

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DA (RE)CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELA DIALETICIDADE
PROCESSUAL**

Raphael Vilela dos Santos

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DA (RE)CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS PELA DIALETICIDADE
PROCESSUAL**

Raphael Vilela dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.^o Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2017

**DA (RE)CONSTRUÇÃO OS PRECEDENTES JUDICIAIS PELA DIALETICIDADE
PROCESSUAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Vinícius Marin Cancian
Examinador

Presidente Prudente/SP, 08 de novembro de 2017.

Quem sou eu? Seguidamente me dizem
que deixo a minha cela
sereno, alegre e firme
qual dono que sai do seu castelo.

Quem sou eu? Seguidamente me dizem
que falo com os que me guardam
livre, amável e com clareza
como se fosse eu a mandar.

Quem sou eu? Também me dizem
Que suporto os dias do infortúnio
Impassível, sorridente e altivo
como alguém acostumado a vencer.

Sou mesmo o que os outros dizem a meu respeito?
Ou sou apenas o que eu sei a respeito de mim mesmo?
Inquieto, saudoso, doente, como um pássaro na gaiola,
Respirando com dificuldade, como se me apertassem a
garganta,
faminto de cores, de flores, do canto dos pássaros
sedento de palavras boas, de proximidade humana
tremendo de ira por causa da arbitrariedade e ofensa
mesquinha,
irrequieto à espera de grandes coisas,
em angústia impotente pela sorte de amigos distantes,
cansado e vazio até para orar, para pensar, para criar,
Desanimado e pronto para me despedir de tudo?

Quem sou eu? Este ou aquele?
Sou hoje este e amanhã um outro?
Sou ambos ao mesmo tempo? Diante das pessoas um
hipócrita?

E diante de mim mesmo um covarde queixoso e
desprezível?
Ou aquilo que ainda há em mim será como um exército
derrotado,
que foge desordenado à vista da vitória já obtida?

Quem sou eu? O solitário perguntar zomba de mim.
Quem quer que eu seja, ó Deus, tu me conheces,
sou teu.

DIETRICH BONHOEFFER, *in: Resistência e
submissão: cartas e anotações escritas na
prisão.*

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não seria possível sem o apoio de algumas pessoas que contribuíram diretamente para sua conclusão.

Registro aqui o agradecimento aos meus familiares, principalmente aos meus pais por todo o incentivo e investimento, por me apoiarem em momentos de renúncia para que essa etapa pudesse ser concluída. Aos meus avós, pelos vários dias que me acolheram para que eu pudesse participar de projetos da faculdade, sempre muito carinhosos, atenciosos e compreensivos com minhas estadias muito corridas. O apoio incansável de vocês é que possibilitou o êxito dessa produção.

Reconheço minha eterna dívida para com meus professores e todo o conhecimento por eles compartilhado, sem os quais, nada disso seria possível, assim como para com meus irmãos Vinícius Vilela e Murilo Vilela, cuja convivência me proporcionou uma busca pela contínua evolução.

Ao orientador Rodrigo Lemos Arteiro pela oportunidade de orientação, a qual foi fundamental para o direcionamento da abordagem que seria feita sobre a temática e pela confiança na possibilidade de que esse trabalho seria exitoso.

Também não poderia deixar de ser grato aos professores Daniel Colnago e Vinicius Cancian, que mui gentilmente acolheram meu pedido para comporem essa banca examinadora, o que só contorna essa momento de ainda maior responsabilidade.

Porém, minha maior dívida, é para com Deus, dívida que não posso pagar, pois não tenho com agradecer por todos os benefícios que me tem feito, e pelo privilégio de ter sobre mim sua eterna graça, que tem me sustentado até aqui. Muito obrigado Senhor.

RESUMO

Essa produção faz uma abordagem da temática dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, mas tem a precípua função de os analisar no tocante à sua (re)construção, ou seja, analisar todas as questões que envolvem sua formação, desde a legitimação dos precedentes pelo princípio democrático, até a dilatação dessa legitimidade pela participação de terceiros intervenientes como o Ministério Público e o *amicus curiae*, como forma de integrar a sociedade ao debate de formação dos precedentes, o que é demasiadamente importante, visto que este se caracteriza como fonte formal do Direito, portanto, tendente a delinear a conduta da sociedade. O fundamento último de sustentação sobre a temática se encontra na prática da dialeticidade processual como importante atividade a ser tomada no contexto decisório, de forma a legitimar o precedente, e, para isso, o presente trabalho aponta como principais métodos a aplicação da própria cooperação processual que é prevista pelo Código de Processo Civil, como, também, da vertente filosófica do agir comunicativo de Jürgen Habermas, para que, de fato, haja maior dialeticidade na atividade decisória exercida pelo magistrado, de modo a conferir ao precedente que se alcance de fato sua finalidade, a essência de instrumento tendente a fornecer justiça, segurança jurídica e previsibilidade das decisões, e divorciar-se das “decisões lotéricas” e dos fundamentos de utiliza-lo como forma de aliviar a quantidade de processos que se encontram no Judiciário e de promover a economia processual, quando, na verdade, se estaria promovendo é uma injustiça. Assim, o que se demonstra é que o precedente não se trata de decisão que deverá ser subsumida automaticamente, ao contrário, deverá depender de um efetivo embate jurídico argumentativo capaz de dar validade à sua aplicação, dinamizando o entendimento, e, de fato, promovendo justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Cooperação Processual. Agir Comunicativo. Dialeticidade Processual.

ABSTRACT

This production approaches the theme of judicial precedents in the Brazilian legal system, but it has the primary function of analyzing them in relation to their (re)construction, that is, analyzing all the questions that involve their formation, from the legitimization of the precedent by the democratic principle, to the dilation of this legitimacy by the participation of third parties such as the Public Prosecution Service and the *amicus curiae*, as a way of integrating society into the debate of formation of precedents, which is too important, since it is characterized as a source formal law, therefore, tending to delineate the conduct of society. The ultimate basis of support on the subject lies in the practice of procedural dialecticity as an important activity to be taken in the decision making context, in order to legitimize the precedent, and for this, the present work points out as main methods the application of procedural cooperation itself which is foreseen by the Code of Civil Procedure, as well as the philosophical aspect of the communicative action of Jürgen Habermas, so that, in fact, there is greater dialecticity in the decision-making activity exercised by the magistrate, in order to confer the precedent that is actually reached the essence of an instrument aimed at providing justice, legal certainty and predictability of decisions, and divorce from the "lottery decisions" and the grounds for using it as a way of alleviating the number of cases in the Judiciary and to promote the procedural economy, when, in fact, if it were being promoted, it is an injustice. Thus, what is shown is that the precedent is not a decision that should be subsumed automatically, rather, it must depend on an effective argumentative legal clash capable of validating its application, streamlining the understanding, and, in fact, promoting justice.

WORD-KEY: Judicial precedents. Procedural Cooperation. Act Communicative. Procedural Dialecticity.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 ESCORÇO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL | 10 |
| 2.1 As Tradições Jurídicas..... | 12 |
| 2.1.1 A formação da <i>common law</i> | 14 |
| 2.1.2 A formação da <i>civil law</i> | 18 |
| 2.1.3 As principais diferenças e proximidades entre as tradições | 22 |
| 2.2 Uma Análise ao Contexto Brasileiro | 25 |
| 3 DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL | 28 |
| 3.1 Generalidades Sobre a Cooperação..... | 29 |
| 3.2 A Natureza Jurídica da Cooperação | 30 |
| 3.3 A Cooperação Processual e o Código de Processo Civil..... | 32 |
| 3.3.1 Código de 1973 | 32 |
| 3.3.2 Código de 2015 | 33 |
| 4 ABORDAGEM ESSENCIAL AO ESTUDO DOS PRECEDENTES | 34 |
| 4.1 O Precedente e a Jurisprudência..... | 34 |
| 4.2 O <i>Stare Decisis</i> | 38 |
| 4.3 A <i>Ratio Decidendi</i> : Sua Delimitação e a Correlação com o <i>Obiter Dictum</i> | 41 |
| 4.4 <i>Overruling</i> como Técnica de Superação do Precedente..... | 44 |
| 4.5 <i>Distinguishing</i> como Método Garantidor da Igualdade | 45 |
| 5 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL | 48 |
| 5.1 O Campo de Aplicação dos Precedentes: da Teoria à Práxis | 48 |
| 5.2 O Precedente Judicial como Fonte Formal do Direito e a Inevitável Uniformização Interpretativa dos Precedentes Judiciais | 50 |
| 5.3 A Compatibilização dos Precedentes Judiciais Obrigatórios com as Garantias Processuais Constitucionais..... | 51 |
| 6 A (RE)CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS | 53 |
| 6.1 Os Precedentes Judiciais e Princípio Democrático..... | 53 |
| 6.2 O Convencimento Judicial sob a Ótica da Influência das Partes e a Participação do Ministério Público e da Figura do <i>Amicus Curiae</i> | 59 |
| 6.3 A Cooperação Processual e o Agir Comunicativo de Jürgen Habermas como Garantia do Contraditório Efetivo para a Construção da Decisão Judicial | 62 |
| 7 CONCLUSÃO | 69 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 71 |

1 INTRODUÇÃO

Houve uma intensificação de estudos no sentido de adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, o qual cresceu de maneira exponencial com a previsão de sua possibilidade pelo Código de Processo Civil de 2015.

A justificativa que pautava essa necessidade se encontra na crítica à ineficiência do Estado de Direito, uma vez que não poderia haver garantia desse se quando da resolução pelo Judiciário, casos iguais fossem decididos de formas diversas, representando uma afronta ao direito fundamental da igualdade e o recebimento de tratamento isonômico, o que caracterizava uma verdadeira “loteria jurisprudencial”, em que o fator sorte fazia parte da composição do resultado do processo.

Esse cenário caótico foi formado com base essencial em uma interpretação equivocada do princípio do livre convencimento do juiz, que, aliado à liberdade funcional e o direito de julgar conforme sua própria consciência, resultou em desastrosas e díspares decisões.

Assim, o presente estudo foi inaugurado com uma contextualização histórico-evolutiva do direito processual civil, abordando suas características e seu desenvolvimento no decorrer da história. Nesse contexto, mostrou-se necessário abordar as tradições jurídicas existentes, uma vez que há íntima ligação entre essas e o sistema de precedentes judiciais.

Pelo fato de a proposta capital dessa pesquisa ser a legitimação da (re)construção dos precedentes judiciais pela dialeticidade processual, investiu-se relevante estudo específico à novidade da cooperação processual que foi trazida pelo atual Código de Processo Civil, tratando de suas generalidades e sua natureza.

Não obstante, desenvolveu-se uma análise essencial para que se pudesse prosseguir a verticalização da temática, haja vista que o tema propõe uma variedade de termos muito específicos, e a compreensão do principal só se possibilitaria com seu entendimento no geral, ocasião em que se falou sobre a doutrina do *stare decisis*, a delimitação da *ratio decidendi* e sua correlação com o *obiter dictum*, falando-se ainda do *overruling* como técnica de superação dos precedentes e do *distinguishing* como método garantidor da igualdade.

Finalizada essa parte de alinhamento terminológico do instituto, inaugurou-se o processo de aprofundamento do tema dos precedentes judiciais, especialmente sobre o trato do seu campo de aplicação, sua caracterização como fonte formal do direito e a sua compatibilização com as garantias processuais constitucionais.

Por fim, dada toda a introdução de estruturação do presente trabalho, chegou-se ao ponto central da pesquisa, que é a análise da (re)construção dos precedentes judiciais, com a proposta de existirem meios de garantir maior legitimidade à essa atividade.

Não obstante, no tocante a esse ponto, a atenção foi voltada ao embate crítico existente sobre os precedentes judiciais e o princípio democrático, apresentando a nova roupagem, que estabeleceu uma nova aparência de evolução do contraditório, visando sua efetividade, ou, como aqui denominado: o contraditório qualificado.

Posteriormente, apontou-se a hipótese de não só as partes, mas como também de terceiros intervenientes, como o Ministério Público e o *amicus curiae*, influenciarem no convencimento judicial, efetivando os princípios do contraditório e da ampla defesa, legitimando a (re)construção do precedente judicial pela sua democratização.

Dada a importância do tema, e a preocupação da presente pesquisa em ser relevante para o contexto atual dos precedentes, foi apresentada a proposta de se conceder legitimidade ao precedente por meio da participação das partes e terceiro intervenientes, observando que o próprio Código de Processo Civil apresenta, na cooperação processual, a postura das partes para o contexto litigioso, assim enriquecendo a proposta com a aplicação da teoria do agir (ou ação) comunicativo de JÜRGEN HABERMAS para a efetivação da dialeticidade no processo como forma de conferir legitimidade democrática aos precedentes.

Quanto à proposta metodológica, a presente pesquisa se assentou sobre uma modelagem descritiva, apontando o sistema de precedentes em países de tradição *common law*; e outra normativa, com a apresentação de uma proposta tendente a compatibilizar a (re)construção dos precedentes judiciais às garantias processuais constitucionais, baseando-se em investigação bibliográfica e métodos dedutivo e indutivo, na busca por uma fundamentada conclusão sobre o tema proposto.

2 ESCORÇO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Não é razoável que o estudo de determinados institutos ocorra apenas do momento de sua origem em diante, outrossim, faz-se necessária uma análise pormenorizada, um minucioso estudo sobre sua razão de ser e os motivos que levaram o seu surgimento/desenvolvimento, visto que toda criação no cenário jurídico é uma reação às ações que ocorrem na sociedade, com o fundamental papel de dar a resposta adequada aos fatos sociais.

Essa análise será aqui denominada como *escorço histórico-evolutivo*, pois terá fulcro não apenas isoladamente no estudo histórico de como e por que determinado instituto surgiu, mas também contará com um fundamento primordial e igualmente importante, que é a análise de sua evolução no decorrer do tempo, e a forma de como diferentes tradições jurídicas e suas características essenciais trataram os mesmos temas, mas, com visões diferentes.

A história do direito processual civil é muito interessante, uma vez que relatos que datam de muito antigamente evidenciam um momento em que os juristas da época confundiam as normas de direito material com as normas de direito processual, de modo que o direito processual não foi sempre tido como ciência autônoma, mas sim, era visto como mera carta de procedimento para que fosse possível se exercitar o direito material dos jurisdicionados.

O Direito Romano foi o grande pioneiro na criação do direito, pois era muito evidente a característica marcante da oralidade, a qual era trazida pela falta de positivação consequente da falta de autonomia do direito processual.

Essa ocasião muito incomodou juristas italianos, que, a partir de então, começaram a estudar a possibilidade de criação e previsão de normas processuais. Deste modo, o processo, que anteriormente era predominantemente oral, passaria a ser escrito, assim como é até os dias de hoje nos países de tradição *civil law*, os quais se apoiam em codificações.

Para esses juristas, essa mudança do direito processual traria como principal consequência uma melhor aplicabilidade/operabilidade do direito, de modo a possibilitar a criação da sistemática processual, ou seja, seria possível um mapeamento dos atos processuais, de modo a concatená-los, entretanto, a única forma por eles vislumbrada para fazer isso seria a previsão de condutas.

Melhor elucidando, o que ali se pretendeu ao se positivizar o direito é prever a devida consequência para cada ato possível de ser praticado com base em todo o repertório por eles já vivido.

Foi ainda no direito romano que houve uma interessante inovação no direito processual em uma relevante questão, essa foi a obrigatoriedade de se levar todo o conteúdo probatório capaz de auxiliar no deslinde do processo à presença do Estado-juiz, para que este possa exercer sua jurisdição sobre essas provas, emitindo sobre elas sua valoração e sua capacidade de solucionar os litígios.

Mesmo diante da previsão normativa processual conseguida pelos juristas italianos, esse direito ainda não era considerado como ciência autônoma. A “independência” só passou a existir a partir do ano de 1868, com a publicação da famosa obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” de OSCAR VON BULOW, que foi grande responsável pela cisão entre o direito material e o direito processual (2014, p. 40). A partir desse momento, o direito processual não seria mais visto como mero exercício do direito privado, e, além disso, a ação passaria a ser considerada como autônoma e não como simples movimentação do direito material (2014, p. 42).

Esse *start* que fora dado por OSCAR VON BULOW motivou uma completa revolução que se desenvolveu pela história do direito, que passou a ter como destaque a análise da autonomia processual por juristas italianos como CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI, LIEBMAN e CAPELETTI, além de juristas alemães como WACH, GOLDSHIMIDT, ROSEMBERG, LENT, DEGENKOLB e SCHWAB (2014, p. 42).

Esses juristas foram, dentre outros tantos, os precursores do estudo do direito processual como ciência autônoma, os quais passaram a argumentar que esse fato possibilitaria uma melhor aplicabilidade do direito material ao caso concreto, que, por sua vez, contribuiria por ricochete para o desenvolvimento do direito processual.

Nessa seara científica, surgiram tantos outros institutos, todos com o intuito de melhor aplicar o direito para a resolução dos casos, como é o caso dos princípios, que são chamados por tantos doutrinadores como cartas de intenção, uma espécie manual de procedimento de como proceder com o processo.

A criação dos princípios culminou, no decorrer do tempo, em uma “explosão principiológica”, o que a doutrina contemporânea chama de “oba oba principiológico”, ou ainda, de “pamprincipiologismo”, termo utilizado pelo professor LENIO STRECK (2014, 48-55).

Entretanto, essa produção se guardará ao propósito de expor a construção das bases jurídicas de direito material e processual, fazendo uma análise comparativa das tradições jurídicas existentes e suas contribuições para o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no tocante ao sistema de precedentes brasileiro.

2.1 As Tradições Jurídicas

Para se tratar de direito como ciência, é necessário que se tenha por fundamento principal o fato de ele ser um fenômeno cultural, e por assim ser, ele se orienta, sobretudo, por costumes e valores que sejam comuns a uma sociedade, e não por outro motivo que cada comunidade social tem um “conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes” (MERRYMAN, 2009, p. 21), dos quais fora estipulado o termo de *tradição jurídica*.

Assim, quando se faz menção às *tradições jurídicas*, essas devem ser consideradas com base nos diversos sistemas jurídicos, que, embora tenham características diversas, guardam entre si fundamentos de unicidade, ou seja, partem da mesma intenção, mas por caminhos diferentes.

Nesse sentido, MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO (2009, p. 22-23):

Uma *tradição jurídica* é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultura da qual ele, em parte é uma expressão.

Diante do exposto, é possível concluir que o conceito acima mencionado não guarda relação com a previsão legal em mais de um país, outrossim, refere-se ao ponto muito mais profundo do fenômeno jurídico, qual seja, o papel desempenhado no contexto sócio-político, de forma a condicionar a produção, e conseqüente reprodução do direito.

A designação de “tradição” permite agrupar de diferentes sistemas jurídicos, de modo que este termo poderá ser entendido como “um processo de amadurecimento cultural de uma determinada comunidade jurídica, que lhe contextualiza, lhe dá sentido e significação”, com o principal escopo de identificar “um

conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal” também, em relação ao modo em que o direito é, ou a forma com que este deveria ser aplicado, criado, praticado ou ainda doutrinado (ZANETI JR., 2015. p. 38).

Entretanto, a despeito do conceito trazido, é necessário apontar que o verbete *tradição* é comumente utilizado como sinônimo de *sistema jurídico*, mas essa divergência terminológica em nada compromete a compressão do tema em apreço.

Subsequentemente às ressalvas terminológicas, passaremos ao estudo metucioso das tradições ou das tradições jurídicas, o qual se mostra extremamente relevante para a presente análise a ser abordada por este estudo, posto que suas origens e seu progresso estão intimamente ligados aos dispositivos do Novo Código de Processo Civil.

As duas principais “tradições jurídicas” são: a *civil law* (família romano-germânica) e a *common law* (família anglo-saxônica).

O nascimento e as referências dessas criações são encontradas nas heranças de seus colonizadores, como foi o caso da *common law*, que fora herdada pela Inglaterra, onde, apesar das modificações decorrentes da própria evolução, mantém as diretrizes do passado.

Por outro lado, o Brasil, país de tradição *civil law*, herdou essa tradição Francesa dos portugueses, que foram seus colonizadores, e tinha por objetivo um controle do poder dos magistrados, de forma a limitar suas aptidões interpretativas, exercendo o papel de meros aplicadores da lei, o que sofreram algumas mudanças com o decorrer do tempo, alterando a maneira de se pensar a jurisdição, não só no Brasil, mas em outros países de *civil law*.

Após observar esses apontamentos, conseguimos evidenciar a importância de se estudar as tradições, pois o novo Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro (que é, em sua maioria, de tradição *civil law*) variados pontos do modelo estadunidense (de tradição *common law*).

No entanto, a partir desse estudo, poderemos ter uma melhor compreensão do porquê de os precedentes serem mais respeitados/valorizados nos países de tradição *common law* (NOGUEIRA, 2015. p. 30-31).

Importante destacar que parte da doutrina advoga a tese de que o Brasil é um país de tradição mista, ou seja, de acordo com o objeto em estudo, ele poderá

ser *civil law* ou *common law*, todavia, essa discussão será melhor analisada em tópico específico desta produção.

2.1.1 A formação da *common law*

Há uma rigorosa confusão entre o estudo da formação histórica da *common law* com a do direito inglês, não só dos países que foram colonizados pela Inglaterra, mas como também, os que recepcionaram o direito inglês, como é o caso dos Estados Unidos da América.

Diferentemente do que ocorreu com a difusão da família romano-germânica (*civil law*), a *common law* fora difundida mediante processos de força exercidos, sobretudo, da imposição dominial da Inglaterra em suas colônias e em outros países, haja vista que essa tradição é solitariamente inglesa.

A narrativa dos historiadores diverge quanto ao pontual momento de surgimento da *common law*. O conceituado historiador RENÉ DAVID divide o direito inglês em quatro momentos, para o qual, apenas no segundo momento é que se dá o surgimento da *common law* (1066-1485), através da centralização governamental que ocorrera na Inglaterra medieval, durante o feudalismo.

Essa tradição jurídica, também chamada de *comune ley*, era vista como um direito partilhado por toda Inglaterra, contestando o direito consuetudinário outrora dominante. A elaboração desse direito comum era papel desempenhado pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster, em referência ao local de seu estabelecimento (DAVID, 2002, p. 355-359) – que eram divididas em Tribunal de Apelação (*Exchequer*), Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*) e Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*) (NOGUEIRA, 2015, p. 37).

É necessário ressaltar que não há Constituição escrita na Inglaterra. Assim, há um predomínio do Judiciário para a construção das normas do direito inglês, de forma que “desde sua gênese a *common law* tinha fontes como o costume e os princípios, sem se vincular a um corpo rígido de normas” (PUGLIESE, 2011, p. 29). Diante disso, é certa a afirmação de que se trata de um direito jurisprudencial (*case law*), para o qual as decisões judiciais são fontes primárias, enquanto que o regramento criado pelo Legislativo (*statute law*) são considerados como meros complementos à tradição *common law*, e, por esse motivo, não podem ser aplicados de forma autônoma.

Em síntese, fixou-se a ideia de que o Parlamento e a lei deveriam se submeter ao *common law* (BARBOZA, 2014. p. 46). Ao contrário disso, ficou consolidado o entendimento de que a existência do direito se relacionaria com a resolução dos casos concretos, ao invés de se importar com a construção de um monumento lógico e sistemático do direito (NOGUEIRA, 2015, p. 38).

O grande marco da aplicação desse direito comum se deu por meio da atração dos litígios para os tribunais reais, de modo a oferecer uma justiça diferenciada, cuja característica principal seria o fato de os julgamentos serem feitos por um júri popular, cuja convocação seria prerrogativa exclusiva do monarca, e assim, quem quisesse esse tipo de justiça, teria de recorrer aos Tribunais Reais.

Assim, a justiça oferecida por esses tribunais se mostrava muito melhor do que a oferecida pelos tribunais feudais, até então aplicadas aos casos, com metodologias probatórias cruéis, a partir de juramentos e submissão a castigos divinos, como era o caso, por exemplo, de o sujeito ter que se submeter a segurar um ferro em brasa, de modo que ele só teria razão caso não se queimasse, ou ainda, de duelos, contando que Deus ajudaria a pessoa que tivesse razão.

Pouco a pouco, a jurisdição dos tribunais reais foi se sobrepondo, até eliminar por completo a jurisdição local desses tribunais feudais.

Inicialmente, o direito da *common law* só poderia ser acessível para as causas que se submetessem a *writs*, isto é, ações judiciais predeterminadas pelo rei, muito específicos que eram previstos em um rol, de modo que essa tradição jurídica fora elaborada com base em um número muito limitado de formas processuais (*forms of action*), e isso ocorreria pois a preocupação fundamental era com o formalismo e não com as regras de direito. Tanto que por esse motivo o direito inglês ficou conhecido pela expressão *remedies precede rights* (em primeiro lugar o processo).

Em 1832, inaugura-se uma nova fase do direito inglês, que teve por característica fundamental o desenvolvimento expressivo de uma legislação (*statute law*), deixando a exacerbada preocupação com o formalismo, passando a ter sua atenção voltada ao direito material, construindo-se sobre um fundamento essencialmente jurisprudencial, reproduzido pelos precedentes judiciais em sua interpretação e aplicação.

Nessa toada, pode-se extrair uma dupla função do magistrado na tradição *common law*, qual seja: uma primeira função, voltada ao passado, com ênfase na resolução dos litígios apresentados, visando promover a paz ao conflito

existente entre as partes no caso concreto; verifica-se também uma segunda função, extremamente relevante, no qual o papel do magistrado agora reorienta-se ao futuro, com a expressiva missão de enriquecer o ordenamento jurídico, promovendo grande contribuição ao provimento de regras jurídicas (PUGLIESE, 2011, p. 33-34).

Esse segundo papel acima relatado, é de fundamental importância para a tradição *common law*, uma vez que é responsável pela manutenção da coerência nas decisões e na manutenção da igualdade dos sujeitos perante o Poder Judiciário, prática essa que foi difundida não só em toda a Inglaterra, mas, refletindo em todas as suas colônias (PUGLIESE, 2011, p. 45).

Ao mencionar a colonização, não podemos deixar de apontar o caso dos Estados Unidos da América, que fora colonizado pela Inglaterra, adotando a tradição *common law*, porém, não em sua integralidade, mas, internalizando apenas ideias centrais de construção jurisprudencial e histórica do *common law* inglês, apresentando como principal diferença, a existência de uma Constituição escrita, que foi a grande diferença apresentada à tradição que se estabelecera no país, de modo que a Constituição passou a se apresentar como a sustentação de todo o seu ordenamento jurídico.

Nesse contexto, há um papel altamente relevante do Poder Judiciário, haja vista que este agora é responsável pela averiguação de todos os atos praticados pelos demais poderes e sua compatibilidade com a Constituição, atividade que, hodiernamente, é questionada quanto à sua legitimidade no que diz respeito aos limites do *judicial review*.

Sobre o questionamento da legitimidade do *judicial review*, é assertiva o apontamento feito por ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOSA e KATYA KOZICKI (2014, p. 151-176):

A polêmica que gira em torno do *judicial review* consiste basicamente no seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que permite que juízes não eleitos pelo povo possam interpretar os valores substantivos presentes na Constituição, como também revisar e anular leis incompatíveis com tais valores, mesmo que provenientes do Parlamento, enquanto representante democrático do povo, numa tensão entre jurisdição constitucional e democracia.

Diante de todo esse contexto de especial relevância das decisões judiciais, por terem elas a precípua função de garantir direitos, valores e princípios fundamentais que estejam consagrados na Constituição estadunidense, fora adotada

a doutrina do *stare decisis* (*non quia movere*), que traduzido significa respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido.

Assim, todas as decisões judiciais seriam consideradas como verdadeiros precedentes de observância vinculante ou persuasiva, e essa ideia está intimamente vinculada ao próprio ordenamento jurídico estadunidense, pois visa garantir a missão de intérprete da Suprema Corte norte-americana, sendo necessário que suas decisões sejam respeitadas e observadas, caso contrário, de nada serviria essa interpretação dos juízes.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA (2015, p. 40-41):

A partir do momento em que a *common law* segue a linha do *judge made law*, se não houvesse a vinculação aos precedentes o sistema ruiria. Considerando que a regra é feita em cada caso concreto, é absolutamente fundamental que haja uma vinculação aos precedentes. É não só uma fonte do direito, mas sim uma questão de sobrevivência para manter o sistema seguro e coeso.

Entretanto, não se pode afirmar que há, necessariamente, uma relação de dependência entre a tradição *common law* e a doutrina *stare decisis*, ou seja, é possível que ambos sobrevivam separadamente, como foi no caso da Inglaterra, onde a doutrina do *stare decisis* só surgiu no século XVIII (PUGLIESE, 2011, p. 31), vindo a se consolidar no país apenas no século seguinte, entre os anos de 1862 e 1900 (MARINONI, 2011, p. 32).

Ainda nesse contexto, o professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 34) aclara essa possibilidade de vivência separada do *common law* e o *stare decisis*, explicando que “o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*”. Por outro lado, conforme entendimento do jurista inglês NEIL DUXBURY (2008, p. 1) em sua obra “The nature and authority of precedent”, o precedente, especificamente, é “um evento passado que serve como um guia para a ação presente”.

Sendo assim, não pode haver confusão entre as noções de precedentes, *common law*, sistema de precedentes e *stare decisis*, que não são exclusivos do ordenamento norte-americano. O professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 27) aponta algumas afirmações inverídicas sobre esses pontos: “i) o *common law* não

existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do *civil law*; e iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*".

Quanto aos precedentes, estes podem se referir a decisões anteriores (ponto de vista comum) ou fonte do direito (*ratio decidendi*), já a *common law* se encontra como a tradição jurídica inglesa entabulada em 1606 que, a partir daí, vem sendo alvo de contínuas modificações pelos ordenamentos que a recepcionam. Em relação ao sistema de precedentes, esse faz referência à maneira com que cada ordenamento jurídico instrumentaliza o precedente, e, o *stare decisis* corresponde à vinculação do precedente através da regra do *non quieta movere*.

Sendo assim, o precedente pode ter sua formação, vinculação e instrumentalização divergente, de acordo com cada ordenamento jurídico que se propõe a se utilizar dessas ferramentas.

2.1.2 A formação da *civil law*

A tradição da *civil law*, ou, também como é denominada de família romano-germânica ou romano-canônica, teve sua manifestação muito anterior à tradição *common law*.

Em que pese a existência de divergências nas narrativas quanto a exatidão do momento de seu surgimento, tem-se como marco de seu nascimento o renascimento do direito romano – e por isso também é chamada de família romano-germânica – por conta das referências recebidas para a sua criação.

Após as invasões bárbaras, o direito romano sofreu forte retrocesso, quase desaparecendo por completo, onde os povos voltaram ao status de primitivo. Contudo, ressurgiu então na Alta Idade Média (séculos V a X), predominantemente na forma oral, sem qualquer universalização de validade, ou seja, sendo aplicado apenas em âmbito regional, limitando-se à aplicação de regras consuetudinárias, porém, sujeitas à mudança (CASTRO, 2008, p. 129).

Isso ocorria pelo fato de o direito romano ser desproporcionalmente desenvolvido e brilhante, porém, todo esse brilhantismo lhe trazia demasiada complexidade, tornando-o de difícil compreensão por outros povos. Contudo, após a queda do Império Romano, e com a ocupação de grande parte da Europa pelos povos germânicos, o direito destas tribos foi retomado.

Posteriormente, por volta dos Séculos VIII e IX, percebe-se uma relevante conquista de espaço dos costumes, de modo que cada comunidade passou a criar suas próprias regras baseadas em seus costumes próprios.

Nessa esteira, o Iluminismo trouxe aos filósofos e juristas a exigência de se racionalizar o direito e a justiça, rechaçando qualquer apelo ao sobrenatural, como aponta RENÉ DAVID (2002, p. 40):

A ideia de que a sociedade deve ser regida pelo direito não é uma ideia nova. Fora admitida, pelo menos no que respeita às relações entre particulares, pelos romanos. Mas o regresso a esta ideia, no século XII, é uma revolução. Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer: repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XX, aquele que pretenderá substituir a anarquia do regime capitalista pelo remédio da organização social marxista. A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Estas ideias tornam-se as ideias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestado, até os nossos dias.

Percebe-se o fora abandonado o método escolástico, passando a adoção do método lógico, na busca pela sistematização do direito (DAVID, 2002, p. 46), com o urgente propósito de se libertar e eliminar o aspecto sobrenatural da “justiça divina” do direito, buscando afastar as concepções religiosas, para basear-se única e exclusivamente à universalidade e racionalidade do direito.

Foi assim que vislumbrou-se na codificação a viabilidade de positivação de todos os estudos realizados, a fim de sistematizar sua aplicação pelos juízes, possibilitando apenas a interpretação do que estivesse contido nos códigos.

Nessa época, na Itália, é relevante destacar o papel fundamental que a Universidade de Bolonha desempenhou, que, por meio dos “Glossadores”, título dado aos responsáveis pelo estudo literal dos textos romanos, sobretudo, do Digesto de Justiniano, caminhando para a autonomia do direito romano.

A análise, que inicialmente era destinada apenas aos textos romanos, passou a ser valorizada, ganhando relevância e liberdade, de modo que, no Século XIV, surgem os “Comentadores”, ligados à Universidade de Orleans (França), e agora, essa evolução deixa de ser apenas uma análise aos textos romanos, mas busca-se agora um sentido prático, adaptando os textos à realidade no qual estavam inseridos.

Foi nessa época que despontou o *bartolismo*, que era um movimento liderado por BARTOLO DE SAXOFERRATO, autor de obras que influenciaram diretamente os direitos espanhol, português e, até mesmo, o brasileiro. A opinião desse comentador era de análise obrigatória aos magistrados da época, a qual prevalecia perante conflitos de hermenêuticos, tanto que em Portugal fora atribuída valor normativo a sua opinião, auxiliando como verdadeiro subsídio ao direito português (SILVA, 1988, p. 09).

Sobre o *bartolismo*, seu desenvolvimento se deu, principalmente, ao fato de as Ordenações Filipinas terem muitos defeitos, que, além de omissas, eram muito prolixas e antiquadas em vários pontos, as quais eram suplementadas com o direito romano, acompanhadas das opiniões de Bartolo. Esse fato explica muito a importância dada à doutrina quando da aplicação e interpretação do direito hodiernamente (MARTINS-COSTA, 1999, p. 241-246).

A partir do século XIX, houve um grande movimento de codificação, o qual teve grande contribuição para que a tradição *civil law* (romano-germânica) fosse disseminada na Europa, de modo que a principal característica dessa família é a preponderância da lei como fonte do direito. Mas, esse ponto principal não impediu que outros países, adotantes dessa tradição, apresentassem aspectos originais e peculiares, porém, sempre apresentavam o traço comum da *civil law* (DAVID, 2002, p. 74).

Outra fundamental ferramenta de disseminação da tradição *civil law* foi a Revolução Francesa, onde, durante os seus dez anos (1789-1799) era totalmente impossível estabilizar a população francesa, o que só foi exequível com o golpe do 18 Brumário de Napoleão Bonaparte, que elaborou o Código Civil francês de 1804, logo após assumir o país. Vale apontar que esse código, além de ser um marco na história da codificação do direito (MACÊDO, 2015, p. 34), exerceu grandiosa influência ao código civil brasileiro (NOGUEIRA, 2015, p. 45).

Curiosa foi a grande sustentação desse código na teoria de MONTESQUIEU sobre a separação dos poderes, segundo o qual “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder” (WEFFORT, 2006, p. 173). Esse texto evidencia a preocupação do Barão de Montesquieu com a paridade entre os homens, a qual só poderia ser garantida através da lei (WEFFORT, 2006, p. 161 e 163), único instrumento, segundo ele, capaz de controlar o poder, que só se originaria como consequência da separação dos poderes.

Diante de tamanha preocupação com a igualdade e controle do poder, o qual Montesquieu acreditava só ser possível através da legislação e da separação dos poderes, este, por óbvio, não contemplaria bem uma “liberdade interpretativa” dos juízes, tema que foi fundamental para que se alcançasse a finalidade da Revolução Francesa, pela qual fora adotada uma função puramente mecanicista e intelectual do Poder Judiciário, o qual serviria apenas para a aplicação da legislação posta.

Nessa esteira, o Poder Legislativo seria responsável pela composição das leis, ao passo que os juízes apenas teriam o papel de informar o conteúdo da legislação vigente, valendo-se, única, exclusiva e pontualmente do texto legal, sem qualquer margem interpretativa ou criativa do direito.

Não por outro motivo, é que a legislação é, por excelência, a principal fonte do direito da tradição *civil law*, muitas vezes se confundindo com o próprio direito, há medida que outras fontes do direito, como os costumes, doutrina e jurisprudência, são tidas como fontes secundárias (MACÊDO, 2015, p. 41).

Com o passar do tempo, foi ficando nítida a insuficiência prática da lei, vez que essa não se pautava em análises casuísticas, mas apenas em noções gerais e abstratas, não se prestando a responder todos os casos concretos submetidos a julgamento, pois muitas vezes esses casos fugiam ao alcance do vislumbre de possíveis situações que poderiam ser interpretadas por aquela determinada norma.

Desse modo, passou-se a exigir dos juízes um exercício interpretativo, visando vedar as lacunas existentes no texto frio da lei, e assim, essa elasticidade interpretativa passou a ser largamente utilizada, e, posteriormente admitida na tradição da *civil law*.

Ao revés da tradição *common law*, onde haviam os precedentes com força de contrariar a lei, a *civil law* era sistematizada pela noção da jurisprudência, a qual apenas tinha força persuasiva, muitas vezes com o papel de pautar o comportamento dos jurisdicionados, mas sem autossuficiência de se confrontar a legislação.

Fundamental o esclarecimento de que essa tradição jurídica vem sofrendo constantes e progressivas modificações, devido ao motivo de ter sua base fundamentada em sistemas de vários países, estando muito longe de apresentar uma tradição em total homogeneidade ou harmonia, sendo “um direito vivo, cujos movimentos de transformação contínua têm origem em um país ou em um grupo de

países antes de serem seguidos por todos ou de serem, pelo contrário, rejeitados pelo conjunto da família romano-germânica” (DAVID, 2002, p. 71).

Importante finalizar o presente tópico com um esclarecimento acerca dos limites impostos a essa análise, que são propositais, com a intenção de apresentar recortes da parte histórica necessária para um estudo propedêutico do tema que se buscará tratar a seguir.

2.1.3 As principais diferenças e proximidades entre as tradições

Diante do exposto, necessário se faz o apontamento das principais diferenças e eventuais aproximações entre as tradições, e apresentar, de maneira pragmática, os enfoques trazidos por cada uma delas.

Como visto, as tradições estudadas conservam relevantes diferenças no tocante ao seu nascimento e desenvolvimento, elementos estes que foram – e ainda são – essenciais para que os rumos e as características de ambas divergissem tanto.

Fora apontado que a tradição *common law* teve surgimento no sistema jurídico inglês, no qual a grande aposta se encontrava no papel fundamental dos tribunais no exercício da exegese, padronização e posterior aplicação do direito, visto que não existia base em uma Constituição escrita, e por haver demasiado pluralismo jurídico.

Melhor elucidando, o foco dessa tradição se concentra na resolução dos conflitos, e não na tentativa de tentar antevê-los mediante regulamento de condutas. Por esse motivo que a preocupação preambular da *common law* foi com as normas processuais, para só posteriormente, se preocupar com as normas de direito material e, justamente por esse motivo, que a principal fonte nessa tradição é a jurisprudência.

Denota-se que na tradição *common law* a legislação possui papel secundário, e ainda, conforme JOHN GILISSEN (2001, p. 208-209), as codificações são quase que desconhecidas no direito inglês, sendo essa, para ele, a principal diferença entre as tradições.

Por outra banda, descortinamos que a tradição *civil law* teve suas bases no direito romano, vinculando-se fortemente por uma organização alicerçada na reprodução de regras de direito, com vistas ao afastamento dos costumes e dos direitos plurais, unificando-se a legislação que seria aplicável a toda sociedade, com sustentação na previsão de certas atitudes que cometidas, motivariam consequências

pré-definidas. Observa-se que nesta tradição, o juiz era tido como mero aplicador da lei, face a grande influência que houvera sofrido da teoria da separação dos poderes de MONTESQUIEU.

Assim, o papel dos juristas consiste em, por meio da ciência jurídica, identificar e estudar condutas a serem previstas pelo direito, e, conseqüentemente, objeto de novas regras jurídicas, cuja principal fonte do direito é a lei, sendo comum as codificações, pautadas no ideal de certeza e previsibilidade do direito.

Inicialmente, uma importante diferença que se compreende entre as duas tradições refere-se ao papel do magistrado: para a tradição *civil law*, este era um mero aplicador da lei, admitindo-se, atualmente, que este ainda exerça uma função interpretativa – mesmo que limitada – da lei, voltando-se, sempre, para o futuro; de outro modo, o juiz da tradição *common law* permanece sendo um relevantíssimo instrumento, haja vista este ter a responsabilidade de manter a frequência de criação dos julgados e de interpretar o direito, resultando daí as divergências entre as ideias de precedente e jurisprudência para, respectivamente, as tradições *common law* e *civil law*.

Contribuindo para essa afirmação, segundo ANDRÉIA COSTA VIEIRA, o fato é que na *common law* a certeza e previsibilidade do direito está alicerçada na doutrina do *stare decisis* (precedentes vinculantes), ao passo que na tradição da *civil law*, a garantias jurídicas são oriundas da lei escrita¹.

Nessa esteira, outra grande diferença reside no critério utilizado pelos magistrados dessas famílias, onde FREDERICK SCHAUER esclarece que gritante diferença reside no fato de os juízes da *common law* não se preocuparem com a codificação, mas sim, especificamente com o caso em concreto que está *sub judice*. Ao contrário, na tradição da *civil law*, “os juízes dão maior importância à lei e buscam aplicá-la a um caso concreto”, enquanto que na tradição *common law*, os magistrados “examinam o caso e aplicam uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível. A principal disparidade, portanto, é o método utilizado para a solução de uma determinada questão. Nesse sentido, a premissa maior para um magistrado inglês é o fato” (PUGLIESE, 2011, p. 33).

¹ Para conferir essa e outras diferenças apresentadas pela autora, ver: VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 229-252.

Visto a latente diferença entre o papel do magistrado e seu critério para julgar nas duas tradições, outra importante diferença se encontra no significado/importância dado à codificação, valendo o que instrui o professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 56):

O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. Na *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.

Como se observa, a codificação, exclusivamente, não é a causa de diferenciação das duas tradições, visto que ambas a adotam. Todavia, o que as distingue é a atribuição de significado que é dada por cada tradição aos códigos, e não só isso, mas também, à postura do juiz perante eles, pois, como já destacado, ao contrário do juiz da tradição *common law*, o juiz da tradição *civil law* era limitado pela lei (MARINONI, 2011, p. 58).

A professora ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (2014, p. 44) apresenta uma precisa exposição das características que diferencia a tradição *civil law* da *common law*, sendo a seguinte:

Já o *common law* se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do *civil law*: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado; v) sofreu pouco influência do direito romanista. Importante ressaltar que o direito inglês moderno, diversamente do *civil law*, é muito mais um direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição *civil law* da Europa Continental, especialmente na França que rompeu com o direito preexistente com a Revolução Francesa. Diferentemente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente.

Melhor elucidando o acima exposto, fica nítido que para a autora há uma dicotomia entre as tradições, uma – a *common law* – é mais aberta, ou seja, admite que se encontre uma solução juridicamente mais apropriada, mesmo que a *posteriori*,

haja vista a constante reinterpretação e elaboração das normas, ao passo que outra – a *civil law* – apresenta característica mais fechada, pois parte de um pressuposto de que cada demanda já possui, ao menos em tese, uma norma específica a ser aplicável (BARBOZA, 2014, p. 47).

Atualmente, não é possível dizer que a grande diferença entre os juízes dessas duas tradições se encontra na dilatação de seus julgados ou interpretações, mas, como aponta o professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 42), essa diferença se encontra “na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhes é devotado”.

No que diz respeito, especialmente, ao ordenamento jurídico brasileiro, é relevante os apontamentos de aproximação entre as tradições *common law* e *civil law* apresentadas pelo professor BARBOSA MOREIRA (2007. p. 53-54), o qual enumera: a) a inspiração das ações coletivas nas *class actions* norte-americanas; b) o recurso extraordinário recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal semelhante ao instrumento processual utilizado pela *Supreme Court* em casos de *petitions for certiorari*; c) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; d) a possibilidade de as partes realizarem as perguntas diretamente às testemunhas nos casos de prova oral.

Diante de tantas proposições a respeito das características de aproximação das tradições, é possível pontuar que ambas possuem um objetivo em comum, qual seja, a busca por segurança jurídica. Assim corrobora o professor LUCAS BURIL DE MACÊDO (2015, p. 66-67):

Como se percebe, neste particular, a tradição ocidental – tanto o *common law* como o *civil law* – preocupava-se em ampliar a objetividade, sistematicidade e coerência, em uma busca pela segurança jurídica, e foram utilizados nas duas grandes tradições instrumentos completamente distintos, porém ambos teorizados a partir do racionalismo: de um lado os precedentes obrigatórios e de outro a codificação.

É possível se chegar à conclusão de que, por mais que hajam inúmeras diferenças entre as tradições, é certo que estas são insuficientes para trazer uma completa incompatibilidade, mas sim o oposto, pois o que se verifica é uma progressiva inclinação a se conciliarem, de modo a se complementarem.

2.2 Uma Análise ao Contexto Brasileiro

Como cediço, o Brasil apresenta larga e vigorosa influência da tradição *civil law*, e isso se deu, principalmente, por questões de colonização, haja vista que fomos colonizados por países europeus, em sua maioria de Portugal, com relevantes participações de holandeses, espanhóis, italianos e alemães, situação que deixou marcas permanentes em nosso sistema jurídico, em que muito ainda nos influenciam até hoje.

Corroborando com o exposto, CAIO MÁRCIO GUTTERRES TARANTO (2010, p. 23) advoga a tese de que, no Brasil, o histórico dos precedentes judiciais se exprime em quatro fases:

A **primeira** compreende o Brasil colônia e imperial, caracterizada pela influência da aplicação de precedentes no Direito português, em especial pelos assentos da Casa de Suplicação. Já a **segunda** fase consubstancia o momento histórico posterior à proclamação da República, em que os precedentes adentraram em um verdadeiro estado de ostracismo, apesar do surgimento do controle judicial de constitucionalidade. Na **terceira**, contudo, os precedentes ressurgem a partir do fenômeno da objetivação, marcado pela sumulação e pela inserção da fiscalização abstrata, seguida da **quarta** fase, decorrente do desenvolvimento do neoconstitucionalismo e da adoção da teoria determinativa (*determinative theory*). A autoridade que a força normativa da Constituição atribuída aos precedentes fomenta o desenvolvimento pelo ordenamento processual de instrumentos para aplicá-los. Essa divisão, contudo, não afasta a premissa já defendida de que os precedentes sempre existiram. (grifo nosso)

Mesmo diante de toda a influência da tradição *civil law*, o Brasil ainda sofreu alguma influência da *common law*, dentre as quais, podemos destacar o exemplo mais relevante do controle de constitucionalidade brasileiro, convivendo em nosso ordenamento, ao mesmo tempo, o controle concentrado – trazido da Áustria, cujo controle deve, necessariamente, ser realizado pela Corte Constitucional – e o difuso – vindo do modelo estadunidense, inserido na primeira constituição brasileira (1891), pelo qual todos os juízes poderiam realiza-lo.

A doutrina estabelece o Brasil como sendo um país de tradição predominantemente *civil law*, entretanto, alguns pontos nesse contexto demonstram heranças da tradição anglo-saxônica, como muito bem salienta GUSTAVO NOGUEIRA (2015, p. 51), “somos um país de *civil law*, mas a partir do momento em que nossos ‘monumentos legislativos’ contém omissões, e elas são supridas pelos nossos Tribunais, aproximamo-nos da *common law*”.

Ainda sobre essa questão do “amalgama tradicional”, HERMES ZANETI JR. (2015, p. 42) assinala que a tradição brasileira é mista, pois “a matriz processual

constitucional de *common law* herdada e desenvolvida no curso da afirmação histórica e cultural do povo brasileiro representa três elementos: inafastabilidade da jurisdição, controle de constitucionalidade e constituição rígida”. Verifica-se uma contínua transformação, tendente à conciliação entre as tradições.

Houve um grande aumento na importância das decisões judiciais com o Código de Processo Civil de 2015, tema que será mais especificamente tratado adiante, e isso é resultado de um descrédito à aplicação estrita do princípio da separação dos poderes aos moldes em que fora exposto por Montesquieu, de modo que o que se observa no cenário atual não é uma separação, mas um balanceamento entre os poderes (compartilhamento de tarefas), os quais exercem incumbências típicas e atípicas.

Esse balanceamento se evidencia quando o Legislativo, que, a princípio se encarregava apenas à elaboração de leis, passa a exercer função julgadora; o Executivo, que a priori se incumbia de administrar a máquina pública, passa a elaborar “leis”; e o Judiciário, cuja função seria o julgamento de demandas que vão sendo apresentadas, passa a controlar as políticas públicas do Executivo e a declarar a inconstitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo, de modo que essas decisões do Judiciário vêm ganhando cada vez mais força.

São tantas as fontes em que se observa a influência da tradição *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, como o fato de haver cada vez maior sujeição às decisões pronunciadas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e o uso de critérios de manejo dos precedentes que são utilizados pela Suprema Corte norte-americana (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e *distinguishing*, por exemplo, que serão melhor abordados em momento oportuno).

Cabe a conclusão de que o sistema de precedentes brasileiro surge com o escopo de aperfeiçoar o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é imprescindível a compreensão e interpretação do que seria esse sistema de precedentes e quais as diretrizes desse instrumento para o direito brasileiro, de modo que se alinhe a expectativa à realidade de sua aplicação no cenário jurídico nacional.

Nessa toada, analisada a tradição brasileira e as nuances introdutórias relativas ao sistema de precedentes judiciais, bem como o escopo desse trabalho, qual seja a formação desses precedentes, é necessária uma abordagem a respeito de um importante princípio que nasceu com o Código de Processo Civil de 2015, o princípio da cooperação, que trataremos a seguir.

3 DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Considerando a necessidade de se tecer breves apontamentos sobre a cooperação processual, cabe apontar que esse instituto foi objeto de acalorados debates na Europa, principalmente, em Portugal e na Alemanha, com o escopo de definição do papel a ser exercido pelo magistrado no processo, buscando, assim, dissociar a imagem deste como de um “mero” aplicador de leis, para que exercesse uma função mais humanista no processo, como partícipe ativo no processo.

Os debates que foram realizados se prestaram à incorporação da cooperação processual na estruturação jurídica alemã, para os quais, o processo seria o resultado esperado de um ambiente de cooperação entre os sujeitos processuais (juiz e partes), acabando com o paradigma hierárquico entre o magistrado e as partes.

É nesse ponto que encontramos uma expressiva variação exegética da cooperação: na Europa, primeiro se tem a cooperação, para que então seja possível que se tenha processo, é como se para eles a cooperação fosse *conditio sine qua non* para que o próprio processo venha a existir, ao passo que no Brasil, o processo já existe, e a cooperação seria um *plus* para o processo, na tentativa de tentar melhorar o processo já existente.

Melhor explicando, para os criadores do instituto, a cooperação é fundamental, de aplicação obrigatória, enquanto que, para nós que importamos o instituto, aplicamos conforme a conveniência e oportunidade, no curso de um processo já existente.

A cooperação processual tem sua localização topográfica no Código de Processo Civil de 2015 com as normas fundamentais, e assim, a conclusão que se chega é que deverá ser aplicada por todos, por se tratar de norma essencial ao processo, principalmente aos participantes do processo, que deverão se apresentar de forma ativista, deixando a postura passiva por meio de uma participação mais intensa e efetiva no processo.

Isso se evidencia com uma intensificação do debate, em que o magistrado deverá, por força de expressa previsão normativa do código, receber maiores poderes instrutórios, com o escopo de melhorar a prestação jurisdicional através de uma maior dialeticidade processual.

Caso isso não ocorra e as partes desobedeçam essa norma, elas serão devidamente sancionadas, o que poderá ir desde as perdas e danos, multa, podendo chegar até à condenação por litigância de má-fé.

3.1 Generalidades Sobre a Cooperação

Estabelecido o apontamento histórico introdutório da cooperação, cabenos a constatação de precisão terminológica dispensada à cooperação, isso porque a própria conotação etimológica da palavra significa contribuir com o trabalho do outro, colaborar, trabalhar juntamente, e, é justamente essa a finalidade do legislador quando do momento da sua instituição, visando uma melhor prestação jurisdicional.

A tendência é que os sujeitos processuais possam ter uma postura totalmente diferente, abandonando qualquer comportamento egoísta, deixando de visar apenas seu interesse pessoal no processo, mas preocupar-se, sobretudo, com a prestação jurisdicional e ao final, com a obtenção de justiça.

Todo o exposto se mostra muito filosófico e moralizador, uma tentativa de colocar a responsabilidade social como parte do processo, e sobre esse ponto, é interessante o diálogo de JÜRGEN HABERMAS com ROBERT ALEXY (1997, p. 288):

As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”... Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que **todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo.** Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão. (grifo nosso)

É claro que quando se fala em deixar a postura egoísta, não quer se referir ao abandono ou desinteresse com o êxito no processo ou com o direito material buscado, mas, trata-se de algo muito superior a isso: as partes deverão sim buscar o êxito no processo, todavia, deverão fazê-lo com boa-fé, através de condutas moralmente aprovadas, contribuindo pela comunicação processual, o que refletirá, diretamente, na decisão do órgão jurisdicional.

É como fora apontado por Habermas no trecho supramencionado, onde a própria introdução estratégica dos argumentos das partes já serve como contribuição para que haja um discurso, que servirá ao juiz quando da sua formação

imparcial do juízo, portanto, a própria dialeticidade processual já caracteriza a postura cooperativa das partes.

3.2 A Natureza Jurídica da Cooperação²

O assunto tem trazido grande discussão no cenário doutrinário nacional, sobretudo, no tocante a natureza jurídica do instituto, concentrando-se, basicamente, sob 3 (três) pilares de sustentação para as teses.

Para iniciar essa controvérsia doutrinária, a primeira corrente defende que a cooperação processual se trata apenas de uma mera regra de conduta, como técnicas para a realização da justiça social.

Por outro lado, uma segunda corrente entende que a cooperação processual se trata de um princípio, ou seja, de uma ideia norteadora das atitudes dos sujeitos no processo, visto que, para os que defendem essa corrente, entendem que os princípios são necessários e relevantes para a exegese jurídica.

Essa corrente que se sustenta por fundamentos principiológicos, é veemente criticada por doutrinadores, como é o caso do professor LENIO LUIZ STRECK (2011, p. 50), que, por exemplo, chama essa proliferação principiológica de *pamprincipiologismo*, que, segundo ele, contribui para a fragilização do Direito, dado que a hermenêutica jurídica contemporânea tem sido lastreada por parâmetros principiológicos.

Para uma terceira corrente, integrada por processualistas como DANIEL MITIDIERO e FREDIE DIDIER, a cooperação no atual Código de Processo Civil trata-se de um novo modelo processual, deixando de ser apenas um objetivo, mas sendo um dever dos sujeitos processuais.

Essa corrente critica de forma abrupta os que consideram a cooperação como mera técnica, visto que para esta, a cooperação deve ser tida como ferramenta de concretização dos valores constitucionais, e assim, deveria ser considerado como um direito constitucional aplicado.

Conforme essa doutrina, a cooperação processual seria um terceiro modelo de estruturação do processo, ao lado dos modelos *adversarial* e o *inquisitorial*.

² Parte do trabalho foi desenvolvido anteriormente no artigo “A cooperação processual no atual código de processo civil e a ética kantiana”. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/5733/5451>>. Acessado em: 04/07/2017.

No primeiro, prepondera um sistema competitivo entre os “adversários” no processo, uma vez que o órgão jurisdicional exerce apenas a decisão do conflito de interesse, tendo as partes a função de condução e desenvolvimento da atividade processual (princípio dispositivo); no segundo, dá-se maior valoração ao órgão jurisdicional, elevando-o a condição de personagem principal na atividade processual, dando ao magistrado maiores poderes (princípio inquisitivo).

Compete que sejam feitas algumas considerações mais quanto ao instituto da cooperação, e assim, engana-se quem pensa que a cooperação busca a ocorrência de uma relação processual extremamente amistosa e amigável como se fosse um “conto de fadas”.

Extrai-se essa conclusão pelo simples fato de o próprio processo ser resultado de uma pretensão resistida, que justifica, inclusive, a necessidade do processo, e, conseqüentemente, o interesse de agir no seu aspecto de interesse/necessidade.

Portanto, para ser cooperativo, não significa que as partes devam abrir mão de seus interesses no processo, mas, que as partes possam buscar acima de qualquer coisa a justiça.

A efetivação desse instrumento se dará por meio de uma união capaz de reprogramar toda a cultura do processo, de modo que a atitude das partes seja, sobretudo, com o escopo de trazer a ética ao processo, de modo a melhorar a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, interessante se mostra o conceito trazido pelo professor LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (2012, p. 151), para quem a cooperação “impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma ‘eticização’ semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa-fé e do abuso de direito”.

Para apontar uma das principais características da cooperação processual, insurge a elevada comunicação dos sujeitos processuais (partes e magistrado), impedindo a ocorrência de decisões surpresa, de modo a oportunizar o direito de defesa das partes, e, conseqüentemente, maior justiça e melhor fundamentação nas decisões.

Sobre o juiz do processo cooperativo, esclarece o professor DANIEL MITIDIERO (2011, p. 81):

O juiz do processo cooperativo é um juiz *isonômico* na condução do processo e *assimétrico* no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: **paritário no diálogo e assimétrico na decisão**. Visa alcançar um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo. (grifo nosso)

A cooperação ainda se encontra no sentido de uma contribuição das partes para que o processo tenha celeridade e/ou efetividade, para que estas não venham trazer procrastinação dos atos processuais, e que o direito não venha a ser prejudicado pela morosidade da justiça.

Sintetizando, é possível conceituar a cooperação como uma série de adequações de conduta dos sujeitos da relação processual no tocante ao exercício de seus direitos, visando a otimização da prestação jurisdicional.

3.3 A Cooperação Processual e o Código de Processo Civil

Feitas as devidas análises pormenorizadas quanto ao conceito, natureza jurídica e evolução histórica da cooperação, é imperioso destacar a sua correlação com os códigos de processo civil de 1973 e de 2015, apontando questões específicas de cada um deles.

3.3.1 Código de 1973

Uma das maiores preocupações que sondavam o Código de Processo Civil de 1973 tinha por objetivo a facilitação do acesso à justiça, da instrumentalidade, duração, universalização, constitucionalização e efetividade do processo, tanto que várias alterações foram realizadas em seu texto nesse sentido.

Essa preocupação era, notadamente, salutar ao direito processual e seu deslinde, democratizando o processo, de modo a trazer maior eficácia na resolução dos conflitos e para melhor aplicação da justiça.

Assim, a cooperação processual sempre esteve incluída de maneira intrínseca ao código de processo civil, e isso era notado na busca do legislador em efetivar a busca de alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como a ampla defesa e o contraditório, e o devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF), sendo importante salientar que esses contribuem para a formação de outros

princípios, como é o caso da boa-fé processual, da duração razoável do processo, da lealdade, da igualdade processual, dentre outros.

Entretanto, por mais que tenham havido tantas modificações, diversos dispositivos trazidos pelo Código de 1973 caíram em desuso, havendo a necessidade de uma completa remodelagem, o que culminou na criação do Código de Processo Civil de 2015, atualmente vigente.

3.3.2 Código de 2015

Por ainda ser muito recente a vigência e aplicação, o código ainda não é capaz de, empiricamente, responder diversos questionamentos quanto aos objetivos buscados por ele, entretanto, é possível fazer especulações comparativas, na busca de ajustar e melhor organizar o direito processual, prevendo e efetivando a cooperação processual, que já era intrinsecamente tratada pelo código revogado.

A cooperação trazida pelo código atual é muito criticada, porque ela busca apresentar uma nova roupagem ao processo civil, com fulcro na obtenção da mais pura justiça, de modo a impedir que o processo tenha a famigerada conceituação de “instrumento de agressão ou confronto”.

O artigo 6º do Código de Processo Civil contempla em seu dispositivo a cooperação processual, cujo texto traz que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A conclusão a que se chega é que a cooperação trazida pelo código guarda íntima ligação com os princípios da celeridade processual e da primazia da decisão de mérito.

Nesse modelo cooperativo de processo, o magistrado é representante do Estado, tendo um papel fundamental e indispensável no processo, pois ele é o responsável pela condução do processo e aplicação do direito ao caso concreto, tendo deveres determinantes à função exercida pelo órgão judicial.

4 ABORDAGEM ESSENCIAL AO ESTUDO DOS PRECEDENTES

Para que se inaugure a verticalização da temática pretendida por esse trabalho, é necessário que se façam algumas ponderações a título de alinhamento terminológico e didático, com o escopo de estabelecer uma familiarização com os termos e com os pontos principais concernentes ao estudo dos precedentes, aqui denominado como abordagem essencial.

4.1 O Precedente e a Jurisprudência

Inicialmente, um conceito muito básico sobre o precedente é anotado pelo professor FREDIE DIDIER JR. (2016, p. 455), para o qual “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”, sendo composto pelo fato que embasa a controvérsia; a motivação jurídica da decisão judicial e todas discussões argumentativas que contornam a questão.

Ato contínuo, por uma simples leitura do atual Código de Processo Civil, é possível notar que o legislador desse código teve uma preocupação muito maior do que a tida pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973, haja vista que o atual código menciona a palavra “precedente” por seis vezes em todo o código (artigos 489, §1º, V, VI, 926, §2º, 927, §5º, 988, IV, 1.042, §1º, II), ao passo que a antiga codificação o termo só constava no artigo 479, quando previa 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”.

Uma parte considerável da doutrina, composta por renomados juristas como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE BAHIA e FLÁVIO QUINAUD (2015. p. 311) apontam que antes mesmo do atual Código de Processo Civil, já havia dispositivos que se referiam aos precedentes no Brasil, aduzindo que essa é a primeira vez que a lei prevê o instituto de forma tão clara e sistemática. Esses autores ainda denotam que, apesar de haver uma constante utilização desse vocábulo, o mesmo não é definido pela legislação.

Entretanto, os precedentes são definidos como decisões judiciais pretéritas que podem ser vinculantes ou persuasivas, e assim, só poderão ter efeito e serão consideradas como precedentes vinculantes aquelas decisões judiciais os quais

possuem efeito vinculante fraco, médio ou forte, o que se concluirá após a identificação da sua *ratio decidendi*.

Essa classificação dos níveis de vinculação (fraco, médio e forte) foi elaborada pelo professor EDUARDO TALAMINI (2008, p. 92), para o qual a vinculação “fraca” faz correspondência a uma mera persuasão, pelo qual há a utilização de determina decisão que será utilizada como uma espécie de argumentação de autoridade, a qual o autor destaca como eficácia tradicional da jurisprudência na *civil law*.

No tocante à vinculação “média”, essa faz referência aos casos que em razão da “existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo” (TALAMINI, 2008, p. 92).

Não obstante, o professor EDUARDO TALAMINI (2011, p. 147) finaliza sua classificação apontando que a vinculação “forte” é o efeito propriamente dito, onde a “própria imposição da adoção do pronunciamento que dela se reveste, pelos demais órgãos aplicadores do direito, na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser – sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão”, possibilitando que haja o cabimento de reclamação para a preservação da soberania das decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, o efeito vinculante “forte” ou propriamente dito engloba a vinculação e obrigatoriedade por parte do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta das três esferas de Poder à observância das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle direto de constitucionalidade.

O termo “jurisprudência” é alvo de diversos significados, como aponta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (2014. p. 36-37):

Bem postas as coisas, parece-nos bastante a visualização da 'jurisprudência' sob estas cinco acepções: a) num sentido largo, corresponde ao que usualmente se denomina 'ciência do direito', ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero Ética, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo (nesse sentido, na Itália, algumas Faculdades de Direito se chamam 'Facoltà di Giurisprudenza', como se dá, v.g. em Florença); b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos seus operadores – advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores – como na antiga Roma se dava com os prudentes, agentes estatais então investidos do *ius respondendi*; c) sob o

ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar a interpretação teórica do Direito, feita pelos juristas e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo em pareceres, sem portanto, necessária afetação a um caso concreto, acepção essa que hoje aparece assimilada à palavra doutrina; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, tem a ver com a massa judiciária, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado; e) finalmente, **num sentido mais restrito ou propriamente técnico-jurídico, a palavra jurisprudência traduz a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo tribunal, ou de uma dada Justiça, sobre um mesmo tema jurídico.** (grifo nosso)

O professor LUCAS BURIL DE MACÊDO (2015, p. 108) aponta a existência de três possíveis significações para o termo “jurisprudência”: i) a ciência do direito como um todo; ii) conjunto de pareceres dos juristas sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos; iii) “o corpo de decisões dos juizes e tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos”.

Há ainda uma relevante conceituação de jurisprudência apresentada por HANS-GEORG GADAMER (2000, p. 18), para o qual se tratava de um “estudo do Direito, isto é, uma forma de prudência. Os que estudavam Direito deviam formar em si uma espécie de força diferenciadora, para emitir julgamento de modo equilibrado, diferenciado e objetivo”.

A jurisprudência não é um instrumento jurídico exclusivo do direito brasileiro, pelo contrário, ela é muito comum nos ordenamentos jurídicos de tradição *civil law*. Nessa perspectiva, o jurista italiano MICHELE TARUFFO (2011, p. 140) aponta riquíssima diferença entre a jurisprudência e o precedente, tendo como pressupostos experimental exemplificativo, os direitos italiano e estadunidense:

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. **Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.** A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

A metodologia de aplicação da jurisprudência no Brasil é severamente criticada por autores como LENIO STRECK e GEORGES ABOUD (2014. p. 36-37), os quais apontam que, a legislação deveria ser método de fundamentação primário nas decisões judiciais, cabendo à jurisprudência uma maior autolimitação, o que, claramente, não vem ocorrendo no Brasil, conforme apontam no trecho a seguir:

Assim, em tese, em um sistema com origem romano-germânica, **as decisões judiciais deve(ria)m ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. Por consequência, o papel da jurisprudência deve(ria) ficar caudatário daquilo que chamamos de direito.** Nesse ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que conceito ficasse sem sentido). (grifo nosso)

Em que pese o cenário jurídico decisório brasileiro possuir essa alarmante problemática no que concerne um sistema de precedentes com base em segurança jurídica, isonomia e previsibilidade do direito, o que nos parece, é que o Judiciário brasileiro parece não encontrar problema algum nessa vasta coexistência simultânea de decisões nos mais variados sentidos.

Diante disso, é possível apontar a existência de quatro espécies de jurisprudência: i) **jurisprudência unânime**, quando não existem decisões contrárias suficientes para formação de uma segunda jurisprudência; ii) **jurisprudência dominante ou majoritária**, a qual se posiciona em maior número, que coexiste e colide com aquela adotada em outra jurisprudência; iii) **jurisprudência minoritária**, com posicionamento, em menor número, que coexiste e colide com aquele adotado pela jurisprudência majoritária; iv) **jurisprudência não unânime**, que convive com outra, mas não é possível verificar com precisão se é majoritária ou minoritária (ROSA, 2016, p. 126).

Ante o exposto, é possível a conclusão de que a jurisprudência apresenta variadas funcionalidades e uma indiscutível relevância quanto ao seu papel no tocante ao sistema de precedentes brasileiro, visto que podem configurar um conjunto de decisões que seguem um precedente – não se confundindo com este. Além disso, ultrapassa-se o caráter eminentemente persuasivo quando essa

jurisprudência se caracteriza como dominante ou uma, pois apresentará efeito vinculante “médio”.

Sendo assim, o precedente vinculante será aquela decisão judicial com efeito vinculante “médio” ou “forte”/propriamente dito, ao passo que a decisão judicial com efeito vinculante “fraco” será considerada como precedente persuasivo. Ainda é possível afirmar, a título de identificação que a jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais em determinado sentido, que podem conter efeito vinculante "fraco" ou "médio".

4.2 O *Stare Decisis*

O *stare decisis* refere-se à doutrina de vinculação de precedentes (*doctrine of binding precedents*), decorrente do jargão latino “*stare decisis et non quieta movere*”, que se traduz na ideia que não se move o que está quieto. Ou seja, trata-se de teoria que impõe uma obrigação de observação aos precedentes.

Uma ideia muito mais precisa sobre o *stare decisis* é apontada por LENIO STRECK e GEORGES ABOUD (2014. p. 42), para os quais trata-se da “designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos”.

LUCAS BURIL DE MACÊDO (2015, p. 62-63) aponta que o surgimento oficial do *stare decisis* se deu no direito inglês, em 1898, sobretudo, no julgamento do caso *London Tramways Co. Ltd. vs. London County Council*. No direito estadunidense seu surgimento não teve contornos tão rígidos quanto no direito inglês, mas seu surgimento se deu antes da Revolução Americana, em meados do século XVIII (MACÊDO, 2015, p. 69).

Existe duas modalidades de *stare decisis* apontados por ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOSA (2014. p. 199), que são de extrema relevância:

Existem duas variações do *stare decisis*, que pode ser vertical ou horizontal. O ***stare decisis vertical*** exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. O ***stare decisis horizontal*** exige que a Corte siga seus próprios precedentes. 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 decisis* horizontal se justifica para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.

A proposição acima exposta dispensa maiores esclarecimentos, uma vez que se presta com excelência à distinção dos tipos de *stare decisis*.

Como cediço, o direito estadunidense recepcionou a doutrina do *stare decisis* com o escopo de permitir que se julgue a controvérsia e se forme precedentes que poderão ser utilizados em casos semelhantes ou idênticos no futuro. Mas é necessário que se aponte que o objetivo da jurisdição estadunidense não tem o foco na construção dos precedentes, mas, no julgamento adequado do caso, e só depois, em caso de identidade nas situações é que os juízes poderão classificar aquela determinada decisão como precedente ou não.

Existe grande divergência e complexidade na identificação do precedente, contudo, é substancial a contribuição apresentada pelos professores FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA (2015, p. 450), onde eles afirmam que o precedente se encontra em sua *ratio decidendi* (tema que será melhor abordado no tópico seguinte).

Os mesmos autores propõem três métodos para que se faça a identificação do precedente: i) *Teste de Wambaugh* (EUGENE WAMBAUGH), que consiste em uma simples técnica de inversão, onde “a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente”; ii) *Método Goodhart* (ARTHUR GOODHART), onde a vinculação/aplicação do precedente dependerá da similitude fática fundamental; iii) *Método Misto* (RUPERT CROSS e LUIZ GUILHERME MARINONI), que preconiza a identidade da *ratio decidendi* pelos fatos relevantes para a causa e nos motivos jurídicos que conduziram à conclusão (2015, p. 450).

Por fim, importa assinalar razões que justifiquem o respeito aos precedentes, em que ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (2014, p. 210-216) muito bem apontou um rol nesse sentido, indicando para os precedentes verticais: i) buscar a unidade ou uniformidade das decisões judiciais; ii) trazer a coerência do sistema através da coerência das decisões judiciais; iii) manter a ordem dos tribunais; iv) respeitar valores constitucionais, morais e políticos fundamentais; v) proporcionar a previsibilidade e segurança jurídica; vi) expor uma noção de eficiência da justiça; vi) similitude no julgamento dos casos, cumprindo a expectativa implícita da ordem jurídica, do Estado Constitucional Democrático de Direito. No caso dos precedentes horizontais, sua principal razão seria o estabelecimento da ideia da integridade do direito.

ELMER DA SILVA MARQUES (2015, p. 57) aponta algumas desvantagens da adoção desse sistema de precedentes: i) a aplicação do precedente de forma descuidada pelo juiz, sem que haja a devida análise sobre a similitude dos casos através do *distinguishing*; ii) a perda da capacidade evolutiva do direito por conta da autoridade exercida pelo precedente, que impede que o juiz se afaste dele; iii) possibilidade de ofensa do princípio do livre convencimento do juiz e da sua liberdade funcional, dentre outras.

Sobre a importação do sistema de precedentes a um sistema de tradição *civil law*, é relevante o apontamento feito pelo saudoso professor BARBOSA MOREIRA (2000, p. 160) quando tecia apontamentos acerca da importação de modelos jurídicos:

No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas – o brasileiro, de linhagem europeia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norteamericano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o mesmo, que se harmonize com aquele.

Há de se destacar que o precedente judicial não visa a imutabilidade do Direito, muito pelo contrário, seu foco está na estabilidade e coesão do Direito, que garantirá um tratamento isonômico entre todos aqueles que se encontrarem em idênticas situações jurídicas.

Não se pode deixar de apontar a equivocada ideia propagada de economia de recursos, “desafogar” o Judiciário pela “eliminação” de processos, e aqui se encontra a grande preocupação do professor BARBOSA MOREIRA (2000, p. 208) quando tratava de alguns mitos do futuro da justiça:

No entanto, o que mais preocupa a esse propósito é a expectativa, que se está gerando, de grande aceleração no ritmo dos processos. Ao contrário do que supõem pessoas mal informadas, nenhum dos países que consagram o sistema dos precedentes vinculantes se distingue por uma notável rapidez na solução judicial das lides.

Nada obstante, é notório o risco que existe na adoção de institutos com os quais não se tem familiarização. Todavia, esse obstáculo é transponível, devendo haver um estudo com o foco em compatibilizar esse tem com os preceitos constitucionais, buscando a possibilidade de sua efetivação.

4.3 A *Ratio Decidendi*: Sua Delimitação e a Correlação com o *Obiter Dictum*

Também conhecida como “holding”³ ou “reason for the decision”, a *ratio decidendi* tem em sua própria definição no tocante ao seu método de utilização a inexistência de qualquer sombra de consenso entre os juristas de tradição *common law*. Não obstante essa divergência quanto ao método utilizado para essa distinção, mas, há também uma divergência ainda maior sobre seu conceito.

Nessa toada, o jurista inglês NEIL DUXBURY (2008, p. 78) aponta que, para grande parte dos juristas, a única coisa que pode ser dita com absoluta certeza sobre a *ratio decidendi* é que seu conceito é incerto. Em que pese a existência de consenso geral no sentido de que a *ratio decidendi* é o elemento vinculante da decisão, não há igual consenso sobre a própria constituição da *ratio decidendi*, visto que sua caracterização não é acertada, dividindo-se em regra, princípio ou a razão do caso. Entretanto, essa falta de definição ou concordância sobre a sua caracterização não tem o escopo de ser um impedimento para que haja a identificação da *ratio*.

Por se tratar de sistema oriundo do direito alienígena, sobretudo, dos de tradição *common law*, é interessante a conceituação que os juristas dessas tradições apresentam.

É o caso, por exemplo, do conceito apresentado pelos ingleses RUPERT CROSS e JIM HARRIS (2004, p. 72, tradução nossa⁴), que conceituam “a *ratio decidendi* de um caso como a regra jurídica expressa ou implicitamente considerada pelo juiz como passo necessário para a conclusão, considerando-se a linha de fundamentação adotada por ele ou a parte necessária para sua direção”.

Todavia, a doutrina brasileira em nada perde no que concerne à conceituação da *ratio decidendi*, como bem fundamenta o professor LUIZ GUILHERME MARINONI (2011, p. 293), apresentando uma perspectiva que considera como precedente judicial as razões, sejam elas necessárias ou suficientes para que se alcance a conclusão do julgamento.

³ Trata-se de expressões sinônimas, onde *ratio decidendi* tem maior utilização para o Direito Inglês, e *holding* para os norte-americanos (SILVA, 2005, p. 182).

⁴ No original: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”.

O mesmo autor ainda sustenta seu posicionamento, valendo-se da exemplificação de um caso de ação de despejo, cujo autor pode valer-se de duas bases fundamentadoras para obter o despejo desejado, contudo, nenhuma das duas fundamentações são, perfeitamente, necessárias, uma vez que o despejo poderia ser decretado com fundamento em qualquer outro fundamento. Desta forma, a *ratio decidendi* poderá constituir-se da razão necessária para se alcançar a conclusão, porém, nada impede que sua constituição seja da razão simplesmente suficiente para que se chegue à conclusão (MARINONI, 2011, p. 294)

Nessa toada, a *ratio decidendi* poderá ser constituída tanto pelas razões necessárias, quanto por razões tidas como “simplesmente” suficientes para a conclusão. Não obstante, o professor MARINONI (2011, p. 293) ainda acrescenta uma importante observação:

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*. (grifo nosso)

Nessa esteira, não se pode deixar de pontuar que o jurista inglês NEIL DUXBURY (2008, p. 77-78) não concorda com o conceito de “necessidade” para a definição da *ratio decidendi*, pois, para ele, esse teste da necessidade apenas fornece concepções inadequadas da *ratio decidendi*.

Por conseguinte, depois de cientificada a incerteza e toda ambiguidade que paira acerca do conceito de *ratio decidendi*, cabe aqui a apresentação de uma breve delimitação da *ratio decidendi*, com a proposta de adaptar ao contexto jurídico brasileiro que é originário da tradição *civil law*, de modo a viabilizar que haja a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

Como já fora afirmado anteriormente, os precedentes judiciais devem ser originados dos tribunais superiores.

Pois bem.

É indispensável pontuar que, para que um precedente seja assim constituído, é necessário apenas a decisão proferida pelo tribunal superior, sendo desnecessário que no mesmo sentido haja um prévio estabelecimento de conjuntos

decisórios (a famigerada jurisprudência consolidada ou pacificada). Contudo, é mister que a decisão proferida que constitui o precedente judicial tenha uma exata determinação de qual é a *ratio decidendi*, ou seja, é imperioso que se saiba o que na realidade vinculará as futuras decisões e que pautará a conduta social.

No mais das vezes, nos deparamos com situações de verdadeira confusão entre o precedente judicial obrigatório e sua *ratio decidendi*, pois, o que de fato se torna obrigatório é apenas esta (a *ratio decidendi*), de modo que o precedente judicial constitui-se como algo mais abrangente.

Há de se dizer, ainda, que apenas a *ratio decidendi* do precedente pautará sua aplicação em julgamentos de casos futuros.

Sendo assim, é possível destacar que somente poderá ser *ratio decidendi* de um precedente judicial, a decisão que fizer referência a questões de direito, pois, como afirma RUPERT CROSS (2004, p. 169, tradução nossa⁵), “as decisões sobre questões de fato não constituem um precedente, pois todos os casos são considerados únicos. Para constituir um precedente, uma decisão deve referir-se a uma questão de direito”.

Diferentemente da *ratio decidendi*, que, como visto, se caracteriza como o elemento vinculante da decisão, o *obiter dictum*, ou simplesmente *dictum*, por outro lado, é definido por FREDIE DIDIER JR (2016, p. 458) como qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que seja irrelevante/prescindível para a decisão, ou seja, será *dictum* qualquer motivação de caráter secundário, que não influencie no julgamento.

MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA (2007, p. 51) aponta uma definição simplificada, e, negativa para o *obiter dictum*, para o qual é qualquer “proposição ou regra jurídica que não compusera *ratio decidendi*”.

Para o inglês GEOFFREY MARSHALL (1997, p. 515), “o conceito de *obiter dicta* pode incluir observações sobre um ponto levantado, mas não decidido no caso, ou observações baseadas em fatos hipotéticos, comentários sobre um ponto não suscitado no presente caso, ou declarações gerais sobre a legislação ou a prática”.

Melhor elucidando, é importante um exemplo citado pelo professor FREDIE DIDIER JR. (2016, p. 459), para o qual “o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obiter dictum*) tem a sua relevância para que se aplique a técnica de julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito

⁵ No original: “Decisions on questions of fact do not constitute a precedent, for every case is considered to be unique. In order to constitute a precedent, a decision must concern a point of law”.

e da ação rescisória, cujo resultado não seja unânime, na forma do art. 942 do Código de Processo Civil, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente”, completando que “o *obiter dictum* pode ser erigido à condição de *ratio*, bem como a *ratio* pode ser ‘rebaixada’ à condição de *obiter dictum*”.

Por fim, a ideia principal é que a *ratio decidendi* se dá a partir da identificação dos fatos de relevância em que se enquadra a causa e da principal motivação que leva à conclusão, desprezando-se, para esse efeito, o *obiter dictum*, visto ser causa secundária, não sendo relevância para a decisão.

4.4 Overruling como Técnica de Superação do Precedente

Preliminarmente, é importante pontuar que superar um precedente judicial é o mesmo que não aplicá-lo mais a um caso semelhante, do qual o seu julgamento deu origem ao precedente.

Essa técnica de perda da força vinculante de um precedente é chamada de *overruling*, pelo qual o precedente é substituído (*overruled*) por outro precedente, podendo ser: i) expressa (*express overruling*), ocasião em que o próprio tribunal expressamente aponta a adoção de uma nova orientação, deixando a anteriormente utilizada; ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), caso da adoção de uma nova orientação confrontante com a anterior, sem expressa substituição. Essa técnica não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, pois exige-se dialeticidade com o precedente anterior para que haja sua superação (artigo 927, §4º, CPC).

Essa possibilidade de correção de eventuais erros que foram cometidos no passado foi assentada pela House of Lords (Reino Unido) no caso *Bright vs. Hutton*, no ano de 1852, ocasião em que fora alterado a orientação de um precedente que fora criado. Entretanto, essa prerrogativa de superação só foi exercida depois de século depois, no ano de 1966, momento em que se instituiu o *overruling* mediante a edição de uma resolução. O primeiro caso de *overruling* só aconteceu dois anos depois no sistema inglês, sendo mais comum no direito norte-americano (TUCCI, 2004, p. 158-159 e 167).

Sobre a utilização da técnica do *overruling*, o inglês RUPERT CROSS (1991, p. 135) destaca que essa técnica só foi utilizada expressamente apenas 8 vezes entre os anos de 1966 e 1991, ao passo que, segundo estudos realizados pelo norte-americano MICHAEL J. GERHARDT (2011, p. 206-245), na Suprema Corte

Americana, entre 1789 e 2009, já tinham sido expressamente realizadas 210 (duzentos e dez) superações de precedentes.

Há uma parte minoritária da doutrina que critica a possibilidade de superação de precedente, porém, o professor FREDIE DIDIER JR. (2016, p. 509) aponta que “a possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça”.

Nesse sentido, o jurista alemão ROBERT ALEXY (2005, p. 265) sustenta que “a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção”.

Em que pese a possibilidade de haver outros motivos que possam possibilitar a superação dos precedentes, o professor CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA (2005, p. 266-284) talentosamente sintetiza as hipóteses mais frequentes, que ocorre quando o precedente for: i) obsoleto e desfigurado; ii) absolutamente injusto e/ou incorreto; iii) inexecutável na prática.

Nessa esteira, MELVIN EISENBERG (1998, p. 104-105) aponta outras ocasiões em que pode ocorrer a superação: i) quando não corresponder aos padrões de congruência social; ii) quando as normas jurídicas que sustenta a sua estabilidade, como a isonomia e a segurança jurídica, fundamentarem mais a sua revogação do que a sua preservação.

4.5 *Distinguishing* como Método Garantidor da Igualdade

A primeira atitude a ser tomada pelo órgão julgador quando da tomada da decisão vinculada a precedente judicial é confrontação, ou seja, a verificação se o caso em concreto (*instant case*) guarda similitude com o caso que deu origem ao(s) precedente(s). Havendo, assim, aproximação, deve ser dada uma segunda atitude, que é a análise da *ratio decidendi*, ou melhor, a tese jurídica que fundamentou as decisões proferidas nas ações anteriores.

Diante disso, quando houver a distinção entre o caso em concreto e o paradigma, fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*), que pode ocorrer por não haver correlação entre os fatos discutidos e aos que se prestaram à formação da *ratio decidendi* do precedente (SOUZA, 2007, p. 142).

A título de definição, o professor ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (2004, p. 174) assevera que “o *distinguishing* é um método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Entretanto, essa diferença entre os casos não pode ser expandida a qualquer mera dessemelhança; é necessário que se trate de uma diferença material, ou seja, deve haver a capacidade de comprovar uma justificativa plausível para a não adoção do precedente. Deste modo, é relevante considerar que o poderio destinado aos juízes para a aplicação da técnica do *distinguishing* não guarda relação com a possibilidade de eles – os juízes – desprezarem os precedentes por mera conveniência (DUXBURY, 2008, p. 114).

Ao contrário do que boa parte da doutrina possa imaginar, realizar o *distinguishing* não significa desrespeitar a autoridade de um precedente; pelo contrário, pois haverá uma reafirmação da autoridade contida naquele precedente, ocasião em que o magistrado apenas não o aplicou devido à dessemelhança materialmente fática entre os casos em concreto e o paradigma.

Sendo assim, recairá sobre o juiz o ônus argumentativo de fundamentar a demonstração da falta de similitude entre os casos, e, nas palavras de JOSEPH RAZ (1979, p. 186, tradução nossa), “distinguir, no entanto, é uma forma muito restrita de fazer leis”⁶.

A título de completude do estudo sobre a técnica do *distinguishing*, a doutrina aponta a existência de duas espécies: o *restrictive distinguishing*, onde há a diminuição da esfera de aplicação do precedente invocado, ocasião em que não haverá a aplicação do precedente no caso *sub judice*; e o *ampliative distinguishing*, onde há o aumento do campo de aplicação do precedente, onde este será aplicado a um caso que não é totalmente similar ao que deu origem ao precedente, mas, porque sua aplicação se sustenta pelo fato de o juiz aceitar similitude material suficiente que permita a aplicação do precedente no caso sob julgamento.

Nesse sentido, seguem exemplos da jurisprudência norte-americana do *restrictive* e do *ampliative distinguishing*, respectivamente, citados por ELMER DA SILVA MARQUES (2015, p. 48-79) em sua brilhante tese:

⁶ No original: “Such a difference must exist for every court has the power to distinguish while only some have a power to overrule. Unless distinguishing differs from the general power to modify rules and to make new ones (as in overruling or in deciding unregulated disputes) my interpretation of distinguishing means, given the general power to distinguish, that precedents are never binding for the courts are always free to change them. **Distinguishing, however, is a very restricted form of law-making**”.

Em *Anns v. Merton London Borough* [1978], a *House of Lords* estabeleceu a responsabilidade do município pelos danos decorrentes de negligência na fiscalização de obras. Mas em 1984, ao julgar *Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.* [1983], a *House of Lords* interpretou restritivamente o caso *Anns*, para aplicá-lo somente nas hipóteses em que a negligência da fiscalização municipal pudesse gerar possibilidade de dano à saúde ou à segurança, não o aplicando ao caso *Peabody Donation Fund*, que se tratava de danos materiais. Nesta hipótese, houve a realização do **restrictive distinguishing**, i. e., a *House of Lords* restringiu o âmbito de aplicação do precedente, realizando a diferenciação entre os casos.

Em *Barwick v. The English Stock Bank* [1886], um cliente de instituição financeira pede indenização pelo fato de ter sido induzido pelo funcionário do banco a aceitar uma garantia sem valor de terceira pessoa que lhe está tomando um empréstimo. A *House of Lords* reconheceu a responsabilidade da instituição financeira pelo prejuízo causado ao cliente. Posteriormente, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [1912], discutiu-se se o precedente firmado em *Barwick* deveria ser aplicado apenas na hipótese original, em que o funcionário da instituição financeira não se beneficiou da fraude, mas apenas a instituição foi beneficiada, ou se se deveria aplicar o precedente também nas hipóteses em que o beneficiário da fraude é o funcionário da instituição financeira, não tendo o banco sido beneficiado. Entendeu a *House of Lords* que a instituição financeira é obrigada a indenizar o cliente ainda que o único beneficiário seja o funcionário que cometeu a fraude. Neste caso, foi realizada uma **ampliative distinguishing**: o precedente firmado em *Barwick v. The English Stock Bank*, referente a uma hipótese em que a instituição financeira era beneficiária da fraude e foi, portanto, condenada a indenizar os prejuízos sofridos por seu cliente, foi aplicado em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, hipótese em que a instituição financeira não foi beneficiada pela fraude, mas apenas seu funcionário. Houve uma ampliação no âmbito de aplicação do precedente. (grifo nosso)

Assim, é notório que o principal escopo dos precedentes judiciais é a promoção da justiça e a rápida solução dos casos, entretanto, em que pese a autoridade do precedente, devemos apontar que este se mostra passível de transformação, ou, melhor dizendo, de uma adequação à realidade social, e o *distinguishing* é a técnica responsável por essa movimentação, no sentido de sempre buscar a adequação e sempre reinterpretando, com a cristalina intenção de garantir a igualdade, entendendo e considerando as particularidades do caso, conforme se buscou apresentar no presente tópico.

5 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Até o presente momento, esta produção se manteve na seara da busca da apresentação da temática e suas particularidades, apontando questões em um contexto geral, e, em determinados casos, especificando-a às hipóteses que foram julgadas convenientes.

Entretanto, a partir desse tópico, a verticalização da temática se guardará a uma específica e minuciosa análise dos sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, analisando seu campo de aplicação, perpassando o trânsito da teoria à prática, demonstrando que a questão envolvendo os precedentes causará uma inevitável uniformização dos julgamentos, e, por fim, mas, obviamente, não menos importante, nos guardaremos à análise da compatibilização do sistema de precedentes frente às garantias processuais constitucionais.

5.1 O Campo de Aplicação dos Precedentes: da Teoria à Práxis

No tocante ao campo de aplicação dos precedentes, é necessário que se esclareça *ab initio* que os fatos materiais que ensejaram o surgimento do precedente judicial não são importantes apenas para que se compreenda a *ratio decidendi*, aliás, eles servirão muito mais para a definição do campo de aplicação do precedente.

Não obstante, para fins de estudo sobre o campo de aplicação dos precedentes, a mais importante diferença que deve ser observada é classificação e a utilização que se faz dos fatos materiais, como método de definir o âmbito de aplicação desse precedente no caso futuro.

O jurista inglês NEIL DUXBURY (2008, p. 168, tradução nossa) corrobora com o entendimento da necessidade de se analisar o campo de aplicação dos precedentes, e de que estes não são feitos para serem cegamente seguidos simplesmente porque são precedentes, assim como cerejas devem ser colhidas por serem cerejas, ou montanhas devem ser escaladas simplesmente porque são montanhas, é necessário que haja uma dialeticidade que justifique a aplicação do precedente ao caso⁷.

⁷ No original: “[...] if is possible to formulate at least two distinct versions of the deontological justification for precedent-following. First, there is the argument ‘that precedents ought to be followed simply because they are precedents’. At first glance there seems to be no argument whatsoever here: the

Sendo assim, a vinculação dos precedentes devem ser analisados sob a ótica do seu campo de aplicação, e, segundo entendimento da professor TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2012, p. 57 e 60), existem duas espécies de vinculação: *vinculação por identidade absoluta*, quando há uma integral identidade entre as situações fáticas; e a *vinculação por identidade essencial*, onde considera-se apenas a identidade dos fatos considerados que são “tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência”.

Assim, é necessário o estabelecimento de critérios de identificação do que seria essencial entre os dois conjuntos fáticos, pois “quanto mais aparelhado for um sistema para reconhecer a identidade essencial entre casos, cujos fatos não sejam absolutamente idênticos, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá obter”. (2012, p. 60)

Sobre a definição do campo de aplicação, interessante o estudo casuístico realizado pelo doutor ELMER DA SILVA MARQUES (2015, p. 51-52):

Vejamos um exemplo. Em *Donoghue v. Stevenson* [1932], a *House of Lords* decidiu acerca da responsabilidade civil de um fabricante de cerveja (*ginger beer*) a um consumidor final (sem que houvesse um contrato imediato entre o fabricante e o consumidor) que encontrou um caracol (*snail*) em decomposição dentro da garrafa. O caso foi julgado em favor do consumidor por três votos contra dois. Na fundamentação da decisão, *Lord Atkins* fez referência à expressão “fabricante de produtos” (*manufacturer of products*). Quatro anos depois, em *Grant v. Australian Knitting Mills* [1936], alegou-se que o precedente firmado em *Donoghue v. Stevenson* somente poderia ser aplicado em casos envolvendo fabricante de alimentos e bebidas. Tentou-se, assim, estreitar a abrangência da categoria “produtos”, de forma que pudesse abranger apenas a produção de produtos alimentícios e bebidas. Com isso, restringir-se-ia a aplicação do precedente, de forma a não aplicá-lo em *Grant v. Australian Knitting Mills*, que envolvia um fabricante de roupas íntimas (*underpants*) em cujo processo de produção foi incluído uma quantidade excessiva de enxofre, causando dermatite no consumidor. Mas ao julgar o

statement is about as vacuous as saying that cherries ought to be picked because they are cherries, or mountains climbed because they are mountains. Even if we interpret the argument charitably it seems simplistic, for we may even approve of their prior adjudication – yet still be unwilling to treat their decision as having the status of a precedent which should be followed [...]”. Tradução: “[...] é possível formular pelo menos duas versões distintas da justificativa deontológica de seguir os precedentes. Primeiro, existe o argumento ‘que precedentes devem ser seguidos simplesmente porque são precedentes’. À primeira vista, parece não haver absolutamente nenhum argumento aqui: trata-se de declaração vazia como dizer que cerejas devem ser colhidas porque são cerejas, ou montanhas escaladas porque são montanhas. Mesmo se nós interpretássemos de modo complacente o argumento, ele pareceria simplista para que possamos reconhecer que o problema que estamos prestes a decidir já foi julgado por outra pessoa – nós podemos até aprovar o seu julgamento anterior – ainda assim haveria resistência para tratar a decisão dela como tendo *status* de precedente que deve ser seguido” (tradução livre).

caso, a *House of Lords* entendeu que a expressão “produtos”, utilizado na *ratio decidendi* no caso *Donoghue v. Stevenson* por *Lord Atkins* abrangia, além de produtos alimentícios e bebidas, também outros produtos manufaturados. Houve, assim, um alargamento na compreensão da categoria “produtos”, utilizado no precedente invocado, mas cujo âmbito de aplicação somente veio a ser fixado em caso futuro. Com aquele alargamento, aumentou-se o âmbito de aplicação do precedente, que restou fortalecido.

Analisando os exemplos supramencionados, em que a *ratio decidendi* se constitui de classificações mais amplas (no caso, a classificação era no termo “produtos”), isso abre espaço para que os tribunais inferiores restringissem a aplicação do precedente quando da realização do *distinguishing*, afirmando que o caso a ser julgado (*instante case*) não é similar (ou seja, não se enquadra no termo) aos fatos considerados no precedente.

Destarte, é possível pontuar que quanto mais amplo for o termo classificatório do precedente, será igualmente maior sua abrangência a um maior número de casos; mas, essa abrangência conferirá uma maior possibilidade de as instâncias inferiores enfraquecerem o precedente através da realização do *distinguishing*, surgindo a necessidade de se especificar o campo de atuação do precedente, ou seja, especificar a casuística que ele abrange em sua *ratio decidendi*.

5.2 O Precedente Judicial como Fonte Formal do Direito e a Inevitável Uniformização Interpretativa dos Precedentes Judiciais

A doutrina aponta que, por se tratar de um instrumento que introdução e modifica normas jurídicas do ordenamento, o precedente passa a ser vislumbrado como uma fonte formal do Direito. Entretanto, há de se admitir, que, no mais das vezes (especialmente em países de tradição *civil law*), os precedente são interpretativos, e assim, auxiliam na interpretação das demais fontes do direito, principalmente, as leis, (re)criando-as de forma adequada para a resolução do conflito (dimensão particular) e para reger a conduta social (dimensão geral).

Apesar disso, o precedente permanece como fonte formal do Direito, como instrumento capaz de criar normas jurídicas (vinculativos) ou (re)interpretá-las (interpretativos).

Essa exposição prática do precedente descortina a verdadeira natureza do precedente brasileiro, e a razão de não existir uma “commonlização” do Direito Brasileiro: aqui adota-se os precedentes com o fundamento principal – em sua maioria

– de uniformizar a interpretação do texto legislativos (precedentes interpretativos), ao passo que no *common law*, o conjunto das decisões (*case-law*) convivem lado a lado com as normas (*statute law*), como já fora observado no parte introdutória desse trabalho, quando se tratava das tradições jurídicas.

Assim, o ponto principal de diferenciação entre as tradições e a aplicação do sistema de precedentes se encontra no fato de na tradição *civil law* os precedentes se prestam, principalmente, para a interpretação das leis, ao passo que nos países de tradição *common law*, os precedentes têm sua obrigatoriedade equiparada às normas.

Há de se pontuar que, quando se fala em “commonlização” do direito brasileiro, pertinente à disposição em se conferir eficácia vinculante às decisões dos tribunais superiores, não se pode confundir com a adoção de um sistema de *stare decisis*, pois, conferir eficácia vinculante às decisões proferidas pelos tribunais superiores aproxima o Direito brasileiro do sistema *stare decisis*, não do *common law*.

Em que pese a adoção do precedente judicial como fonte do Direito, isso não implica, necessariamente, na perda de importância das demais fontes do Direito, uma vez que se poderá recorrer à elas a qualquer momento, sempre que se estiver em uma mudança do entendimento, ou quando da realização do *distinguishing*, quando se verificar a falta de similitude entre o caso em concreto e o caso de que deu origem ao precedente, havendo a necessidade da criação de uma nova ordem jurídica, adequando-se aos diferentes fatos materiais.

Assim, o precedente judicial como fonte do Direito não estabelece apenas um direito preexistente (como as decisões judiciais eram tradicionalmente consideradas), mas como uma fonte capaz de criar o Direito, constituindo norma jurídica que definirá a conduta social.

Desse modo, ao se admitir essa capacidade criativa do Direito pelos precedentes judiciais, há, necessariamente, a inevitável obrigação de uniformização do entendimento adotado na interpretação (precedente interpretativo) e na criação judicial (precedente vinculativo), que muitas vezes são diferentes e contraditórios.

5.3 A Compatibilização dos Precedentes Judiciais Obrigatórios com as Garantias Processuais Constitucionais

Não basta a invocação de um precedente, é necessário que este seja fundamentado, tomando-se por base os fatos materiais da causa e a argumentação jurídica exposta pelo precedente, o que só será possível mediante uma nova atividade interpretativa, que analisará a similitude fática entre os fatos do precedente e do caso em concreto.

Como já mencionado neste trabalho, essa análise da semelhança fática não se trata de simples analogia: há a necessidade de uma valoração para que se possa enquadrar os fatos do caso sob julgamento com as razões adotadas na *ratio decidendi* do precedente invocado, o que impede a aplicação mecânica e automática do precedente judicial ao novo caso.

Porém, diante de tudo que até aqui fora tratado, a questão que se manifesta é em como adotar um sistema de precedentes judiciais obrigatórios e compatibilizá-lo com as garantias processuais expostas na Constituição Federal, pois, como cediço, a aproximação ou importação de institutos jurídicos devem, em primeira análise, serem compatíveis com os ditames constitucionais do Estado que os recebe.

Isto posto, a verticalização do presente estudo se guardará à elucidação de algumas questões: A atividade decisória que cria o precedente judicial deve ocorrer de que forma para que não fira os princípios processuais constitucionais? Como não ofender as garantias do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa quando da tomada de decisão com justificação em aplicação de precedente judicial? Como trazer a coerência e a unidade ao Direito, promovendo a previsibilidade e segurança jurídica, sem subtrair das partes os seus direitos de, além de serem ouvidas, terem suas razões expressamente consideradas?

6 A (RE)CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Até o presente ponto, a proposta foi eminentemente elucidativa, com o escopo de apresentação e demonstração de nuances específicas da temática dos precedentes judiciais, desde sua caracterização como fonte do Direito e delimitação da *ratio decidendi*.

Entretanto, esse momento se guardará a uma proposta de compatibilização do sistema de precedentes à Constituição, sobretudo, por meio de uma proposta de analisá-lo sob a luz do princípio democrático, do contraditório, e ampla defesa e da obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

Sendo assim, cindiremos o assunto desse capítulo em três partes: na primeira parte, a proposta será o estabelecimento da construção e outorga da autoridade do precedente e sua compatibilização com o princípio democrático; em uma segunda parte, a pretensão terá o enfoque na influência exercida pelas partes quando da constituição da nova decisão fundada em precedentes, no que diz respeito à sua efetiva participação na discussão das teses jurídicas, destacando, nesse momento, a participação do *amicus curiae*, e, por fim, a terceira parte analisará como a cooperação processual e o agir comunicativo, idealizado por Jürgen Habermas, podem exercer importante papel na efetivação do contraditório para a construção da decisão judicial.

6.1 Os Precedentes Judiciais e Princípio Democrático

Inicialmente, é necessário assinalar que a referência que se faz ao princípio democrático é aquela que vincula a legitimidade do Direito à sua fundação mediante os representantes que são eleitos pelo povo.

O princípio democrático é representado pela concepção que é expressamente prenunciada no artigo 1º, parágrafo único do texto constitucional, que concebe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, e o poderio aqui tratado refere-se também à produção/criação do Direito.

Não obstante, o jurista norte-americano MELVIN EISENBERG (1998, p. 9-10) indica que o próprio legislativo é planejado para uma representatividade institucional, e sua membresia é composta de pessoas com as mais diversas

experiências. Contrariamente, os tribunais se encontram em situação oposta, além de serem uma instituição não representativa, possuem uma composição numericamente menor, e com homogeneidade de experiências de seus membros. Deste modo, ao passo que a responsabilidade do poder legislativo é diretamente ligada aos cidadãos, que os submetem constantemente à prova por meio das eleições e do escrutínio da população, a responsabilidade do judiciário se submete apenas às partes litigantes ali envolvidas.

Sendo assim, a correlação que se faz entre os precedentes e o princípio democrático é no sentido de que se os precedentes construídos pelos tribunais superiores se configuram como fontes formais do Direito, e, portanto, dotados de autoridade vinculativa, sua inserção no ordenamento jurídico como norma se prestará a pautar a própria conduta da sociedade. Nessa esteira, descortina-se a confrontação da legitimidade que os tribunais possuem para atuarem como criadores do Direito (*law-markers*), surgindo então a necessidade de verificação de onde provém tal legitimidade.

Não há como se falar em legitimidade para a criação de normas sem mencionar a imanente relação que existe entre o princípio democrático e a separação dos poderes, pois, como fora mencionado anteriormente, pelo fato de os juízes não terem sido eleitos pelo povo, eles não teriam legitimidade democrática para criação das normas, visto que o princípio da separação dos poderes retém essa função ao Poder Legislativo.

Entretanto, cabe aqui uma importantíssima ressalva de que não há qualquer relação entre a criação decisória dos julgadores e a criação legislativa. Ou seja, o poder dos julgadores é exercido mediante um procedimento jurisdicional, que possui características que o contrasta com a criação exercida pelo legislativo.

Para melhor elucidar a questão, vale a lição exposta pelo professor MAURO CAPPELLETTI (1993, p. 74), quando escrevera seu livro “Juízes legisladores?”, onde aponta com maestria as particularidades que distinguem o processo jurisdicional do processo legislativo, para o qual, substancialmente, ambos os processos perfazem a criação do direito, ou seja, ambos atuam como *law-making processes*. No entanto, no que concernem os procedimentos, eis aqui a grande diferença entre eles, devido às questões que reputam o exercício criativo do julgador como uma usurpação da função do poder legislativo.

O mesmo autor completa essa distinção apontando que o processo judicial teria como características as “virtudes passivas” ou “limites processuais”, quais sejam, a imparcialidade e a inércia do juiz, bem como a garantia do contraditório (CAPPELLETTI, 1993, p. 75-76).

Por sua vez, as características do processo legislativo são contrárias, ou seja, este não é inerte, ressalvadas algumas exceções em que há as audiências públicas, pois não há contraditório das partes interessadas, e, os interesses ali representados, no mais das vezes consistem em interesses de grupos interessados.

Portanto, é de extrema relevância uma característica apontada pelo jurista inglês JOHN SALMOND (1913, p. 174), que reflete fundamental diferença entre a criação do Direito oriundo do processo judicial da proveniente do processo legislativo, pois os juízes não podem apenas criar o Direito mediante uma declaração/formulação abstrata, mas, se a declaração judicial não vier acompanhada de uma aplicabilidade, então não há autoridade.

Prosseguindo, além do viés representativo que supre a legitimação do precedente, há que se destacar também a participação das partes para sua (re)construção, ou seja, não basta que as partes participem do processo decisório, é necessário e importante que as partes participem efetivamente, que o princípio constitucional do contraditório seja amplamente conferido, pois esse é o principal instrumento que dilatará a legitimidade do precedente judicial.

Destarte, não se pode conceber o contraditório como uma mera ciência das partes da ocorrência dos atos processuais, ainda que seguidos da oportunidade de se manifestarem em relação à estes atos.

Há a necessidade de se conferir maior efetividade e respeito à garantia do contraditório através da oportunidade de que as partes possam efetivamente influenciar, e assim, realmente participar, da (re)construção da decisão judicial, de modo que a decisão não seja a opinião do juiz sobre os fatos, mas que a atividade decisória seja resultado de um embate dialético de ciência, interpretação e manifestação dos fatos e fundamentos jurídicos presentes no caso em concreto.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (2012, p. 148), o qual vereda pela mesma linha de raciocínio:

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como **garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de**

todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. (grifo nosso)

O contraditório era definido, tradicionalmente, pela constituição do binômio: ciência dos atos processuais e bilateralidade de audiência, entendendo-se através do primeiro elemento a necessidade de que às partes seja dado ciência do desenvolvimento dos atos processuais pela outra parte, pelo magistrado, ou por qualquer outro. Ato contínuo, cientificado dessa prática, insurge o segundo elemento, que consiste na perspectiva de manifestação da parte em face dessa atividade, podendo deduzir qualquer consideração sobre determinado ato que foi ou ainda será praticado.

Hodiernamente, no entanto, tem sido adicionado a esse binômio um terceiro elemento, que se presta à uma efetivação da garantia do contraditório, qual seja: a efetiva influência das partes.

Percebe-se que aqui a referência que se faz não é somente a respeito da manifestação do réu, a quem sempre esteve umbilicalmente ligada a questão sobre o contraditório, mas, amplia-se esse conceito para abranger todas as partes, para que possam influenciar a decisão.

Assim, passou-se a conceber o princípio do contraditório como um trinômio, uma espécie de “contraditório qualificado”, cujo terceiro elemento consiste na participação das partes no processo decisório, conforme assinala LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (2012, p. 149):

Significa que **a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo**, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da *participação*: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício. (grifo nosso)

Essa concepção tripartite do contraditório foi adotada e enumerada pelo Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 25.787/DF (Informativo n.º 449, 2006), onde apontou:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que **essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de**

informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 85-99).

E, sobre o terceiro elemento do contraditório, nessa mesma decisão, o Ministro destaca (Informativo n.º 449, 2006):

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), **que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção** (Beachtungspflicht), **pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento** (Kenntnisnahmepflicht), **como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas** (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97). (grifo nosso)

Em vista dessa compreensão do contraditório, os dizeres do professor ANTONIO DO PASSO CABRAL (2010, p. 269-270) corroboram para a expressão de uma democracia deliberativa do processo judicial, tendo em vista que agora há a possibilidade de efetiva influência social na construção decisória. Há de se ressaltar, no entanto, que embutido em suas prerrogativas, o juiz poderá considerar como errada a argumentação utilizada pela parte, entretanto, ele deverá diretamente mencionar essas teses propostas pelos sujeitos, de modo a conferir efetividade ao direito de influência que as partes têm, sendo esse o dever de conferir especial atenção às manifestações das partes, que se conecta de forma intrínseca com o próprio dever de motivar as decisões e, paralelamente, é correlato ao direito democrático do cidadão de ver sua tese argumentativa considerada pelo magistrado.

Evidente que a dialeticidade só será efetivamente conferida pela participação das partes, se ela tiver o condão de verdadeiramente influenciar o julgador, como bem afirma o professor ANTONIO DO PASSO CABRAL (2010, p. 269) ao dizer:

Se no processo o Estado produz decisões que vinculam as partes, **pode-se afirmar que os sujeitos do processo, com suas manifestações no curso da instrução, exercitam uma influência profunda sobre o exercício do poder estatal**. No processo, a dinâmica do poder compreende a prática da influência. (grifo nosso)

Logo, o que se extrai é que a manifestação participativa dos sujeitos processuais se incorporará ao raciocínio jurídico da fundamentação decisória, sendo estes diretamente responsáveis pela criação da decisão.

Assim, só haverá legitimidade democrática de norma jurídica o precedente judicial que se ater a dois pontos aqui considerados como principais.

Primeiro, o precedente deverá ser resultado de uma solução dada a um caso concreto, pois, como fora assinalado, o Poder Judiciário não pode criar decisões sem que houvesse litígios para solucionar.

Ademais, é a solução de um determinado caso que poderá servir de paradigma para outro que deverá ser julgado no futuro que seja materialmente idêntico, e assim, essa (re)construção judicial para a solução de um determinado caso é que caracteriza a observância ao princípio democrático, pois a decisão de um caso servirá para outros semelhantes.

Em segundo lugar, em vista da reinterpretação do princípio do contraditório que fora supra tratado, há a necessidade de uma efetiva discussão jurídica para a formação da decisão, em que deverá haver uma consideração séria e detida a respeito da argumentação suscitada pelas partes e de terceiros intervenientes que eventualmente participem – é o caso do Ministério e do *amicus curiae* –, pois é somente dessa maneira que será possível suprir o déficit de legitimidade democrática conferida aos precedentes judiciais.

Diante disso, partiremos para uma segunda parte, que faz referência à dilatação do princípio democrático das decisões, tratando sobre a participação das partes e da sociedade através do Ministério Público, e/ou, através de entidades que poderão participar como *amicus curiae*, conferindo maior abrangência à decisão, que evoluirá para precedente judicial e suprirá sua legitimidade.

6.2 O Convencimento Judicial sob a Ótica da Influência das Partes e a Participação do Ministério Público e da Figura do *Amicus Curiae*

O interesse que se preza quando da formação do precedente judicial ultrapassa aquele exclusivo das partes envolvidas. Pelo fato de o precedente ser fonte do Direito, e, portanto, norma a ser inserida ao ordenamento jurídico tendente a tracejar condutas sociais, é relevante que à esta formação estejam presentes pessoas estranhas ao litígio, como uma maneira salutar de fazer com que haja uma forte influência social na atividade decisória, contribuindo para a dilatação do princípio democrático ao precedente.

Como já fora mencionado, a participação do Ministério Público e da figura do *amicus curiae* serviriam de reforço à legitimidade do precedente judicial frente ao confronto com o princípio democrático, desde que, a manifestação destes sujeitos estejam de fato incorporadas à fundamentação da decisão.

Nesse sentido, esclarece o professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO (2012, p. 561) sobre a necessidade do diálogo como forma de legitimação da decisão:

A necessidade de um diálogo *prévio* assume, nessas condições, fator de legitimação das decisões jurisdicionais tomadas no Supremo Tribunal Federal. [...] A única forma de *legitimar* a decisão do Supremo Tribunal Federal em hipóteses como tais é reconhecer que ele deve, *previamente*, dar ouvidos a pessoas ou entidades representativas da sociedade civil – e, até mesmo, a pessoas de direito público que desempenhem, de alguma forma, esse mesmo papel, capturando os próprios valores dispersos do Estado, suas diversas opiniões e visões de políticas públicas a serem perseguidas *também* em juízo -, verificando em que medida estão configurados adequadamente os interesses, os direitos e os valores em jogo de lado a lado. **De forma que, enfim, aqueles interesses e direitos estão devidamente *representados* em juízo.** (grifo nosso)

Assim como a garantia do contraditório só é respeitada quando há a consideração das teses argumentativas das partes na decisão, no caso da manifestação do Ministério Público e do *amicus curiae*, idem, pois só se legitimará a construção do precedente quando houver consideração de seus argumentos, seja para acatá-los ou rejeitá-los, desde que fundamentadamente.

O jurista NEIL ANDREWS (2011, p. 122) aponta que, tradicionalmente no direito inglês, a decisão do caso deveria ser conforme as teses trazidas pelos defensores das partes, apontando que o juiz era refém dos argumentos por eles desenvolvidos, e assim, a regra *iura novit curia* não fazia parte do direito inglês, mesmo que essa característica tenha sofrido algumas alterações posteriores.

Assim, nos países de tradição *civil law* – como o Brasil –, essa regra do *iura novit curia* é largamente aplicada. Assim, como fora supra sustentado, há a necessidade de se compatibilizar a construção do precedente judicial, para que ele não seja feito sem qualquer participação das partes, e, assim, tornando-se um elemento súbito, do qual as partes não puderam se manifestar, argumentando sua (in)aplicabilidade ao caso *sub judice*.

Considerando que o juiz conhece o direito a ser aplicado, não sendo “refém” da argumentação das partes, há a necessidade de se compatibilizar essa tradição jurídica expressa pelo *iura novit curia* com contraditório – sobretudo, o qualificado – e a ampla defesa, o que só ocorrerá de fato quando for oportunizado às partes a manifestação perante o tribunal a respeito do raciocínio argumentativo que por ele será utilizado na decisão do caso, e, conseqüentemente, para a construção do precedente judicial.

Esse ponto é talentosamente retratado por NEIL ANDREWS (2011, p.122-123), quando ele afirma que “o diálogo é importante e o direito não pode ser resultado de reflexões solitárias dentro de um escritório. O debate deve ser estimulado positivamente”, e ainda para ele, “se a corte decide optar por um caminho jurídico diferente daquele sugerido pelos advogados das partes, deve respeitar o princípio do contraditório e dar às partes a oportunidade de se manifestar sobre a nova linha argumentativa”.

Por conseguinte, o precedente firmado nesses moldes não servirá apenas como fonte do Direito para futuramente solucionar casos idênticos, como também, servirá de parâmetro para as condutas da sociedade, o que, por si só, já demonstra que o interesse presente no precedente, ultrapassa o interesse dos sujeitos processuais, alargando sua abrangência, de modo que deve ser permitida a participação de pessoas ou organizações para o fim de contribuir com a decisão do tribunal, ou seja, deve ser permitido, quiçá, incentivado, a participação do *amicus curiae*.

Para o professor EDUARDO TALAMINI (2015, p. 439), *amicus curiae* “é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revistada de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes”.

A manifestação do *amicus curiae* já tinha previsão no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 543-C, §4º, e, no atual Código de Processo Civil de 2015, sua previsão está contida no artigo 138, inciso I.

O entendimento que se manifesta por essa produção é de que a participação deste terceiro deve ser mais frequente, principalmente quando o espectro de abrangência do precedente possa atingir um grande número de interessados, como é o caso de questões referentes a direitos difusos e coletivos ao direito ambiental, do consumidor etc.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil de 2015 foi feliz ao apontar o princípio da admissibilidade geral do *amicus curiae* no artigo 138, onde este poderá intervir em qualquer processo, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE (2012, p. 45) esclarece que, no direito inglês, sempre que não houver a efetiva participação das partes na atividade decisória de construção de determinado precedente, este poderá ter sua autoridade limitada na aplicação para casos futuros. Nesse seguimento, o LORD GOFF OF CHIEVELEY faz uma ressalva quando julgou o caso *Sprind vs. Guardian Assurance Plc* [1995]: “Eu gostaria de frisar que a opinião que expresse nesse ponto do meu voto foi formada sem o benefício da argumentação com os advogados das partes, de sorte que por isso deve ser tida como de autoridade limitada [*limited authority*]”.

Deste modo, a conclusão que se chega é que a participação efetiva das partes, Ministério Público e *amicus curiae* supre, de certa maneira, o déficit democrático de representatividade que os membros do Judiciário possuem.

Como assinala SANDRO KOZICOSKI (2010, p. 151), a participação do *amicus curiae* oportuniza a “pluralização do debate constitucional”, de modo que o Tribunal possa ter conhecimento “dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida”.

Importa finalizar ressaltando a potencialização da decisão que é eivada da dialeticidade entre as partes, Ministério Público, *amicus curiae* e o magistrado, otimizando sua aceitação na sociedade, e imunizando-a de críticas futuras, e isso só será possível pelo fato de ter sido considerada a participação popular – diretamente, pelas partes, indiretamente, pela participação do Ministério Público e do *amicus curiae*

– na produção decisória do Estado, que legitimou os membros dos tribunais superiores para a criação do Direito através de suas decisões.

6.3 A Cooperação Processual e o Agir Comunicativo de Jürgen Habermas como Garantia do Contraditório Efetivo para a Construção da Decisão Judicial

Depois de dedicarmos um capítulo para uma abordagem preliminar específica sobre as minúcias que envolvem a cooperação processual prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil, nos guardaremos, nesse tópico, ao trato do instituto em seus aspectos práticos. Ou seja, aproximaremos a ligação existente entre o instituto da cooperação e a (re)construção dos precedentes judiciais.

Durante todo este trabalho, o fundamento último que se destaca para a construção dos precedentes é representatividade democrática e participativa, em que se exige das partes e do juiz um comportamento processual cooperativo, trazendo valoração constitucional ao processo, e, fincando as bases da dialeticidade entre os sujeitos e o magistrado para a formação decisória (MITIDIÉRO, 2011, p. 83-84).

O professor DANIEL MITIDIÉRO (2011, p. 80-81) aponta a referência constitucional da construção de um “Estado Constitucional Cooperativo”, que se presta em inserir seus valores ao processo judicial, priorizando a cooperação processual através da constituição de uma autêntica “comunidade de trabalho” entre as partes o juízo. Torna-se pressuposto básico a dialeticidade como sendo da própria natureza do processo, pois só há justa e efetiva prestação jurisdicional através do diálogo, por intermédio da própria “pretensão resisitida”, que se promove através de um embate argumentativo.

Não se pode vislumbrar o precedente judicial como uma decisão antecipada da causa, como se já se soubesse o resultado do embate, o que muitos travestem de segurança jurídica. Todo precedente deve ser, sempre que invocado, reinserido à esfera dialética da argumentação judicial.

É como ensina NEIL ANDREWS (2011, p. 105), dizendo que na Inglaterra, as decisões judiciais, principalmente aquelas dos tribunais superiores, são “escrupulosamente exauriente”, visto que compreendem um “exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido”. Em outras palavras, invocar um precedente não significa aplicá-lo automaticamente, há todo um procedimento dialético para que sua aplicação tenha legitimidade.

O fato de os membros do judiciário não serem eletivos, causa um sério déficit à legitimidade democrática do Judiciário para composição de normas jurídicas (assim entendidos os precedentes judiciais como fonte formal do Direito), o que só poderá ser suprido pela efetiva participação das partes no processo, sobretudo, na dialeticidade processual para a atividade decisória, onde o processo judicial se transfigurará em um ambiente de exercício direto do poder pelo povo, como instrumento republicano que é.

Sobre a legitimação da democracia representativa, destaca-se o que propõe o professor DANIEL MITIDIERO (2001, p. 49-50):

Ademais, **a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo.** Nessa quadra, **potencializa-se o valor participação no processo,** incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, **a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais.** (grifo nosso)

O filósofo alemão JÜRGEN HABERMAS foi o responsável pela idealização do conceito do agir comunicativo em 1981 em sua obra Teoria do Agir Comunicativo, partindo do pressuposto de um acúmulo de diferentes experiências das pessoas inseridas em um contexto que ele denominou “sistema e mundo da vida”, com a proposta de formular uma teoria que se valesse de uma racionalidade crítica e comunicativa, com fundamento na dialeticidade entre o agir instrumental e o agir comunicativo.

Nessa conjuntura, o sistema estaria vinculado ao agir instrumental, abrangendo o Estado e todo seu aparato organizacional. Por outro lado, o mundo da se vincularia ao agir comunicativo, que se revela na totalidade dos valores inerentes a cada um de nós, tanto individualmente, como comunitariamente.

HABERMAS (2007, p. 65) expressa o agir comunicativo como um agir orientado pelo entendimento, aduzindo:

A expressão “agir comunicativo” assinala as interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado pelo entendimento assume o papel de coordenador da ação. **Por meio da comunicação linguística, as pressuposições idealizadoras emigram para um agir orientado pelo entendimento.** (grifo nosso)

Portanto, a relevância do agir comunicativo se encontraria em uma postura de agir-refletir-agir coletivamente, o que é oportuno para criação uma atitude

crítica, investigativa e argumentativa em todos os processos vivenciados pelos participantes desse “sistema e mundo da vida”, delineando a decisão a ser tomada.

O fundamento basilar da teoria do agir comunicativo de HABERMAS se encontra no uso da linguagem para os homens constituídos como sujeitos de ação, tendente a conduzir mudança através de relações e interações entre estes.

Em sua obra “Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer”, JÜRGEN HABERMAS (1987, p. 418) propõe o conceito do agir (ou ação) comunicativa:

Chamo ação comunicativa àquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, fazendo, para isso, uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extraverbais) orientada ao entendimento. À medida que **a comunicação serve ao entendimento** (e não só ao exercício das influências recíprocas) pode adotar para as interações o papel de um mecanismo de coordenação da ação e com isso fazer possível a ação comunicativa. (grifo nosso)

Pensando-se o agir comunicativo como instrumento de diálogo, conclui-se que haverá relevante contribuição para a emancipação do homem, haja vista que este se orientará por um processo problematizador, onde ele será capaz não só de construir seu ponto de vista crítico sobre a realidade e sua autonomia argumentativa, mas, contribuirá diretamente para a autonomia da coletividade a que ele pertence através de um movimento racional de dialeticidade.

Sobre essa racionalidade dialética, CARLOS EDUARDO DA CUNHA PINENT (1995, p. 37) assinala:

A conceituação de razão, o claro entendimento do que seja razão, para Habermas é de fundamental importância. Se em Kant a razão é subjetiva, inata, transcendental, e se em Popper ela é objetiva, **em Habermas ela é comunicativa, dialógica**. Se para o positivismo ela é a capacidade de manipular corretamente regras formais, **para a ação comunicativa ela é a capacidade de dialogar seguindo a lógica do melhor argumento**. (grifo nosso)

Em vista disso, a intuição de HABERMAS se entrelaça umbilicalmente com a (re)construção dos precedentes judiciais, uma vez que sua proposta se enquadra na formação de um regime democrático aberto ao recebimento de propostas com um altíssimo potencial emancipatório oriundo da deliberação ideológica, configurando

uma politização do procedimento, inclinado à inclusão de indivíduos para a legítima formação de resultados obtidos discursivamente.

Para esclarecer, a participação das partes e de terceiros intervenientes (Ministério Público e *amicus curiae*) na atividade decisória para (re)construção do precedente judicial criará não somente uma parceria de direito, mas, a institucionalização jurídica do procedimento pelo agir comunicativo tornando todos os participantes, simultaneamente, autores e destinatários do direito ali construído pela norma produzida no precedente judicial, efetivando o contraditório em sua espécie qualificada e legitimando sua construção pelo princípio democrático.

O que se deve esclarecer é que o precedente judicial não visa a imutabilidade do Direito, pelo contrário, ele tem o condão de outorgar estabilidade e coerência a este, sendo esse o fundamento último da adoção de um sistema de precedentes, buscando o tratamento isonômico entre pessoas que se deparam em situação idêntica, não guardando qualquer relação com o marketing falacioso feito sobre os precedentes, como instrumento garantidor da economia de recursos através da “eliminação” de processos para “desafogar” do Judiciário.

A respeito do elevado número de ações que sobrecarregam o Judiciário, o professor DIERLE NUNES (2012, p. 246) alerta a postura do legislador com o intento de se resguardar a segurança jurídica e a duração razoável do processo através de “técnicas de padronização decisória”. Não obstante, a adoção desses mecanismos tem sido “embasado no marco exclusivo da eficiência quantitativa, *sem viabilizar uma padronização decisória uniformizadora* que teria o condão de estabilizar um quadro interpretativo”.

Assim, esse trabalho se estabelece na posição de que não se pode adotar “técnicas de padronização decisória”, uniformização de jurisprudência ou de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios com a precípua finalidade de dizimar a massa de processos.

Nessa acepção, DIERLE NUNES (2012, p. 246) aponta:

A opção adotada, em vez de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos), promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por poucos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que puderem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia.

A finalidade principal desses instrumentos deve ser a efetividade do Estado de Direito por meio isonomia quando da aplicação da lei, extinguindo o solipsismo⁸ da decisão judicial, garantindo, assim, a legitimidade de adoção desses institutos.

Há de se compreender que o precedente judicial construído com as bases sólidas da dialeticidade processual e participação democrática, quando aplicado sistematicamente por um período de tempo, pelo fato de pautar a conduta social, tenderá a diminuir as resistências que a ele – o precedente – foram impostas inicialmente.

Não obstante, os próprios advogados, à medida que vão reconhecendo o precedente como forte, se encarregam pela diminuição de argumentação contrária contra este, pois se terá a impressão de exaurimento argumentativo que seja contrário àquele precedente, pois tudo que tinha de ser suscitado quando da sua (re)construção foi arguido e devidamente discutido, sendo inócuo argumentar contra este, salvo nas hipóteses de distinção (*Distinguishing*) ou superação (*Overruling*) do precedente.

Todavia, deve ser ostentada a possibilidade de os precedentes tidos socialmente por inadequados tenham sua legitimidade vinculativa discutida em juízo, de modo a pleitear sua superação.

A tradução da dialeticidade processual deve ser outorgada não só para a construção, como também, para a reconstrução do precedente judicial, justificando-se, aqui a utilização da variante temática exposta no título deste trabalho e sua importância no aspecto prático.

Importante redarguir que não é toda decisão judicial que se constitui como precedente, pois, ainda que o quesito da legitimidade democrática do precedente seja superado pelo respeito às garantias processuais constitucionais, este só será concebido como precedente judicial obrigatório quando, em primeiro lugar, essa decisão se servir para determinar a aplicação da norma a um caso concreto.

Como fora apontado anteriormente, quando tratamos da delimitação da *ratio decidendi*, esta só poderá ser composta por decisões que forem necessárias ou suficientes para que se obtenha a decisão final para o caso em concreto que for submetido ao tribunal superior para julgamento.

⁸ Teoria filosófica segundo a qual nada existe fora do pensamento individual, sendo a percepção (das coisas e/ou das pessoas) uma impressão sem existência real.

Sendo assim, só se constituirá como *ratio decidendi* a afirmação do tribunal superior que efetivamente decidir. Ou seja, não será considerado como precedente judicial uma decisão oriunda do tribunal superior que se limite em apontar decisões anteriores, ou que se restrinja a subsunção do texto normativo aos fatos apresentados, sem apresentar qualquer rastro de relevante interpretação da decisão apontada para o caso atual.

Além disso, em segundo lugar, não basta que decida o litígio, a decisão construída pelo tribunal superior deve ser necessária para a solução deste, e, nesse contexto, só se caracterizará como *ratio decidendi* a decisão que possui aptidão para verdadeiramente solucionar casos que possuam similitude material.

Como muito bem sustenta ELMER DA SILVA MARQUES (2015, p. 174):

Somente quando o precedente é criado a partir de / para a solução de um caso litigioso concreto é que se legitima constitucionalmente a atuação do Judiciário na criação de normas jurídicas. Sua atuação no sentido de criar normas jurídicas gerais, abstratas, desvinculadas de um caso concreto constituiria em ofensa aos princípios democrático e da separação de poderes. (grifo nosso)

Nessa lógica, a aplicação de um precedente judicial não pode se tratar um mecanismo travado de aplicação, pois mesmo a decisão que se baseia em outra decisão anterior, dependerá de um julgamento, ou seja, de uma nova decisão, que, conseqüentemente, provocará uma reanálise e uma reconstrução argumentativa.

Com efeito, a mera apresentação de um precedente judicial não pode se estabelecer como a argumentação necessária para justificar a decisão do julgador, pois não se bastará para rechaçar os argumentos suscitados pelas partes ou terceiros intervenientes que eventualmente participem, outrossim, a utilização do precedente judicial na decisão deverá corresponder à um contexto dialético processual que fundamente e legitime a nova decisão.

Enfim, a dialeticidade processual se servirá para a legitimação da decisão que se utiliza de um precedente judicial, ademais, a utilização deste não pode significar um julgamento antecipado do caso a pretexto de segurança jurídica, pois este deverá ser inserido no contexto argumentativo atual, pois só assim é que se poderá falar em concretização e efetividade das garantias constitucionais do contraditório (sobretudo, o qualificado) e da ampla defesa, mediante a séria e efetiva

consideração das razões apontadas pelos participantes, fortalecendo também a fundamentação da decisão.

7 CONCLUSÃO

O estudo realizado para a produção do presente trabalho possibilitou uma análise dos precedentes judiciais, sobretudo, no tocante à sua (re)construção, abordando discussões pertinentes ao tema, inclusive, com um suporte muito relevante da doutrina e jurisprudência estrangeira, atendo-se ao instituto dos precedentes desde suas origens históricas, partindo do exemplo de países que já aplicaram, para investigar as diretrizes práticas de sua aplicação no Brasil.

A conclusão que se chega é que se faz necessário o respeito aos precedentes judiciais, pois essa postura é fundamental para que de fato haja um Estado de Direito, tratando casos semelhantes de maneira semelhante, em observância a isonomia das partes como garantia constitucional.

Portanto, o que se pode perceber por todo o exposto é que houve um erro grave de interpretação sobre o princípio do livre convencimento motivado dos juízes, bem como de sua independência funcional, o que acarretou à submissão dos jurisdicionados à famigerada “jurisprudência lotérica”, adicionando o fator sorte como elemento da prestação jurisdicional, haja vista que não há qualquer sombra de segurança jurídica e de previsibilidade, e os casos semelhantes são tratados de maneiras diferentes, caracterizando o Poder Judiciário como uma instituição propagadora de julgamentos incoerentes e imprevisíveis.

Um exemplo da preocupação generalizada com essas questões é a demasiada quantidade de estudos que são feitos sobre o assunto, investigando seus motivos, e não foi diferente com o presente trabalho, que, ainda, apresentou uma proposta de modificar a forma com que os precedentes judiciais são (re)construídos, visto que nos encontramos em um contexto de evidente tensão entre a segurança jurídica e a imprescindibilidade de adequação do Direito às novas necessidades trazidas pelo tempo, buscando um ponto de equilíbrio nessa turbulência de insegurança.

A doutrina dos precedentes é um instrumento fundamental para promoção de justiça, contudo, esse caminho será entenebrecido se no decorrer dessa busca de fornecimento de certeza e previsibilidade dos julgamentos, se fornecer, na realidade, “certeza de injustiça”.

Portanto, a proposta resultante dos estudos e da investigação realizada é de que não é razoável que o precedente judicial seja visto como um *prêt-à-porter*

argumentativo, ou seja, não pode ser um “kit de razões prontas” sobre as quais não se pode objetar democraticamente, pois o pressuposto básico aqui constatado é que o precedente judicial não pode ser absolutamente imutável: ele deve ser estável, mas não inflexível, devendo acompanhar as evoluções de concepção e influência jurídica, o contexto social, econômico e filosófico, visto que o entendimento em um determinado momento poderá se mostrar inoportuno em outro momento distinto, sendo admissível, nesse caso, a superação desse precedente pelo *overruling*, alterando a norma jurídica do precedente anterior, passando a regular casos idênticos através de uma nova norma jurídica.

Assim, o remate epistemológico a respeito do precedente judicial é que, por se configurar como fonte formal do Direito, sua legitimação dependerá de um efetivo embate jurídico argumentativo entre as partes comprometidas no processo, e eventuais terceiros intervenientes (Ministério Público e *amicus curiae*) a respeito da (re)criação da norma jurídica pelo Judiciário, onde o precedente terá a precípua função de pautar a conduta da sociedade, devendo haver séria e detida análise dos conteúdos argumentativos ali suscitados, que se extrairá de uma decisão pautada em sólida fundamentação.

E, tudo isso se resume à uma evidência da aplicação dos precedentes judiciais: a decisão fundada em precedente judicial não poderá se resumir à uma simples atividade de subsunção dos fatos à norma jurídica contida no precedente; outrossim, há a séria necessidade de uma nova valoração e análise, uma nova escolha e uma nova decisão, partindo dos fatos do caso a ser julgado, e do conteúdo argumentativo deduzido e diligentemente debatido pelas partes em juízo.

O fundamento último se resume à aplicação da cooperação processual e do agir comunicativo de JÜRGEN HABERMAS como instrumentos garantidores do contraditório efetivo, divorciando-se as razões de aplicação do sistema de precedentes judiciais obrigatórios como meio de se “eliminar” processos ou de garantir economia processual de atos, recursos e de tempo. Sob outra perspectiva, o seu fundamento deve se ater à consolidação e respeito ao Estado de Direito pelo fomento da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução a edição brasileira, Claudia Toledo, São Paulo: Landy, 2005.

ANDREWS, Neil. **Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, v. 192, p. 99-127, fev. 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A importação de modelos jurídicos**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 15, n.º 18, p. 201-211, 2º sem. 2000.

_____. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 15, n.º 17, p. 153-164, jan.-jun. 2000.

_____. **Temas de direito processual (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Revista Sequência, n.56, p. 151-176 jun. 2008

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

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei n.º 5.869, de janeiro de 1973, Brasília: Senado, 1973.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília: Senado, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 449**. 20 a 24 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo449.htm#transcricao>>. Acesso em: 10 de ago. de 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**, 1 – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CABRAL, Antonio do Passo. **El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate**. Revista Peruana de Derecho Procesal, v. XIV, p. 261-278, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CROSS, Rupert; HARRIS, James H. **Precedent in English Law**. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 11. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. London: Harvard University Press, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Da palavra ao conceito: a tarefa da hermenêutica enquanto filosofia** / In *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Coordenação Custódio Luís Silva de Almeida [et.al.], Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOUVEA, Lúcio Grassi de; **Leituras Complementares de Processo Civil**; organizador Fredie Didier Jr.; 9ª edição; ver., ampl. E atual.; Editora Juspodivm; Salvador; 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Tradução Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&M, 1987.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Entre Naturalismo e Religião: Estudos filosóficos.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

JUNIOR, Fredie Didier; **Curso de Direito Processual Civil**; 13ª edição – Salvador; volume 1; Editora Juspodivm, 2011.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba:, 2010.

LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de et al. **Aspectos teóricos e práticos do princípio da cooperação no processo civil brasileiro.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3315, 29 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22268>>. Acesso em: 20 de jul. de 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Elmer da Silva. **Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MARSHALL, Geoffrey. “**What is a binding precedent**”. In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study.* Aldershot: ashgate, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais** - 1ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Colaboração no processo civil**. 2ª Edição – revista, atualizada e ampliada, volume 14, São Paulo, Ed. RT, 2011, Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; **Manual de direito processual civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015

NUNES, Dierle. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro** (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015) /Coordenação Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINENT, Carlos Eduardo da Cunha. **Situando Habermas**. Educação, Porto Alegre, ano XVIII, n. 29, p. 31-40, 1995.

PIRES, Natacha Ferreira Nagao; CAMPOS, Cristiane Garcia de; **O Princípio Da Cooperação no Novo Código De Processo Civil e a Sua Repercussão Processual**; Etic - Encontro De Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 9, No 9 (2013); Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Presidente Prudente-SP.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

SALMOND, John William. **Jurisprudence**. 4ª ed. London: Stevens and Haynes, 1913.

SANTOS, Murilo Vilela dos; SANTOS, Raphael Vilela dos. **A cooperação processual no atual código de processo civil e a ética kantiana**. ETIC - Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 12, No 12 (2016); Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Presidente Prudente/SP. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/view/5733/545>>. Acesso em: 20 de jul. de 2017.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro.** Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 77, v. 628, fev./1988.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito : desvelando as obviedades do discurso jurídico,** v. 1 / Lenio Luiz Streck. –2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira.** Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

_____. **Objetivação do controle incidental e força vinculante ou devagar com o andar que o santo é de barro.** In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Do amicus curiae.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, v.199, set. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Amanda Lobão; **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro – Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos** / coordenação Thereza Arruda Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14.ed. São Paulo: Ática, 2006.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.