vértice não possui previsão legal, além do que, o termo "precedentes", no Brasil, não pode ter o mesmo significado daquele utilizado no *common law*, sob pena de virar o sistema de ponta cabeça. É possível atribuir obrigatoriedade para determinadas decisões sim, contudo, o motivo tem que ser a coerência e a integridade²³⁴, e não somente a posição hierárquica do tribunal prolator.

²³⁰ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 256.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes**..., p. 42.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105 *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes**..., p. 44.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. *Loc. cit.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 57.

Quiçá, o ponto mais sensível das críticas de Lenio Streck resida na questão da interpretação. Segundo o autor é impossível dissociar o ato de interpretar do ato de decidir (aplicar) e, não há dúvidas que "teses de perfil realista", ou seja, em que o Direito é aquilo que os tribunais superiores dizem que é, possuem uma considerável "dose de consequencialismo", em uma perspectiva "claramente utilitarista", onde o caso é tomado como limite para a aplicação das normas e, não como "parte do processo de concretização da norma." A exigência de que Tribunais de Vértice profiram decisões "universalizáveis", é confundir jurisdição com legislação²³⁵, posto que, "[...] a norma é a norma do caso! Ela não ganha vida própria depois que o texto é interpretado".²³⁶

Destaca Streck:

A norma não fica à disposição de quem simplesmente irá aplicá-la. No paradigma hermenêutico, não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma no caso, de modo que diante dos casos futuros ela também será texto (este é o segredo!) e, portanto, novamente será interpretado. E quando dizemos que será novamente interpretado, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar, diante dos novos casos, que os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e, apenas eventualmente necessitarão interpretá-lo!²³⁷

Para o autor, é como se esta parte da doutrina pretendesse transformar todos os casos em "casos fáceis" a serem resolvidos com recurso ao "silogismo". Afirma que nem o legislador, ou tampouco as Cortes de Precedentes, "seriam dotados dessa aptidão quase que mítica de resolver por antecipação todas as questões antes das perguntas".²³⁸

Como dito alhures, a interpretação seria mitigada, pois não seria o caso de retirada, por completo, da capacidade interpretativa, face a "equivocidade" dos textos, ou da vagueza (ou porosidade) da norma, sobrando "algo para os juízes do andar de baixo, notadamente quando não for tão fácil assim, o 'encaixe' do 'precedente' ao caso." Seguindo esta lógica, em determinadas situações, "os precedentes tornariam

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 59.

²³⁶ *Ibid.*, p. 63.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Loc. cit.*

²³⁸ *Ibid.*, p. 65.

'fáceis' os casos futuros, enquanto que em outras, os casos futuros continuariam sendo "difíceis".²³⁹

Streck ainda aponta uma grave contradição, afirmando que, ora a doutrina está defendendo a superação do positivismo exegético, ora, passam a defender a necessidade de Cortes de Vértice que atribuem sentido aos textos normativos, com base naquilo que chamam de "dupla indeterminação do Direito", como uma mixagem entre o "Realismo" e a "Exegese", ou seja, um Realismo exegético, senão vejamos:

Portanto, antes, são pretensamente pós-exegéticos; depois, voltam à subsunção. Afinal, como a norma já está pronta pelas Cortes de Vértice, o juiz já não interpretará (a frase é da obra de Marinoni et al. já citada anteriormente); o juiz do andar de baixo tão somente aplicará a norma. Há, aqui, mais uma mixagem de paradigmas: primeiro, em uma espécie de (neo) realismo jurídico, o Direito é aquilo que uma camada do Judiciário diz que é; depois, no "andar de baixo", uma verdadeira aplicação exegética dos "precedentes" das Cortes de Vértice. Realismo com produtos exegéticos.²⁴⁰

Aqui se faz necessária uma pequena digressão acerca da diferença entre casos fáceis e casos difíceis. Ronald Dworkin afirma que "[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativos".²⁴¹ Segundo William Soares Pugliese, Dworkin "[...] sustenta que o direito não seira um sistema de regras em sentido estrito, ou seja, 'um padrão de avaliação de condutas que segue uma gramática lógica de tipo *tudo ou nada*'. Pelo contrário, a gramática da linguagem jurídica é mais complexa e se constitui de princípios, que *envolvem algum tipo de ponderação e/ou balanceamento que somente é realizado por meio de justificação argumentativa*".²⁴²

O objetivo central do desenvolvimento das teorias da argumentação, está pautado na busca por segurança jurídica e, simultaneamente, satisfazer uma pretensão de legitimidade do direito. A pretensão de correção defendida por Dworkin implica reconhecer que o direito é construído em um corpo único, cujas normas, sejam

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes**..., p. 66.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 67.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando**..., p. 127.

²⁴² PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios**..., p. 19.

regras, princípios ou mesmo os precedentes, devem ser costurados pelo julgador em fios interpretativos como um "tecido sem costura", coerente e coeso auxiliando na construção do sistema normativo.

A decisão judicial, neste contexto, passa a ter uma obrigação de universalidade, na medida em que, além de ter os olhos no passado, ou seja, naquilo que já foi julgado anteriormente passa a se voltar também para o futuro, com vistas à construção daquilo que Dworkin denomina "romance em cadeia", tendo em cada juiz o autor de um capítulo dessa "novela".

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo." [...] Podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de "romance em cadeia". [...] Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar.²⁴³

O juiz, como autor de um capítulo do romance, atua de forma individual, mas sem se afastar do contexto da obra em construção dentro do sistema, na qual "a coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação." Essa tarefa consiste na procura de princípios e determinações de objetivos válidos para que seja possível a justificação de uma ordem jurídica "concreta" em seus "elementos essenciais" para que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares como "componentes coerentes".²⁴⁴

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império...**, p 275-276.

²⁴⁴ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 262-263.

MacCormick explica que a coerência das "numerosas normas" de um ordenamento deve fazer sentido quando "consideradas em conjunto", pois os "[...] conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou "concretas" dessa norma".²⁴⁵ Neste sentido, ao tratar da coerência em MacCormick, William Pugliese explica:

Tratar de coerência é investigar o lugar dos argumentos a partir de princípios gerais do direito na argumentação jurídica. Não se trata, portanto, de uma simples análise de coerência narrativa – esta espécie, recorde-se, está ligada ao relato fático do juiz na sentença, que deve fazer sentido. A coerência significa que as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto.²⁴⁶

Manuel Atienza afirma que, para MacCormick, a argumentação prática em geral, e a argumentação jurídica em particular, cumprem essencialmente uma função de justificação, que está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, vez que, só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, o que no caso da argumentação jurídica significa estar de acordo com os fatos estabelecidos e as normas vigentes.²⁴⁷ O autor descreve o "esforço integrador" de MacCormick, como desenvolvimento de uma teoria que equilibre os dois lados dessa balança teórica:

MacCormick trata, de certo modo, de harmonizar a razão prática kantiana com o ceticismo humano; de mostrar que uma teoria da razão prática deve ser completada com uma teoria das paixões: de construir uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa; que dê conta tanto dos aspectos dedutivos da argumentação jurídica quanto dos não dedutivos; dos aspectos formais e dos materiais; e que se situe, em resumo, a meio caminho – e esses termos são usados pelo próprio MacCormick (1978, p. 265) – entre uma teoria ultrarracionalista do Direito (como a de Dworkin, com sua tese da existência de uma única resposta correta para cada caso) e uma irracionalista (como a de Ross: as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, i. e., são produto da vontade, e não da razão).²⁴⁸

²⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 197.

²⁴⁶ PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios...**, p. 76.

²⁴⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2016. p. 135.

²⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *Loc. cit.*

Com o conceito de "integridade", Ronald Dworkin procura demonstrar que as ordens jurídicas modernas têm como norte o Estado de Direito, vez que a fundação de uma comunidade política assim constituída pressupõe o reconhecimento mútuo entre os cidadãos em um sistema de direitos, com a garantia de autonomia privada e pública. Para Habermas, o "princípio da integridade" trata de um "ideal político" de determinada comunidade, onde os "parceiros associados do direito" devem promover o reconhecimento mútuo de liberdade e igualdade, pois se trata de "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 [...]".²⁴⁹

Neste contexto, é o reconhecimento da igualdade entre os cidadãos que impõe a construção do sistema de forma íntegra, dando brilho à segurança jurídica, razão pela qual a argumentação dentro desse conjunto coerente de normas é fator de concretização da "pretensão de correção" e mais do que isso, traz estabilidade e integridade ao sistema.

Habermas afirma que cada juiz tem, intrinsecamente, uma obrigação de decidir cada caso sob a perspectiva de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios e isto é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, o que é "[...] confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres iguais".²⁵⁰ Vem daí os elementos da compõem a segurança jurídica, tema acerca do qual o autor ainda conclui:

Um sistema de direitos que não é formado apenas e a fortiori de "regras" que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtidos em programas condicionais. O conceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas [...] exige uma estrutura de regras que ultrapassam um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto,

²⁴⁹ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 267.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 268.

in casu a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica num outro nível.²⁵¹

Para William Pugliese, "[...] o caráter dialético ou argumentativo dos processos judiciais é uma característica inafastável do arranjo constitucional do Estado de Direito, pois nele os cidadãos têm a possibilidade de questionar e se defender contra qualquer acusação".²⁵², enquanto Habermas afirma que os argumentos são razões que inseridas no discurso resgatam uma "pretensão de validade" abordadas nos atos de fala "constatativos ou regulativos", que acabam por mover de forma racional os agentes argumentadores, no sentido de aceitar como válidas as "proposições normativas ou descritivas".²⁵³

Segundo Robert Alexy, o discurso jurídico é um "caso especial" do discurso prático em geral, vez que as questões jurídicas se preocupam com o que deve ou não deve ser feito ou deixado de fazer e, tais questões são debatidas com exigência de correção. Assim, é questão do "caso especial", porque as discussões jurídicas acontecem sob limites do tipo descrito.²⁵⁴

Terezinha Teles Pires afirma que Alexy procura demonstrar a veracidade de sua tese do "caso especial" da seguinte forma: i) constata que as regras gerais da razão prática, embora necessárias, não definem quais as melhores premissas das quais deve partir o raciocínio jurídico, o que, em princípio, se mostra insatisfatório, no tocante ao juízo de correção das decisões; ii) a racionalidade do discurso jurídico está limitada pela racionalidade do sistema legislativo; iii) a justificação do discurso jurídico submete-se ao princípio geral da universalização(igualdade formal); iv) as regras especiais do discurso jurídico dependem das regras do discurso geral, consolidando-as em seu processo de diferenciação; v) o caráter racional da argumentação jurídica impõe que se estabeleçam regras internas para o seu desenvolvimento.²⁵⁵

²⁵¹ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 273-274.

²⁵² PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios...**, p. 80.

²⁵³ HABEMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 280-281.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 212.

²⁵⁵ PIRES, Terezinha I. T. Teorias da argumentação jurídica e a prática discursiva do Supremo Tribunal Federal: metodologias analíticas e estudo de casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF). **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, maio/ago 2019. p. 105.

Portanto, a pretensão de Alexy com essa tese é limitar as possibilidades discursivas da prática do direito, o que inclusive evidencia a inadequação da racionalidade prática em sentido amplo, pois as respostas possuem uma relação de dependência com as premissas, o que potencializa a "[...] técnica do sopesamento e do princípio da otimização como estratégias suficientes para a refutação do decisionismo, cético em sua essência".²⁵⁶

Dito isso, pode-se bem perceber a importância do precedente na formação do ordenamento, através da justificação racional, vez que é nas razões das decisões que se alcança a integridade, a coerência e, por fim, a estabilidade do sistema em face de que, é na fundamentação da decisão que se encontram os argumentos jurídicos normativos da resolução do caso concreto que deve se amoldar ao sistema de forma construtiva.

O que aqui se defende, é o desenvolvimento do sistema de precedentes não apenas por impositivo legal, mas através da evolução da justificação das decisões por meio das teorias argumentativas, vez que é nas razões de decidir que extrai a *ratio* que deverá servir como caráter vinculativo para futuras decisões, cumprindo assim a função construtiva do sistema normativo.

3.2.4 O Precedente e o Direito como Integridade

Neste ponto da pesquisa, tendo trilhado um longo caminho em busca de respostas, ainda é possível se questionar: afinal, o Brasil tem ou não um sistema de precedentes?

Do ponto de vista da tradição do *common law*, a sistemática de precedentes "à brasileira", ainda está em construção, quanto a isso, não há a menor sombra de dúvida. Contudo, dizer que não há precedentes no Brasil, seria, em certa medida, ingenuidade, vez que, partindo do conceito basilar de precedente, como decisão proferida no passado, que serve de modelo para decisões futuras, tal prática é utilizada à exaustão no ordenamento jurídico pátrio, não é de hoje, e isso é inegável.

²⁵⁶ PIRES, Terezinha I. T. Teorias..., p. 107.

O ponto, talvez seja, que as técnicas utilizadas no *common law* há séculos, ainda podem ser consideradas novidade em terras tupiniquins; mas este dado não parece ser problema. A profusão de obras doutrinárias acerca do tema no país, o incentivo à pesquisa científica, a ampla divulgação das temáticas no palco deliberativo, ainda que seja por meio de decisões proferidas com certos equívocos metodológicos, mas que oportunizam a via recursal e o aumento do debate, tudo isso, amplifica as vozes do desenvolvimento da sistemática, e somente fará aumentar mais ainda a afinidade com a temática dos precedentes pelos operadores do Direito.

Indo adiante, veja-se que, segundo Viana e Nunes, o "[...] uso do direito jurisprudencial, por expressa colocação enunciativa, guarda conexão com a teoria dworkiniana de integridade e coerência do Direito", de tal modo que, a "[...] proposta interpretativa repercute em todos os enunciados que recomendam ou resvalam de qualquer maneira na aplicação do direito a partir de casos passados".²⁵⁷ Mas referida teoria não está solteira no CPC/15, pois existem outros exemplos, conforme afirmam os autores, senão vejamos:

Sobre a menção à teoria de Dworkin, vista como inspiradora e direcionadora do direito jurisprudencial no CPC/15, 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 apresenta 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, 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, §2.º. No referido dispositivo, fala-se em colisão entre normas e na 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. Coexiste no texto do Código, em paralelo a esse dispositivo, o art. 926, no qual facilmente se reconhece a inspiração dworkiniana. Feitas essas considerações, a inspiração teórica do Código é, de modo explícito, plúrima, o que não significa afirmar, por outro lado, que imperaria o caos devido à concorrência teórica.²⁵⁸

²⁵⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 222.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 223.

Aliás, a influência de Dworkin também é reconhecida por Streck, ao afirmar, v.g., que todo "[...] Juiz é um guardião dessa arquitetura. É um *romancista na cadeia*, é um coautor de uma obra coletiva, o Direito, cujo propósito maior é o de fazer com que o uso da força coletiva esteja justificado em princípios"²⁵⁹, em expressa e merecida referência ao "romance em cadeia" Ronald Dworkin.

Não à toa, Dworkin fala que o Direito como integridade, "[...] é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica, quanto sua fonte de inspiração", já que a função que se apresenta aos juízes que decidem casos difíceis, não é apenas contingencialmente, mas essencialmente interpretativa, pois "o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso".²⁶⁰

Explica William Pugliese que:

O Direito como integridade, portanto, utiliza-se de uma interpretação do passado para compreender o presente. Ela não é, por assim dizer, legitimadora, pois não pretende resgatar ideais ou propósitos políticos ou jurídicos com séculos de idade. Seu foco é justificar o que foi feito de modo a se adaptar a história ao presente. O objetivo dessa história é bem esclarecido pelo autor: 'que a prática atual possa ser organizada e justificada em princípios suficientemente atrativos para proporcionar um futuro honroso'. Para melhor explicar a ideia do Direito como integridade, ela é apresentada pela metáfora do romance em cadeia.²⁶¹

Cada decisão proferida dentre desse sistema íntegro, encadeado, construído com fios argumentativos como em um tecido sem costuras, possui uma "força gravitacional" em torno da qual, novas decisões devem ser proferidas de forma semelhante. Estefênia Barboza afirma que, embora não seja necessária uma adesão estrita ao passado, reside na coerência com o "conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade" a implicação de que "todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões".²⁶²

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 71.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império...**, p. 273.

²⁶¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios...**, p. 108.

²⁶² BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 249.

Conclui a autora:

A 'força gravitacional' do precedente justamente ampliará sua força para além dos novos casos que 'se situam fora da sua órbita particular'. Ou seja, não é apenas a *ratio decidendi* que irá vincular os casos futuros, mas os princípios que a embasaram. Dessa feita, o juiz deverá 'limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.'²⁶³

Está aí o sentido e a importância da integridade do Direito trazida por Dworkin, "[...] como um dos elementos centrais para a compreensão do significado do artigo 926 do Código de Processo Civil"²⁶⁴, em conjunto com a uniformidade, estabilidade e coerência. Segundo Pugliese, existem "[...] dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, no qual os legisladores procuram tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio adjudicativo, que designa o Direito (e a interpretação) a ser o mais coerente possível".²⁶⁵

A leitura do CPC/15, quanto ao Direito Jurisprudencial de forma geral, deve ser feita de forma sistemática, pois o rol contido no artigo 927 deve, necessariamente, ser lido em conjunto com o 926 (uniformidade, integridade, estabilidade e coerência) e, não menos importante, com o parágrafo primeiro do artigo 489. Feito desta forma, o sistema se aperfeiçoa, não por imposição hierárquica de subsunção e submissão, mas por racionalidade. Não à toa, "o CPC acolheu a tese do *distiguishing* no artigo 489", justamente "porque precedentes e súmulas somente se aplicam a partir da reconstrução de sua história institucional".²⁶⁶ Isso, é observar a integridade do Direito, ou, o Direito como integridade, cuja aplicação do Direito Jurisprudencial em toda sua completude, é imprescindível.

Contudo, caso adotado o sistema de precedentes obrigatório a partir de teses, cujo sentido foi atribuído pelas Cortes de Vértice, para simples aplicação pelos juízes e tribunais inferiores, corre-se o risco de estagnação do direito, face a insuperabilidade dos precedentes no modelo proposto. Veja-se que, mesmo sem a pressuposição da

²⁶³ BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 249.

²⁶⁴ PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios...**, p. 99.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 104.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes...**, p. 83.

obrigatoriedade (vinculação) dos precedentes (teses, enunciados etc.), os filtros que já existentes para admissão dos recursos nobres, são entraves consideráveis, o que pode, certamente se agravar com o modelo proposto.

Segundo Viana e Nunes, "[...] há o risco de o advogado se sentir altamente desestimulado no combate argumentativo contrário a determinado precedente vinculante cujas razões sejam equivocadas, esvaziando-se a persecução da própria integridade prescrita no art. 926", vez que, é de sabença comum que boa parte dos causídicos que atuam na tradição do *civil law*, não possuem total afinidade com as técnicas de aplicação dos precedentes judiciais, sendo bem "[...] previsível a estagnação do direito jurisprudencial ou precedentalista, a menos que se perceba a mudança profunda implementada pelo CPC/15, que atribui ao advogado o dever de consideração e aperfeiçoamento quanto às técnicas de formação e aplicação do direito jurisprudencial".²⁶⁷ Concluem que "[...] uma coisa é o advogado apontar (para o cliente) 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 (incondicionado) do precedente."²⁶⁸

Da mesma forma, os juízes necessitam alcançar essa compreensão de uma forma mais adequada acerca da dinâmica de funcionamento do sistema de precedentes, de modo genuíno, o que deve ocorrer segundo esse novo modelo participativo, em respeito a integridade e a coerência do direito, levando-se em consideração a força gravitacional do precedente.

Essa lógica, de obediência quase cega aos precedentes, tomou contornos bem interessantes quando, defendida por Marinoni, a tese de uma suposta *Ética dos Precedentes*²⁶⁹, pautada na premissa de que, o Brasil não é capaz de adotar um sistema de precedentes face ao patrimonialismo e ao personalismo, tendo como norte, a dicotomia entre a *ascese intramundana* desenvolvida a partir da ética protestante²⁷⁰

²⁶⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 239.

²⁶⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Loc. cit.*

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética...**

²⁷⁰ WEBER, Max. **A ética...**

da Europa e da América do Norte e, o "jeitinho" do "homem cordial"²⁷¹, de origem católica sob influência luso-ibérica, na América do Sul.

Viana e Nunes realçam:

Visando ao ajuntamento de argumentos favoráveis à reafirmação do poder das Cortes Supremas, Marinoni situa o desprezo aos precedentes em fatores sociais. Pare ele, patrimonialismo e personalismo são como chagas inviabilizadoras do associativismo, da coesão social e de instituições fortes, cuja explicação se dá pelas origens culturais do Brasil. A esfera pública é invalidada pelos interesses íntimos e forma-se grupos nos tribunais, capazes de manipular decisões. Dessa forma, somente a atribuição de autoridade às decisões das Cortes Supremas seriam capaz de dificultar o "jeito" e o "lobby", práticas essas, segundo afirma, 'peculiares às relações dotadas de pessoalidade e características à formação cultural brasileira. 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.²⁷²

Para os autores, o destaque dessa dicotomia, de um Brasil repleto de corruptos, homens cordiais e passionais, enquanto em outros países, as pessoas são eficientes, racionais e avessas à corrupção, conduz à crença de que aqui, tudo é diferente (para pior), resultando na manutenção de um "racismo cultural que em nada espelha" a realidade brasileira, principalmente, em se considerando que a força hegemônica das elites jurídicas conservadoras, é uma preocupação acadêmica em todos os sistemas jurídicos.²⁷³

Assim, concluem que "[...] a crença nas defendidas cortes supremas como a do grande garante de um suposto receptáculo da resposta vinculante a ser seguida e de seu inerente acerto nos cria um modelo ultraestatalista que se autolegitima e esvazia o papel da cidadania, o que não se pode aceitar em um Estado democrático de Direito".²⁷⁴

A bem da verdade, a formação dos precedentes pode muito bem ser guiada, além da determinação normativa, pelo contraditório dinâmico e pelo dever de fundamentação, enquanto o alargamento do rol de precedentes obrigatórios, poderia,

²⁷¹ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Op. cit.*

²⁷² VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 240.

²⁷³ *Ibid.*, p. 243-244.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 248.

de alguma maneira resultar em um nefasto engessamento do direito, face a impossibilidade de sua superação. O ponto de grande preocupação é a possibilidade de a adoção da sistematização de precedentes vinculantes resultar em um achatamento da argumentação, quando as questões jurídicas já tiverem sido anteriormente decididas, na medida em que, pouco a pouco, os casos deixariam de ser discutidos diante da inviabilidade de superação de determinada tese.²⁷⁵

Veja-se que, embora o elemento quantitativo, ou seja, "a possibilidade de diminuição da carga de trabalho, devido à dispensa de apreciação do mérito em um sem-número de casos [...]", seja, de fato, algo positivo, há por outro lado, uma preocupação com o alto custo que este dinamismo pode cobrar, "[...] na medida em que acarreta uma perda no processo argumentativo, algo imprescindível à evolução do Direito." Isso porque, não há como pensar na busca por uma resposta correta, sem ter em mente o enriquecimento do processo através da formulação e consideração dos argumentos jurídicos na formação das decisões. Assim, "[...] a diversidade de teses argumentativas deve ser vista como ponto de melhoria no próximo sistema, e não como entrave, cuja razão de ser se reduziria à promoção da dispersão jurisprudencial".²⁷⁶

Veja-se que o próprio Marinoni não nega a necessidade de se declarar a *ratio decidendi* dos precedentes obrigatórios, ressaltando, inclusive, a possibilidade de interpretação por parte das cortes inferiores, senão vejamos:

[...] A 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 à 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.²⁷⁷ (sem grifos no original)

Marinoni tem razão, pois, paradoxalmente, se a função de atribuir sentido à norma através do precedente obrigatório é, exclusivamente, das Cortes Supremas,

²⁷⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 251.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 252.

²⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento...**, p. 132.

através do anúncio da tese, ou enunciado por meio da declaração da *ratio decidendi*, não há como eximir as cortes inferiores de interpretar o precedente ao aplicá-lo, podendo inclusive dele divergir, como aliás, destacam Viana e Nunes:

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 nisso 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.²⁷⁸

Aqui uma verdade incontestável, quase um dogma: "É no diálogo comparatístico entre os casos (precedente e sucessivo) que se pode falar, verdadeiramente, em precedente"²⁷⁹, donde resulta que, somente com o adensamento das teorias relativas ao sistema de precedentes tradicional e suas respectivas técnicas de aplicação, com a impreterível aplicação das normas contidas nas disposições legais do CPC/15, relativas ao contraditório dinâmico e a mutação do ônus argumentativo, é que se verá consagrada essa nova sistemática de precedentes judiciais, com força vinculante, não só pela posição hierárquica, mas pela integridade e racionalidade que sua fundamentação trará ao ordenamento jurídico.

William Pugliese ressalta que, na tradição do *common law*, com base na doutrina do *stare decisis*, "[...] o que vale, ou vincula, nessas decisões, não é simplesmente o resultado da decisão, mas sim a argumentação que desvela, declara ou diz o Direito", sendo que o artigo 926 do CPC/15, tem caráter normativo para o que deva ser o seu conteúdo, de forma a orientar o tratamento e a argumentação pelos respectivos tribunais. O autor ainda concluir que a "[...] coerência do ordenamento e a consistência das regras jurídicas levam à estabilidade na argumentação jurídica desenvolvida pelos tribunais, pois reforçam os preceitos ligados ao *stare decisis*".²⁸⁰

²⁷⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Op. cit.*, p. 256.

²⁷⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Loc. cit.*

²⁸⁰ PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios...**

Nesta toada, não há como negar que o fator de vinculação dos precedentes, embora possa em alguma medida atender padrões decisórios na busca pela otimização quantitativa do sistema, não pode prescindir da observância ao ônus argumentativo da construção dos fundamentos jurídicos das decisões, facilitando a extração da *ratio decidendi*, donde sobressai a força gravitacional do precedente.

CONCLUSÃO

A pesquisa científica é um exercício solitário e solidário. Solitário porque o diálogo construtivo do processo cognitivo é feito a partir das perguntas e respostas obtidas na revisão bibliográfica, ou seja, o pesquisador com seus textos; solidário, porque conta com os debates acadêmicos e a solidariedade de outros pesquisadores, o que torna a atividade uma odisseia sazonal, solidificada nos altos-e-baixos de um gradiente de emoções havidos nas descobertas de respostas confirmadas ou refutadas.

Quem dera, as convicções do neófito acadêmico se mantivessem ao longo do processo, mas não; cada uma delas vai sendo desconstruída até não sobrar pedra-sobre-pedra, e dos escombros, se reconstrói o pensamento científico, em uma edificação mais concreta de saberes que, muito embora pareçam finalizados, não passam de fundação para a continuidade da vida do pesquisador em novas empreitadas.

Na presente pesquisa, as perguntas surgiram da prática cotidiana do autor na judicatura, com o intuito de acrescentar cabedal teórico à experiência eminentemente empírica; contudo, os entraves do déficit no campo das teorias do Direito, logo se fizeram sensíveis; das deficiências, evidenciaram-se as necessidades e, com base nessas necessidades, a rota foi traçada.

O tema sempre foi o mesmo, qual seja, a sistemática de precedentes adotada no Direito brasileiro, desde a sua origem, até a edição do Código de Processo Civil de 2015 e o estado atual da arte, no entanto, partindo-se do pressuposto de que o ignorante não tem dúvidas, pois ignora que duvida, ainda não havia perguntas claras a serem feitas e, por conseguinte, não se chegaria à resposta alguma.

Quiçá por isso, o início do trabalho enveredou para as raízes da formação do Estado, no intuito de entender as razões para a construção do Direito dentro de cada perspectiva, a partir de rupturas históricas, paradigmáticas de cada tradição, que impulsionaram as teorias do Direito no mundo ocidental. Neste ponto, foi-se compreender que os reflexos da alta idade média nos reinos da Europa no modelo feudal, uma idade de trevas, devastada pela grande peste negra; pela guinada racional do teocentrismo para o antropocentrismo; pelas necessidades das classes burguesas quanto a tutela dos direitos (principalmente a propriedade), que formaram as bases do capitalismo impactado pela pluralidade do direito da época, tudo isso, impulsionou a

fundação do Estado moderno, com a tripartição dos poderes e a evolução do Estado de Direito.

O Direito se cindiu em famílias, tendo como principais, no ocidente, o *common law*, cuja tradição tem nos precedentes sua principal fonte de direito, e o *civil law*, codificado, legicentrista, onde vige a supremacia do parlamento. Embora tal cisão tenha afastado as tradições no início, essas famílias volveram a se aproximar, tendo na sistemática de precedentes um claro sinal dessa reaproximação.

Para falar de precedentes judiciais, instituto típico da tradição do *common law*, foi preciso beber na fonte para descobrir que, a relativa estabilidade política trazida com a unificação do Reino da Inglaterra, no séc. X e, as reformas implementadas por Henrique II, modernizando o Direito inglês com a centralização da jurisdição dos antigos tribunais locais para o Juízes Régios itinerantes, fez com que o a antiga tradição do *common law* se mantivesse também estável e não fosse seduzida pelas ideias implementadas mais tarde com a redescoberta do Direito romano, que influenciou sobremaneira os demais reinos da Europa ocidental. Os costumes imemoriais do homem inglês viraram precedentes, os precedentes se tornaram fonte primária do Direito inglês, e a vinculação se fez presente pela adoção da doutrina do *stare decicis et nom quieta movere*.

Do outro lado do Canal da Mancha, as ideias iluministas que desencadearam a Revolução Francesa no sec. XVIII, influenciadas pela dogmática formalista do Direito Canônico e a supremacia do Parlamento, estimularam o desenvolvimento da primeira escola positivista, denominada Exegese. O juiz, neste panorama, era apenas um aplicador da lei, desautorizado a realizar interpretações sobre texto legal, limitando-se a subsunção do caso à norma.

Constatou-se que o continente europeu não vivia apenas no formalismo exegético e, após a queda do Sacro Império Romano-germânico, surge entre os povos germânicos, impulsionados pelo *volkgeist* (espírito do povo), uma contrapartida, uma reposta antiformalista, com pretensão de cientificidade, cujo rompimento paradigmático da reforma protestante, a tradução e publicação dos textos bíblicos, fez se desenvolver a hermenêutica, que se espalhou para vários campos do saber, principalmente para o Direito, que frutificou na Alemanha, não sob a perspectiva do juiz, como na Inglaterra, nem do legislador, como na França, mas sob o olhar científico do professor.

O positivismo francês, exegético, estimulou o desenvolvimento das várias escolas positivistas na Alemanha, a exemplo da escola histórica, da jurisprudência de conceitos, da jurisprudência de interesses, da jurisprudência do direito livre, muito influenciadas pelo Direito Romano e este modelo, romano-germânico, foi definitivo também para o surgimento de uma corrente positivista na Inglaterra.

Eis o ponto de contato entre as tradições do *common law* e do *civil law*, que justifica a aproximação e a utilização de técnicas e institutos comuns entre as duas famílias. O(s) positivismo(s), cada qual sob sua perspectiva, resultado do profundo e constante diálogo e troca de informações entre os vários teóricos e jusfilósofos, ao longo de séculos, na Europa insular e continental, permanece dando frutos até os dias atuais.

E o Brasil, o que tem a ver com isso? Tem a adoção de uma sistemática complexa de utilização de precedentes, típico do modelo adotado no *common law*, em vigor desde a edição do Código de Processo Civil, em março de 2015. Mas por qual razão, em 2022, ou seja, sete anos após a entrada em vigor dessa sistemática, ainda não há unanimidade na doutrina acerca da aplicação e utilização de precedentes no Brasil? A pesquisa então começa a tomar corpo. As perguntas que precisavam ser respondidas levaram a outras perguntas: mas se o Brasil sempre adotou o Direito Jurisprudencial como técnica de formação de convicção para prolação de decisões com base em decisões paradigmáticas, o que o CPC/15 trouxe de novo?

Foi-se descobrir que o sistema normativo brasileiro, desde os tempos do Império vem se preocupando com o Direito Jurisprudencial. A utilização dos assentos portugueses no início, depois, a instituição dos próprios assentos brasileiros, os prejudgados, as súmulas de jurisprudência, as súmulas vinculantes, a temática de recursos repetitivos, tudo indicando que a nova sistemática, seria mais um passo dado pelo legislador para evitar a dispersão jurisprudencial, dando brilho ao princípio da igualdade e a tão almejada segurança jurídica.

Após a análise dessa verdadeira escalada legislativa, deparou-se com uma considerável profusão de normas sobre o Direito Jurisprudencial, antes mesmo da edição do CPC/15, confirmando a hipótese de que a dispersão da jurisprudência sempre foi uma preocupação no Direito brasileiro e, tratando-se de um país legicentrista, sob a tradição do *civil law*, o legislador, há muito vem buscando, por meio da edição normativa, regular o tema.

No trajeto, deparou-se com mais um grande rompimento de paradigmas em nível global. O final da Segunda Grande Guerra, trouxe reflexos de toda a ordem, mas não há dúvida que, um dos principais, foi a consolidação dos direitos humanos, consagrados em direitos fundamentais, reconhecidos nas constituições dos países, nos pactos internacionais de direito humanos, tudo elevado a status Constitucional. Nessa perspectiva, o judiciário é alçado a um patamar de protagonismo sem "precedentes", com o perdão do trocadilho. A supremacia material dos direitos fundamentais, como trunfos das minorias contra as majorias, traz uma concepção substantiva desses direitos, e não meramente formal. A mudança na técnica legislativa, com textos abertos e conceitos jurídicos indeterminados, com alto grau de abstração, elevou as Cortes Constitucionais, os juízes e tribunais à condição de guardiões da Constituição.

No Brasil, que já havia adotado o controle de constitucionalidade do modelo norte-americano desde a Proclamação da República, restou consagrado na Constituição de 1988 o modelo misto, ou seja, difuso e, ao mesmo tempo, concentrado de controle o que faz aumentar mais ainda a necessidade da utilização de precedentes para se evitar a dispersão jurisprudencial.

Em paralelo, a doutrina já se debruçava sobre a necessidade de utilização de *Precedentes Obrigatórios* no sistema normativo do Brasil, o que se reflete inclusive, na Exposição de Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, de junho de 2010, indicando que a opção legislativa, mais do que a preocupação quantitativa, teve uma preocupação qualitativa, no sentido de inserir uma sistemática com considerável carga teórica, pautadas na integridade e na coerência, com vistas a uniformidade e estabilidade.

Promulgada a Lei n.º 13.105, em 16 de março de 2015, a temática dos precedentes foi trazida ao centro dos debates e logo os reflexos foram sentidos em todas as áreas do Direito. O novo processo participativo, a partir do contraditório dinâmico como garantia de influência na construção dos pronunciamentos e da não surpresa nas decisões, consagrados no artigo 10, no artigo 489 e seguintes, lidos em conjunto com o artigo 926, onde resta pouco mais do que evidente a adoção da integridade e da coerência, inspiradas na teoria de Dworkin, deixam clara a mutação do ônus argumentativos para os atores do processo.

Evidenciou-se a necessidade de equilibrar questões quantitativas e qualitativas. As novas técnicas dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Incidentes de Assunção de Competência, aliadas às temáticas da repercussão geral, indicam a preocupação com o padrão decisório e a quantidade de recursos que abarrotam os tribunais superiores.

Contudo, percebeu-se que a proposta da adoção de um modelo de Cortes Supremas, responsáveis pela elaboração de teses com base em enunciados e súmulas, vem sofrendo críticas por parte da doutrina que entende que a formação da sistemática de precedentes depende da argumentação jurídica, a partir da mutação do ônus argumentativo dentro do processo cooperativo, na busca pela construção de decisões com fundamentos dos quais se possa extrair a *ratio decidendi*, de forma a atribuir a almejada racionalidade ao sistema jurídico.

De tudo quanto foi observado, se pode constatar que no Brasil, embora se tenha adotado um modelo de precedente típico do *common law*, os operadores do Direito ainda não possuem a fluência na utilização das várias técnicas típicas da tradição. O exemplo mais claro, está na vinculação. Por aqui, se pretende adotar um tipo de vinculação por imposição hierárquica, através da criação de precedentes para o futuro, em forma de teses ditadas pelas Cortes de Vértice, as quais possuiriam a competência exclusiva para a interpretação da lei, cabendo aos tribunais hierarquicamente inferiores, apenas a aplicação.

Contudo, a vinculação típica do *common law*, não é imposta, mas construída pela racionalidade das decisões proferidas em um todo íntegro e coerente, conforme a doutrina do *stare decisis*, no modelo do romance em cadeia de Ronald Dworkin. A integridade se constrói no tempo, através da racionalidade da fundamentação das decisões que passam a compor esta novela em capítulos, com um olhar no passado, sem perder de vista as decisões do porvir.

Assim, o que restou constatado na pesquisa, é que a forma de obediência aos precedentes que se utiliza no Brasil, por imposição legal, pode resultar em um esvaziamento do ônus argumentativo, contrário a intenção legislativa de atribuir arcabouço teórico no texto legal. Esse possível esvaziamento, impactaria frontalmente na robustez das fundamentações que, por conseguinte, dificultaria a extração da *ratio decidendi* das decisões, que é o meio pelo qual um precedente cria força gravitacional.

De qualquer sorte, o precedente trazido ao centro dos debates jurídicos e acadêmicos, por si só demonstra evolução do Direito Jurisprudencial no Brasil. O tempo de adaptação ao ordenamento é diretamente proporcional a importância que os atores do processo darão ao tema. Não há dúvida que a sistemática inovadora trazida pelo CPC/15 ainda carece colmatação, principalmente no campo teórico, ponto no qual a academia tem imprescindível relevância.

Como visto, o Direito da modernidade se desenvolveu sob três perspectivas distintas, sendo que, no Brasil, ainda que o legicentrismo seja o ponto de vista predominante, o juiz, já há décadas, tomou seu lugar de protagonismo e, mais ainda com a adoção dessa nova sistemática de precedentes. Quiçá, diante das deficiências teóricas da atualidade, não tenha chegado a hora dessas mudanças passarem a ser analisadas sob a perspectiva do professor/doutrinador, a exemplo do que aconteceu na Alemanha séculos atrás.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2016.

BARBOZA, Estafânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERNAL, Andrés Botero. **Positivismos jurídicos (1800-1950)**: estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época. Bucaramanda, Colombia: Universidad Industrial de Santander, 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 2.684, de 23 de outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-norma-pl.html>>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 16.273, de 20 de dezembro de 1923. Reorganiza a Justiça do Districto Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16273.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 19.408 de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19408.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 23.055, de 9 de Agosto de 1933. Institue recurso "ex-officio" de decisões das justiças locais, e dá outras providencias. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23055-9-agosto-1933-502941-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2346.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 7, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc07.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 319, de 25 de novembro de 1936. Regula o recurso das decisões finais das Côrtes de Appellação e de suas Camaras. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-319-25-novembro-1936-556810-republicacao-76951-pe.html>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.139, de 30 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9139.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9756.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10352.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.276, de 7 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11276.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3.º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11672.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.322, de 9 de setembro de 2010. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12322.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.844, de 19 de julho de 2013. Amplia o valor do Benefício Garantia-Safra para a safra de 2011/2012; amplia o Auxílio Emergencial Financeiro...; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12844.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos. O movimento pós-positivista e a "visão" neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 12, p. 105-124, jul./dez. 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedentes judiciais como fonte do direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 3. ed. rev. São Paulo: Martins Editora Livraria Ltda., 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABEMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Schwarcz, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

LEMES DA ROSA, Viviane. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. **Os desafios do estado moderno, federalismo e integração regional**. 2003. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba/Munique, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **A ética dos precedentes**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisdição ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: RT, 2018.

PIRES, Terezinha I. T. Teorias da argumentação jurídica e a prática discursiva do Supremo Tribunal Federal: metodologias analíticas e estudo de casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF). **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, maio/ago 2019.

PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

_____. O papel das súmulas no direito brasileiro contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 11, n. 21, p. 143-166, ago./dez. 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

_____. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VAN CAENEGEM, Raoul C. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Edipro, 2020.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **Ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madri: Editorial Trotta S.A., 2007.