

ANDRÉ DE VIVO RODRIGUEZ DRUMON

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISÃO JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

André de Vivo Rodriguez Drumon

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro

SÃO PAULO

Janeiro de 2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Drumon, André de Vivo Rodriguez

Os precedentes judiciais e a fundamentação da decisão judicial. ; André de Vivo Rodriguez Drumon ; orientador Oreste Nestor de Souza Laspro -- São Paulo, 2020.

240

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito - precedente. 2. Direito - fundamentação da decisão judicial. 3. Direito - processo democrático. 4. Direito - processo constitucional. I. de Souza Laspro, Oreste Nestor, orient. II. Título.

Nome: DRUMON, André de Vivo Rodriguez

Título: Os precedentes judiciais e a fundamentação da decisão judicial

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil

APROVADO EM:

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO

PROF. DR. _____

PROF. DR. _____

AGRADECIMENTOS

A dissertação é, mais das vezes, um caminho solitário. A par da convivência com os colegas e professores, há um universo que vai se construindo entre aluno e os livros. Incontáveis horas de estudo e dedicação necessárias para que o trabalho ganhe corpo e substância formam uma distância que se traduz na perda voluntária de férias, feriados, datas festivas, almoços e jantares, na privação da companhia daqueles que nos completam.

Essa distância, que a princípio me pareceu insuperável, só foi possível percorrer com o apoio de determinadas pessoas, sem as quais evidentemente eu nada alcançaria e para as quais dedico esse trabalho.

Em primeiro lugar, agradeço meu orientador, o professor Oreste Nestor de Souza Laspro, que me acolheu como orientando e permitiu concretizar um sonho antigo, cursar o mestrado na Universidade São Paulo e me aproximar cada vez mais da academia. Professor, meu eterno agradecimento admiração por todo trabalho realizado. Agradeço também a todos os demais professores do curso, que me ensinaram a ver o processo civil sob outra perspectiva e mudaram muitos dogmas que adotei e nutria desde o início da minha vida acadêmica.

Com muito carinho, agradeço a Beatriz Valente Felitte e o Luiz Dellore, que pacientemente me ajudaram a superar as crises de ansiedade inerentes à essa jornada, com ricas discussões sobre o tema e dicas inestimáveis sobre a execução do trabalho. A experiência e o olhar atento de vocês me deram energia suficiente para completar o percurso na etapa final, justamente quando mais precisei ter força. Muito obrigado.

Agradeço os amigos e os colegas que se viram na condição de me ouvir, sem trégua, sobre o tema, sobre o estágio do trabalho e todas as questões que cercaram a execução desse projeto ao longo desses três anos. O dia-a-dia é mais leve por causa de vocês. Nesse sentido, correndo o risco de ser injusto, dentre a infinidade de ouvidos atentos, agradeço aos amigos e colegas Rafael do Val, Cláudio Pieroni, Danielle Spejo, Amélia Imasaki, Heloísa Calderaro, Eduardo Oliveira, Gabriela Mendes Maria, Beatriz Moya, Bruno Dantas, Renata Rodrigues, Katia Prinholato, Henrique Ceolin, Marina Clemente, Nathalia Damacena, Frederico

Paiva e mais recentemente a Fernanda Corrêa. Para Fabiana Solano e Clara Azzoni, o meu agradecimento se refere especialmente à sensibilidade que me permitiu conciliar o término da dissertação e os compromissos profissionais.

Aos meus pais, Oswaldo Rodriguez Drumon e Martha de Vivo Rodriguez Drumon, agradeço por me apoiarem incondicionalmente e por terem me ensinado a nunca desistir. Aos meus irmãos, Yoyô e Wadito, meu muito obrigado por me acolherem quando mais precisei e me lembrarem todos os dias o significado da palavra família.

RESUMO

DRUMON, André de Vivo Rodriguez. **Os precedentes judiciais e a fundamentação da decisão judicial**. 2020. 240 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente dissertação analisa o dever de fundamentação a partir de seus requisitos essenciais e a sua correlação com o sistema de precedentes brasileiro. A hipótese de trabalho se define assim: os requisitos objetivos da fundamentação da decisão judicial absorvem, a seu modo, parte da doutrina de precedentes e inauguram, a partir da dinâmica estabelecida pelos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, uma nova forma de decidir, o que é corroborado pelas novas regras de fundamentação previstas no parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil. O trabalho inicia a partir da contextualização histórica do Estado de Direito. A partir de eventos específicos, define-se o objetivo da fundamentação e como serviu de limitador institucional ao arbítrio. A construção do Estado Legal e a substituição para o Estado Constitucional – e a adoção de um processo constitucional – são abordadas de modo a contextualizar o papel dos juízes atualmente, bem como a complexidade do ordenamento jurídico. O segundo capítulo está voltado à análise do sistema de precedentes brasileiros. Nesse capítulo, conceitos essenciais para o entendimento da doutrina de precedentes são abordados, tais como o precedente como fonte do direito, as diferenças e eventuais correlações entre sistemas jurídicos distintos, *civil law* e *common law*. O trabalho aborda também o ferramental para a aplicação do sistema de precedentes a partir do *common law*, a sua força vinculante e de que maneira esses conceitos podem ou não ser transportados para a realidade brasileira. Por fim, o último capítulo debruça as novas regras de fundamentação da decisão judicial, seus elementos estruturais, consequências dos vícios para, por fim, entender por meio de exemplos como o sistema de precedentes tem sido utilizado pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Processo constitucional. Direito processual constitucional. Dever de fundamentação. Precedentes.

ABSTRACT

DRUMON, André de Vivo Rodriguez. **Legal precedent and the reasoning of the judicial decision**. 240 p. Dissertation (Master's degree). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation analyzes the obligation to reason a decision from its essential requirements and its correlation with the Brazilian precedente system. The working hypothesis is defined as follows: the objective requirements of the reasoning of the judicial decision absorb, in its own way, part of the doctrine of precedent and introduce, from the dynamics established by articles 926 and 927 of the Civil Procedure Code, a new way to rule, which is corroborated by the new reasoning rules established in the first paragraph of article 489 of the Civil Procedure Code. The dissertation begins with Rule of Law historical contextualization. From specific events, the purpose of the reasoning and how it has served from institutional limiter to the decision is defined. The construction of the Legal State and replacement for the Constitutional State - and the adoption of a constitutional process - are addressed in order to contextualize the current role of the judge and the complexity of the legal system. The third chapter focuses on the analysis of the Brazilian system of precedent. In this chapter, essential concepts to understand the doctrine of precedent are addressed, such as the precedent as the source of law, the differences and any correlation between distinct legal systems, civil law and common law. This paper also covers the methods for applying the system of precedent from common law, its binding force and how these concepts may or may not be transported to the reality of Brazil. Finally, the last chapter details the new rules for the reasoning of the judicial decision, its structural elements, consequences of defects in order to, at last, understand by means of examples how the system of precedent has been used by the Judiciary of Brazil.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Constitutional process. Constitutional procedural law. Obligation to reason a decision. Precedent.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
2.1	O Estado de Direito e a fundamentação da decisão judicial	14
2.1.1	A experiência francesa	18
2.1.2	A experiência inglesa	22
2.2	O Estado Constitucional brasileiro e a sua correlação com o exercício da Jurisdição	25
2.2.1	Modelo constitucional brasileiro	30
2.2.2	Processo constitucional	37
2.2.3	Breves considerações sobre a discricionariedade judicial e a sua correlação com o exercício da Jurisdição	48
2.2.3.1	Ainda algumas considerações sobre a teoria da argumentação como limite à discricionariedade	70
2.3	Conclusão parcial: desequilíbrio e a necessidade de adoção de outros métodos para a estabilidade do sistema	79
3	O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO	82
3.1	O precedente como fonte do direito	83
3.2	Diferenças entre o <i>civil law</i> e o <i>common law</i>	94
3.3	A diferença entre o conceito de precedente e a jurisprudência dominante	113
3.4	<i>Stare decisis et non quieta movere</i> e os métodos de aplicação	120
3.5	Métodos de superação e distinção	124
3.6	Força vinculante	127
3.7	Desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro	132
3.7.1	Os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil.....	140
3.7.2	Breves considerações sobre a incidência do art. 927 na prática forense	144
3.7.3	Aproximação do sistema <i>common law</i> ?	148

4	A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E A SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL	153
4.1	Evolução legislativa	154
4.2	Natureza jurídica da decisão judicial	160
4.3	Elementos essenciais da decisão judicial	163
4.4	Consequências da ausência de fundamentação para a decisão judicial	182
4.5	Sujeitos processuais e a fundamentação da decisão judicial	191
4.6	Considerações sobre a fundamentação da decisão e o sistema de precedentes brasileiro	199
4.6.1	A relação do argumento com elementos da teoria de precedentes (<i>ratio decidendi</i> , <i>obiter dictum</i> , <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>)	201
4.6.2	Análise de casos práticos e as técnicas para a formação de precedentes	205
4.6.2.1	Exemplo de precedente eventualmente superável.....	205
4.6.2.2	Exemplo de vinculação horizontal.....	209
4.6.2.3	Exemplo da não observância do precedente	212
5	CONCLUSÃO	216
6	BIBLIOGRAFIA	223

1. INTRODUÇÃO

A promulgação do atual Código de Processo Civil em 2015, Lei nº 13.105/2015, trouxe novos ares à ciência processual, especialmente no que se refere a temas bastante relevantes, como a fundamentação de decisão judicial e o sistema de precedentes brasileiro, que tem ganhado forma desde a década de 1990.

A fundamentação, a par da premissa de que todas as decisões devem ser fundamentadas, nunca havia tido de maneira objetiva a definição tal qual como hoje consta na Carta Processual. A omissão dos Diplomas anteriores, proposital, relacionava-se ao desejo de não limitar o dever de fundamentação de modo que se tornasse adequado a suportar o delicado equilíbrio do fundamento tido como suficiente, a celeridade processual e a eventual nulidade por incompletude da decisão judicial. E isso assim ocorreu porque mais importante do que traçar elementos mínimos, era garantir a fundamentação unicamente a partir de diretrizes macro sistêmicas. Entendia-se que a fundamentação era um reflexo do contraditório substancial, uma espécie de “prestação de contas” que envolvia clareza e se desenvolvia por método lógico e razoável, sendo desnecessária uma pré definição.

No entanto, com o advento da Lei 13.105/2015, há a quebra da premissa acima descrita para que sejam fixados os seus elementos estruturais. A fundamentação, assim, torna-se regra não só pelo dever de que as decisões sejam fundamentadas – premissa histórica que conta com mais de duzentos anos de história –, mas a partir da fixação de requisitos objetivos.

Sendo assim, há necessidade de entender a aplicabilidade a partir desses elementos estruturais mínimos ou, em terminologia que adotamos, elementos essenciais a partir da norma prevista no parágrafo primeiro do art. 489 da atual codificação processual.

Durante o processo investigamos o significado atual de Jurisdição, o papel dos operadores do direito e refletimos novamente sobre o resultado do processo

pensado a partir do papel da decisão judicial e os seus efeitos para a sociedade, especialmente considerando os objetivos do Estado constitucional.

A eventual adoção de um sistema de precedentes brasileiro e a sua adequação ao sistema *civil law*, por sua vez, também é um elemento central que reverbera tanto na forma de decidir – caso se considere e aceite a existência de precedentes vinculativos – como na necessidade de incorporação desses elementos essenciais da fundamentação no ato de decidir.

A partir do enfoque acima descrito, o trabalho iniciará pelo resgate da fundamentação como elemento de legitimação da tutela jurisdicional, entendendo não só o seu papel para a coerência interna da decisão, a relação de sintaxe que permite a dedução da norma concreta a partir de um conceito normativo abstrato, como de que maneira a fundamentação pautou a atividade jurisdicional, desde a crise da Idade Média até os tempos atuais.

Essa correlação – entre fundamentação da decisão judicial e a formação do precedente – é um dos pilares da atual codificação. Relendo o papel da própria Jurisdição, o trabalho continuará seu desenvolvimento para entender o que, na atual fase em que vivemos, de constitucionalização de direitos, o magistrado é chamado para, além da solução da lide, promover a estabilidade do sistema. E isso significa homogeneização de conceitos jurídicos indeterminados.

A partir dessa premissa, dissertamos sobre a estrutura de um sistema de precedentes e de que maneira isso está ou não refletido na atual codificação. O entendimento a respeito de conceitos inerentes à técnica de precedentes, como a identificação da *ratio decidendi* e, é claro, a sua distinção de outros elementos da decisão serão abordados de modo a entender se eles foram ou não inseridos na dinâmica de fundamentação atualmente admitida.

Entendemos que a importância do tema é valor assumido pelo parlamento brasileiro e busca, por mais essa opção legislativa, minimizar os reflexos da litigiosidade massificada, escassez de recursos disponibilizados pelo Estado e a cada vez maior necessidade de solução rápida para os litígios. O excessivo trabalho, o despreparo de alguns servidores públicos por falta de investimento do

próprio Estado e a litigiosidade exacerbada dos jurisdicionados trouxeram um reflexo bastante ruim para o resultado do processo (leia-se, sentença).

Trata-se, portanto, de um momento apto para refletir e dissertar sobre a interação desses novéis instrumentos processuais e de que maneira influenciarão o dia-a-dia dos operadores do direito.

Nesse contexto, entendemos que o trabalho em questão contribuirá para definir – e reler – o verdadeiro objetivo da norma que prevê os critérios da (não) fundamentação, para entender de que maneira quais argumentos está realmente atrelados ao dever de fundamentação e de que maneira isso se traduz para a estabilização do sistema jurídico.

2. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 O Estado de Direito e a fundamentação da decisão judicial

Entender a fundamentação judicial em seu aspecto histórico é entendê-la a partir da evolução do conceito de Estado de direito.

A aptidão do ser humano está destinada à coletividade. A se tornar um ser social pela vontade e pela necessidade¹. Não por outra razão, Dalmo de Abreu Dallari afirmou que “a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”².

Sendo assim, as pessoas se reúnem para buscar uma finalidade maior pela qual se justifica a limitação de liberdades individuais, de egoísmos particularizados: o bem comum. Essa expressão, entre os juristas polissêmica, tem para nós a melhor tradução na simples afirmação de que o cidadão é o “sujeito, o fundamento e o fim” da própria sociedade³.

O Estado nasce para servir, porém apenas se justifica quando organizado por meio de uma ordem jurídica. A ordem jurídica se constitui de um complexo de normas imperativo-distributivas, ou seja, que têm a faculdade de que o estado ideal a ser promovido possa ser exigido, o que, partindo da premissa de positivação do direito, significa a normatização textual e expressa dessas normas.

Além disso, entre a norma legal e o estado ideal é necessária bilateralidade, portanto, cuja imposição depende de que o poder estatal se baseie em

¹ Não se ignora que para os contratualistas a ideia de associação por natureza, por uma necessidade irracional, não prospera. De fato, tanto Platão (A República) como Thomas Hobbes (Leviatã), um como sociedade ideal e o outro como sociedade real, defendem o contratualismo como a única opção de organização social.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

³ Nos termos da Encíclica papal II, item 26, “A pessoa humana como tal não só não pode ser considerada como mero objeto ou elemento passivo da vida social, mas, muito pelo contrário, deve ser tida com o sujeito, o fundamento, e o fim da mesma”. Sítio da internet acessado em 7.7.2018, às 15:01:

http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

racionalidade e poder, pois poder legítimo é o poder consentido⁴ e que não se imiscui com critérios exteriores como os religiosos, econômico ou político ou o interesse de grupos particulares (por mais poderosos que sejam).

Apenas assim, o Estado representa um poder capaz de, toda vez que houver conflito de interesses, afastar a individualidade em prol de uma coletividade⁵ e explorar o melhor que cada cidadão tem para gozar da sociedade e com ela contribuir⁶. Estado, como sociedade política, busca justamente por meio da ordem jurídica garantir que esse objetivo seja alcançado⁷.

Nem sempre foi assim, no entanto. Antes da concepção de Estado Moderno (que abarca todos os conceitos jurídicos acima descritos), outros tipos de Estado foram experimentados e, com eles, interações diversas entre o que se entende por fundamentação da decisão, a interação entre os súditos e aqueles que, autorizados pelo Estado, efetivamente decidem.

⁴ Nas palavras de Georges Burdeau, “A história estar repleta de lutas por ela ocasionadas prova a que ponto é precioso o título que ela confere. Mas não devemos enganar-nos: as cobiças que ela suscita apenas raramente são provocadas por um escrúpulo de consciência. Se os chefes têm tanto apreço por serem considerados legítimos é porque a legitimidade lhes traz um acréscimo de autoridade que só podem receber dela. Ao Poder que se impõe, ela acrescenta a qualidade vinculada a um Poder consentido, uma vez que ninguém pode pretender-se autoridade legítima se não é reconhecido como tal. O que faz o valor insubstituível da legitimidade é, portanto, o fato de ela não depender da vontade nem da força de quem a usufrui. Ela lhe vem do exterior e, por isso, consolida o Poder dando-lhe uma base menos frágil do que a que ele encontra nas qualidades pessoas de quem o exerce. Não só ela o deixa ao abrigo dos golpes do destino que lhe podem alterar a força, mas também o dispensa de usá-la. Enobrecendo a obediência, ela converte em obrigações nascidas de um dever o que não passava de atitudes ditadas pelo temor. Enfim, ela introduz o Poder no universo mágico das representações e das crenças, dotando-o de todos os prestígios que lhe vêm do fato de os homens crerem que ele existe. Metamorfose moderna da sacralização do Poder, a legitimidade laiciza seu fundamento sem lhe enfraquecer a solidez, há que ela substitui a investidura divina pela consagração jurídica.” (BURDEAU, Georges. O Estado. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 3-4)

⁵ Ao tratar do tema poder, Miguel Reale assim define o papel do direito como um organizador do poder: “O Direito, como já dissemos várias vezes, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados.” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 71).

⁶ “É na sociedade, não fora dela, que o homem encontra o complemento necessário ao desenvolvimento de suas faculdades, de todas as potências que carrega em si. Por não conseguir a auto-realização, concentra os seus esforços na construção da sociedade, seu *habitat* natural e que representa o grande empenho do homem para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida.” (NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Forense, 2006, p. 24)

⁷ O papel do Estado é criar condições para “a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenado-as em função de um fim comum. Isso não quer dizer, evidentemente, que a sociedade política determina as ações humanas, mas, tão-só, que ela considera todas aquelas ações.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. p. cit. p. 48-49)

No que se refere a fundamentação da decisão judicial, o Estado Medieval ganha especial relevância. Sem entrar no mérito dos tipos precedentes⁸, o Estado medieval, cuja estrutura de poder se caracteriza por ser extremamente fracionada, torna o ambiente propício para que a fundamentação da decisão judicial, como conceito, comece a ser construída a partir da figura central do rei. A expressão que o resume o período é “*L’État c’est moi*”, frase esta atribuída a Luís XIV, na França, e que bem representa o papel do rei no Antigo Regime.

Caracterizado por um monopólio político, mas de extrema dependência com relação à arrecadação de recursos, o Estado absoluto sofria o dilema de, cada vez mais, abarcar em seus cargos representantes da burguesia e ao mesmo tempo não querer dividir o poder político com essa incipiente classe. A íntima relação entre Estado e economia proporcionou o fortalecimento do Estado, custeado por diversas novas formas de econômica pensadas a partir das peculiaridades de cada um dos Estados absolutos⁹. Particularidades à parte, no que se refere à fundamentação da decisão judicial, os contextos políticos de duas nações se destacaram: França e Inglaterra.

Nesse sentido, as políticas protecionistas francesa e inglesa geraram frutos e, nos séculos seguintes (XVI e XVII), acúmulo de riqueza. Especialmente na França, com a dinastia Bourbon, e na Inglaterra, por meio da dinastia Tudor, a

⁸ Dentre os tipos de Estado que a humanidade experimentou, o primeiro que se faz referência é o Estado antigo. Nele, há o predomínio da religiosidade e a unilateralidade. O elemento religioso é tão marcante que estudiosos também chamam esse tipo de Estado de Teocrático. A relação daquele que governa com a divindade é tão estreita que por vezes é considerado o próprio poder divino. Em segundo lugar, citamos o Estado grego, do qual se extrai como característica mais marcante a sua construção em volta de uma pólis. Uma estrutura autossuficiente que divide em um sistema classes seus cidadãos, a partir da qual se reduz ou se amplia a participação individual na tomada de decisões. O terceiro tipo a se destacar é o Estado romano, do qual se extrai, como característica mais marcante, o crescimento de pequenos agrupamentos familiares (gens) até alcançar o seu formato de Império, no qual classes especiais despontaram formando uma nobreza. Caracterizou-se pela escravidão como força de trabalho para subsidiar e aparelhar o Estado.

⁹ Na Espanha, por exemplo, a orientação adotada foi a de obter metais preciosos por meio da expansão colonial, orientação denominada metalismo. Na Inglaterra, optou-se pelo desenvolvimento de uma frota naval e marinha mercante poderosas, bem como proteção ao mercado interno com políticas alfandegárias extremas. Na França, de igual maneira, a situação foi de proteção do mercado interno, diminuindo-se a importação e privilegiando a exportação. Essa orientação foi designada colbertismo, em homenagem a Colbert, ministro de Luiz XIV e o maior defensor de sua prática. Portugal e Espanha comandaram transformações econômicas na Europa com a expansão ultramarina, por meio do beneficiamento de terras recém descobertas, como o Brasil.

política econômica garantiu hegemonia dessas nações por aproximadamente cinquenta anos. Como consequência, houve o fortalecimento da figura do rei.

No campo jurídico, vários são os teóricos que contribuíram para que a figura central do rei se fortalecesse. Se Tomás de Aquino é o grande representante de uma escolástica que privilegiava o povo em detrimento de anseios individualistas do monarca (afinal, o pensador pregava que imperativos como a moral, bem comum e respeito aos direitos naturais do homem limitam o poder político), com o enfraquecimento da Igreja Católica outras vozes ganharam espaço para defender justamente o contrário.

Nicolau Maquiavel (1469-1527)¹⁰, na Itália, defendeu a unidade da República italiana sob a figura do príncipe. A moral – antes vista como limitador do poder político – é substituída pela famosa frase: “os fins justificam os meios”. O rei deve pensar em seus objetivos imediatos e, as consequências periféricas, devem ser ignoradas. Um pragmatismo que se traduz na conclusão de que é mais conveniente ao monarca ser temido do que ser amado.

Thomas Hobbes (1588-1619) defendeu que o Estado domine seus cidadãos, referência ao título de uma de suas mais importantes obras (*Leviatã*)¹¹. Para Hobbes, é preciso abandonar o estado de natureza, ávido, sedento pelo poder, e elevar a figura do Estado absoluto que servirá para refrear o caos humano¹².

¹⁰ Quanto à concepção pejorativa “dos fins justificam os meios”, Antonio de Freitas Júnior faz contraponto e esclarece que nomes emblemáticos defendem o cinismo pragmático como na realidade um pensador da liberdade (Rosseau, Spinoza e Hegel, por exemplo). Nesse sentido, Maquiavel interpretaria a realidade sem se ater a um estado ideal das coisas, que não corresponda à realidade (*verità effettuale*). Por isso, independentemente de como se queira rotular Maquiavel, foi a obra “O príncipe” que funda a ideia de Estado, antes retratada como *polis* no mundo grego e *re publica* pelos romanos. (FREITAS JUNIOR, Antonio de. O pensamento político de Maquiavel. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 44, nº 174 (abr./jun. 2007), p. 207. Texto acessado em 3.11.2019, às 14:05, por meio do seguinte endereço eletrônico: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141333/R174-10.pdf?sequence=4>)

¹¹ Monstro marinho, mitológico, tem a sua descrição extraída do livro sagrado da Igreja Católica. A escolha por Hobbes nos parece auspiciosa, afinal, é justamente o que se buscava com a teoria absolutista, o distanciamento do poder da Igreja Católica.

¹² Apenas a título de contextualização, Assis Brandão ressalva que independentemente de que os neocontratualistas prefiram a análise de Rousseau ou até mesmo Locke a Hobbes, é justamente neste último que se encontrariam as análises mais consistentes e lúcidas sobre o tema. Segundo o autor, o conteúdo político envolvido no contratualismo de Hobbes “constituiu-se no momento mesmo em que já se questionava – inclusive pela força – parte dos fundamentos teóricos que o estruturavam. O absolutismo monárquico tornou-se uma peça da História, da história passada, enquanto o liberalismo de Locke e o ideal democrático de Rousseau repercutiram nos últimos séculos, até o presente, tanto como realidade quanto como ideal histórico.” (BRANDÃO, Assis. O Estado de Natureza e o Contrato em Hobbes. p. 31)

Jean Bodin (1530-1596) em sua obra a República defendeu o conceito de soberania não partilhada. O rei é o representante de Deus e, por isso, tem a legitimação para legislar sem a necessidade de consentimento de quem quer que seja, muito menos de seu povo. Isso inclui, também, a inadmissão de protagonismo e do poder decisório do Judiciário¹³.

Hugo Grotius (1583-1645), por sua vez, defendeu que o poder ilimitado é necessário para garantir a paz. Contextualizado em um momento histórico caracterizado por inúmeras guerras religiosas, as suas obras (como *De iure belli ac pacis*) cumpriram o papel justamente de distinguir Deus e Homens e, assim, construir um direito “laicizado”.

Todas essas obras – cada qual de sua maneira e em seu próprio momento histórico – contribuíram para reforçar (e desequilibrar) as relações de poder vigentes, especialmente aquelas travadas entre as burguesias e a aristocracia. O ponto ápice (e com certeza transformador) referente a esse delicado (des)equilíbrio, daqueles que detêm poder político contraposto a aqueles que detêm poder econômico, se desenrola no final do século XVII e início do século XVIII.

O Estado absoluto, transitando entre o recém abandonado Estado feudal e o porvindouro Estado moderno, não se sustentava. Se a princípio o monarca aceitou e estimulou que essa nova classe (socialmente rebaixada) participasse de um modo mínimo da estrutura do Estado, de outro, o empreendedorismo passou a ser ofuscado pelo parasitismo Estatal. Algumas nações foram protagonistas nesse processo e o resultado é a construção do conceito moderno de Estado e, especialmente para o que se propõe este trabalho, no asseguramento da democracia por meio da decisão judicial.

2.1.1 A experiência francesa

A contribuição francesa vai além de romper com o absolutismo. O processo histórico acima descrito dá ensejo à construção do conceito de cidadão e rejeição

¹³ BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no *methodus* de Jean Bodin. Publicado na Revista Discurso, nº 27, 1996, p. 143.

de um sistema puramente baseado em classes¹⁴. E a construção do conceito de cidadão tem particular relevância para a conceituação da fundamentação judicial.

Efetivamente, tratou-se de criar um papel efetivo para o Poder Judiciário, mas especialmente significou dar a uma agente externo (o cidadão) um papel que outrora lhe havia sido negado. E esse papel se estendeu por todo o mundo civilizado com a continuação do embate em nobres e burgueses¹⁵.

Sobre o tema, Rodrigo Ramina de Lucca¹⁶ esclarece que, a partir da experiência francesa, a Justiça pretendeu reduzir a insegurança jurídica vivida. Extirpado o duelo judiciário como forma de solução de conflito, surgem regras de instrução processual, fixação de honorários advocatícios, limitação de competência, sistematização do direito costumeiro e, é claro, o dever de fundamentar as decisões prolatadas.

Não é que a fundamentação da decisão judicial não existisse anteriormente na França. Ela estava presente muito mais como um hábito do que propriamente cumprindo uma função. Durante os séculos XVI e XVII, tentou-se que a prática fosse implementada para que se exercesse uma função de controle, porém sem

¹⁴ “Durante o primeiro período do Estado Moderno, enquanto prevaleceu a monarquia absoluta, foi-se generalizando, sobretudo na França, a designação de cidadão, o que iria influir para que o conceito de povo também se ampliasse. Com a ascensão política da burguesia, através das revoluções do século XVIII, apareceria, inclusive nos textos constitucionais, a idéia de povo, livre de qualquer noção de classe, pretendendo-se mesmo impedir qualquer discriminação entre os componentes do Estado, como bem se percebe pela consagração do princípio do sufrágio universal. Na verdade, as discriminações não desapareceram na prática, mas, afirmando o princípio, iniciou-se um esforço doutrinário no sentido de efetivar, em termos jurídicos, a extensão plena da cidadania. Para isto foi de grande importância a contribuição dogmática alemã do século XIX, especialmente de Gerber e da doutrina dos Direitos Públicos Subjetivos, encontrando-se na obra de Jellinek, publicada em torno de 1900, uma completa construção doutrinária, fixando a noção jurídica de povo e disciplinando sua participação na vida do Estado.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97-98)

¹⁵ A tensão existente entre os entraves econômicos e a gestão do Estado transformaram a figura do monarca em um verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento da economia. Com o apogeu absoluto vinculado a Luiz XIV (1643-1715), que assumiu o trono ainda criança, as associações dos nobres e burgueses (frondas), as quais lutavam pela redução de taxas, foram dissolvidas. Curiosamente, Colbert, ministro que reaproximou a burguesia e a monarquia, permitiu o desenvolvimento econômico, foi um dos protagonistas para a potencialização do estado de tensão que culminaria na Revolução Francesa. Luiz XIV geriu o Estado sob a premissa de “um rei, uma lei, uma fé” e transformou a máquina estatal já deficitária em algo insustentável, especialmente a partir de seus sucessores (Luiz XV e Luiz XVI). A Guerra dos Sete Anos (1756-1763) travada entre franceses e ingleses contribuiu para a recessão e penúria, cujo resultado foi o elemento anticrético que relê o papel do Judiciário e, via de consequência, o papel da fundamentação.

¹⁶ O dever de motivação das decisões judiciais. Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 105.

sucesso. Os anos vindouros representaram um choque entre o Judiciário corrompido e a Coroa, no que se denominou de primeira *Fronde* (1648-1649).

Sob a regência de Luiz XIV, o Judiciário se calou. A partir de sua morte, reviveu-se a prática de veto judicial às leis reais e os magistrados tornaram-se o núcleo de resistência e oposição ao governo¹⁷.

É nesse contexto que a Revolução Francesa eclode. Seu impacto para o surgimento de um ente potente e eficaz é drástico. Antes, com exceção de decisões penais, a fundamentação da decisão judicial era desnecessária. A doutrina jurídica da época passou a largo, em parte porque predominava a crença que a decisão judicial era um exercício puro da autoridade instituída pelo poder, ou seja, não havia necessidade de se justificar, em parte porque a segurança jurídica viria de leis claras e bem elaboradas, e não da decisão que a reconhece no caso prático.

Teóricos como Condorcet e Beccaria afirmaram que a não motivação era ato arbitrário, afinal, todo aquele investido de poder contra um membro da sociedade deve prestar contas com relação ao exercício desse poder.

Sob essa perspectiva, a revolução teve dois papéis centrais. O primeiro deles foi o de profissionalização da magistratura. Os cargos passaram a ser eleitos a partir do voto popular, com mandatos curtos e com ampla participação popular nos julgamentos. O segundo foi de realmente exigir que as decisões fossem motivadas, em caráter ideológico e político.

A partir daí, o dever de fundamentação foi expressamente introduzido por meio de “Lei Revolucionária” (Lei 16-24 de agosto de 1790) a qual, em seu artigo 14, previu a publicidade e partes obrigatórias da decisão (como o relatório)¹⁸, em modelo análogo ao que é previsto na codificação processual brasileira atual (artigo 489). Após, o dever de fundamentação foi inserido na Constituição francesa (1795¹⁹) prevendo, em seu artigo 208, que “as sessões dos tribunais são públicas;

¹⁷ Ob. p. cit., p. 107-108.

¹⁸ Article 14. En toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront publics ; et tout citoyen aura le droit de défendre lui-même sa cause, soit verbalement, soit par écrit.

¹⁹ Também conhecida como Constituição Francesa do ano III, seu contexto se dá na recondução dos girondinos, representantes da burguesia e que buscavam consolidar as conquistas da Revolução, ao Poder. Nesse sentido, Vera Lúcia Vieira, ao analisar os limites que as Constituições Francesas impuseram ao caráter revolucionário de 1789, entende que “Uma análise mais detalhada dos primeiros atos legais instituídos ainda no período de 1794, já prenunciaram esse

os juízes deliberam em segredo; os julgamentos são pronunciados em voz alta; eles são motivados e nele são enunciados os termos da lei aplicável”²⁰. Por fim, no Império de Napoleão, editou-se a Lei de 20 de abril de 1810, em cujo artigo 7º constava que seriam nulas as decisões não motivadas²¹.

Nesse sentido, a Revolução Francesa foi um verdadeiro catalisador de novas diretrizes para o estudo da Hermenêutica Jurídica, pois trouxe bases do direito natural as quais permearam a relação do Estado para com os seus súditos (inclusive e especialmente no que se refere às decisões judiciais), proporcionando o desenvolvimento de novas teorias sobre o direito processual e o exercício do poder por parte dos juízes.

É o caso, por exemplo, do desenvolvimento do formalismo interpretativo. O formalismo interpretativo é verdadeiramente um esforço de limitação do poder do intérprete à vontade geral estabelecida em lei. Isso porque, para o formalismo interpretativo, a atividade do intérprete é desvendar um conceito jurídico preestabelecido, sem possibilidade criadora, naquilo que Jerzy Wróblewski, citado por Otávio Verdi Motta²², convencionou denominar de ideologia estática.

conservadorismo que se estenderá ao longo do século XIX. Se, por um lado, a Constituição de 1793 abole os privilégios feudais, institucionaliza o sufrágio universal, elimina a escravidão nas colônias francesas, proíbe a prisão por dívidas, institui a obrigatoriedade da educação pública gratuita, o aumento dos salários e o controle do aumento dos preços dos produtos básicos; por outro, consolida a apropriação privada em substituição às anteriores e promulga o primeiro ato republicano que colocará as mobilizações dos trabalhadores na ilegalidade [...] Assim, em 1794, a Gironda assumiu novamente a condução do processo revolucionário, abolindo a Constituição de 1793 e a substituindo pela de 1795, que, entre outras coisas, limitava o direito de participação política apenas às categorias que poderiam comprovar renda ou bens. Esse reducionismo conservador, que incorpora a lógica do capital à legalidade liberal conservadora, expressa-se na evolução dos preceitos legislativos da Constituição de 1795 e também nas subsequentes.” (Projeto História. São Paulo, p. 99-126, jun. 2005, 102-103). A despeito de claros retrocessos (como o restabelecimento do critério censitário para eleições legislativas e excluindo grande parte da população, marcou-se também pela consolidação da fundamentação da decisão judicial, questão afeta à burguesia e cujo significado – de controle do ente Estatal – se mostrou como uma das principais bandeiras defendida pela classe à época.

²⁰ Article 208. - Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret; les jugements sont prononcés à haute voix; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée.

²¹ Article 7. - La justice est rendue souverainement par les cours impériales; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls. La connaissance du fond est toujours renvoyée à une autre cour impériale.

²² “Por essa vereda, cada enunciado normativo é suscetível de uma, e apenas uma, interpretação verdadeira, e os problemas jurídicos possuem, por seu turno, apenas uma resposta correta. Essa

Traduz-se, também, na famosa imagem do juiz *bouche de la loi*, formada por Montesquieu, e se traduz nos conceitos defendidos pela Escola da Exegese.

A Escola da Exegese nasceu no ano de 1804 a partir de Intérpretes da Codificação Civil francesa, a qual estabeleceu como método interpretativo uma função passiva e mecânica. É fruto de uma doutrina iluminista e implica a confusão de conceitos como direito e lei o que, na visão dos exegéticos, são sinônimos. Uma vez que os postulados fáticos eram apresentados ao julgador, bastaria um silogismo judicial, entre premissa normativa maior e premissa fática menor. Um método lógico-dedutivo²³.

A experiência francesa, portanto, a partir do desencadeamento da Revolução francesa acabou por inserir no contexto normativo o dever de fundamentação, o qual, além de nunca mais ter sido ignorado, foi ratificado e reproduzido no ordenamento jurídico de outras nações.

Trata-se de um grande marco para que entendamos a fundamentação da decisão judicial como elemento indispensável ao ato de decidir, para a estabilidade do sistema jurídico e, conseqüentemente, para o aperfeiçoamento do conceito moderno de processo.

Outrossim, outra nação tem especial relevância para entendermos a fundamentação da decisão judicial inserida em um sistema jurídico adequado para garantia da estabilidade das decisões judiciais, para que o país se tornasse um governo de direitos, e não de particularismos: a Inglaterra.

2.1.2 A experiência inglesa

Na Inglaterra, dinastia Tudor, Elizabeth I (1558-1603) desenvolveu agressivas políticas mercantilistas, especialmente atreladas à expansão marítima.

concepção da interpretação adota uma valoração a respeito da função da interpretação que pode ser reconduzida a uma ideologia estática, que se orienta pelo valor fundamental da certeza do direito, por meio da busca de uma estabilidade das relações sociais e da absoluta previsão das decisões interpretativas judiciais." (Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31)

²³ Ibid. p. 35.

Grupos mercantis emergentes (destacando-se inclusive os piratas) foram elevados a altos cargos governamentais, ocupando posições de poder. A dinastia seguinte (Stuart), no entanto, sofreu séria resistência da tradicional aristocracia inglesa, que havia sido empoderada durante a dinastia anterior. Desde a religião à indexação de novos impostos, o cenário de guerra civil alastrou-se (1641-1649) e até instaurou uma República (por meio da decapitação de Carlos I), que durou pouco tempo.

Restabelecendo a família Stuart no poder, Jaime II restaura o absolutismo, mas não suplanta a ideia de legalidade que estava sendo construída e o desafio à arbitrariedade. Via de consequência (tanto da política absoluta como da já maturada burguesia), eclodiu a Revolução Gloriosa, ocorrida em 1688 e 1689. A partir da Revolução Gloriosa ratificou-se o conceito de *rule of law*, ou seja, de um governo obediente ao direito existente²⁴.

Portanto, desse brevíssimo apanhado histórico, é fácil concluir que ao contrário da maioria das nações que começavam a se insurgir contra a arbitrariedade a partir do século XVIII (como a própria França), os Ingleses acabaram por experimentar o embate por meio de nobres e do clero já no século XVI, catalisando o seu processo de amadurecimento democrático.

E essa obediência às leis está calcada em uma ideia ímpar de liberdade que foi justamente construída a partir desse espírito revolucionário, a ponto de que autores como Albert Venn Dicey tenham afirmado no final do século XIX que nações como Estados Unidos e Inglaterra detinham uma sede por liberdade e por um governo dialógico com camadas sociais e que tal característica seria inderrogável²⁵. Disso adviria justamente do conceito de *rule of law*.

Considerou, no entanto, que o conceito de *rule of law* é polissêmico e foi sendo adaptado para aquilo que à época se tinha como moderno. A partir daí, Albert Venn Dicey entende que há três elementos básicos caracterizadores: respeito à

²⁴ A partir de 1215, na Inglaterra, a promessa do Rei João Sem Terra de obediência à *Magna Carta Libertatum* é percussora do conceito de *Rule of Law*. A partir daí, desenvolvem-se dimensões bem definidas desse conceito. A primeira dimensão está voltada para a obrigatoriedade e observância de um processo justo. A segunda dimensão na proeminência dos costumes e leis perante o poder real. E por fim, traduz-se na igualdade de acesso aos Tribunais por parte dos cidadãos.

²⁵ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classes, 1915 reprint, p. 108-109.

supremacia da lei, submissão indistinta à lei e imprescindibilidade do *judge-made-law*.

Quanto à legalidade e à submissão indistinta, o autor esclarece qual figura representativa do Estado deve se submeter às leis, ainda que, a partir do critério caráter hierárquico, tenha recebido ordens a cumprir de seus superiores. Não importa o grau de discricionariedade ou independência que se tenha para com os atos praticados. A legalidade de um ato não provém, portanto, da figura de autoridade que emana a ordem, mas de todo o regramento jurídico posto, e da necessidade de que seja acolhido e seguido por seus cidadãos, bem como representantes do executivo²⁶.

Já quanto ao *judge-made-law*, este último ponto é particular da realidade inglesa porque, segundo o autor, a realidade legislativa era insuficiente para concretização das leis emanadas pelo Parlamento, demandando, portanto, a complementação por parte do próprio Judiciário.

A instauração da monarquia parlamentarista e a promulgação da *Bill of Rights* deu espaço a uma estrutura política que beneficiava diretamente os detentores do capital, ou seja, os burgueses. O resultado foi benéfico inclusive com relação ao judiciário, pois além de criar um exército permanente, garantir conceitos de liberdade (como a de imprensa e individual), bem como a proteção da propriedade privada, acabou por criar a autonomia do Poder Judiciário.

Essa interação, facilitada após a promulgação do *Bill of Rights*, promoveu três elementos básicos que, de mais a mais, serviram para conceituar o Estado de Direito. Esses elementos (legalidade, submissão de todos à legislação e, no caso inglês, a imprescindibilidade do *judge-made-law*) são controlados pelo Judiciário

²⁶ "In England the idea of legal equality, or of the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary Court, has been pushed to its utmost limit. With us every official, from Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen. The Reports abound with cases in which officials have been brought before the Court, and made, in their personal capacity, liable to punishment, or to the payment of damages, for acts done in their official character but in excess of their lawful authority. A colonial governor, a secretary of state, a military officer, and all subordinates, though carrying out the commands of their official superiors, are as responsible for any act which the law does not authorise as is any private and unofficial person. Officials, such for example as soldiers, and are in some instances amenable to tribunals which have no jurisdiction over their fellow-countrymen; officials, that is to say, are to a certain extent governed under what may termed of law." (Ob. p. cit. p. 114)

que, inclusive, realizava o controle de legalidade a respeito de alterações legislativas.

Como consequência, essas duas revoluções (a francesa e a inglesa) desencadearam o fim do absolutismo. O fim da ideia de uma figura central, poderosa e ilimitada. Da ideia de que a segurança jurídica independe de um aparato técnico instituído, independente e desvinculado de funções políticas. O fim da ausência de justificativa no que se refere ao exercício do poder.

A partir do conceito de segurança jurídica (e dos legados francês e inglês) se analisará o conceito de Estado de Direito e de que maneira ele se relaciona com o exercício da Jurisdição para modernamente trazer o papel do juiz nesse processo, imprescindíveis para entender a fundamentação da decisão judicial. Analisar-se-á o conceito de Estado de Direito constitucional, sua correlação com o exercício da jurisdição e de que maneira isso se reflete na tomada de decisões judiciais, o que via de consequência se relaciona diretamente ao papel da fundamentação da decisão judicial.

2.2 O Estado Constitucional brasileiro e sua correlação com o exercício da Jurisdição

A fonte do direito processual constitucional passa pela consolidação de conceitos como ação e jurisdição e pela história do reclame de Soberania de diversos Estados, especialmente realizada em movimentos de afirmação ou troca de poder político, pois a primazia do (novo) Estado passa pela adoção de técnicas processuais adequadas para garanti-lo.

E, como resultado de processos culturais, experiências e premissas, a teoria constitucional vinculada ao processo ganha força a partir de grandes movimentos de independência (como, por exemplo, o federalismo norte americano de 1787) e de consolidação de valores humanitários (Declaração de Direitos da Virgínia-EUA, em 1776, Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão, em 1789²⁷, a

²⁷ “VIII. Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e

Declaração Universal dos Direitos dos Homens, em 1948²⁸, Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, em 1996²⁹, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 592, em 1992³⁰, Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678, em 1992³¹). A essas referências, soma-se também a recepção de normas de direito material e formal instituídas na França, a partir de 1804 e 1806, já tratadas neste trabalho.

Em várias passagens, essas normas ratificam a inafastabilidade da jurisdição, que é uma das premissas do Estado constitucional de Direito³². Nas

testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.”, sítio eletrônico acessado em 3.3.2019, às 17:02 *in* <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>

²⁸ “Art. 10. Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”, sítio eletrônico acessado em 3.3.2019, às 16:50 *in* http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

²⁹ “Art. 6. A Comissão é igualmente competente para examinar queixas individuais, que lhe sejam dirigidas por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se considere vítima de uma violação da Convenção por uma das Partes contratantes. Todas as Partes contratantes fizeram uma declaração facultativa reconhecendo a competência da Comissão para examinar tais queixas individuais”, sítio eletrônico acessado em 3.3.2019, às 16:54 *in* <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedhopa.htm>

³⁰ “Art. 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.”, sítio eletrônico acessado em 3.3.2019, às 16:57 *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm

³¹ “Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”, sítio eletrônico acessado em 3.3.2019, às 16:59 *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

³² “A idéia de direito, no Estado moderno, suscita, desde logo, a idéia de jurisdição. O pensamento do jurista contemporâneo tende, irresistivelmente, a equiparar o direito à norma jurídica editada pelo

palavras de José Frederico Marques, citado por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, pode-se entender o direito processual “expressão de conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei.”³³, o qual é exercido por meio de uma ação.

De fato, pode-se resumir o conceito de ação como o direito ao exercício da atividade jurisdicional, o poder de exigir que esse exercício seja realizado, por meio da adequada provocação da Jurisdição e concretizado por meio de uma sentença meritória³⁴.

A princípio, não se fazia diferença entre o direito subjetivo material e o direito à ação, na medida em que ação e processo eram vistos como etapas do próprio direito material. Trata-se da teoria clássica, imanentista ou unitarista, da qual se pode extrair que existe, entre esses direitos, uma relação intrínseca e inseparável. Não existe ação sem direito e, é claro, não há direito sem a correspondente ação.

A partir da polêmica originada do debate *Windscheid-Muther*, houve uma ruptura para entender que o jurisdicionado exerce contra o Estado o direito à tutela e, contra o demandando, o direito à eliminação da lesão (ou crise). Ambos os

Estado cuja inobservância dá lugar a uma sanção. Na verdade, o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio na produção e aplicação do direito.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Teoria geral do processo civil. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997, p. 60)

³³ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 10.

³⁴ Quanto ao conceito de ação, José Eduardo Carreira Alvim esclarece que “Qualquer que pareça, dentre as várias teorias, a preferível, o certo é que a ação, antes de ser uma construção dogmática dos teóricos, é uma realidade prática, aceita pelo direito de todos os Estados civilizados” (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 154). Sendo assim, para o conceito que se adotou sobre ação, importante destacar que alguns autores definem o direito de ação “como direito incondicionado a uma prestação jurisdicional” (PAGANI DE SOUZA, André; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto; SIMARDI FERNANDES, Luís Eduardo; DELLORE, Luis. Teoria geral do processo contemporâneo. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 243). Há quem entenda que “ação é o direito subjetivo público (disponibilizado a todos), abstrato (independente de ser ou não fundando o afirmado direito material), autônomo (distinto da relação de direito material) de pleitear junto ao órgão jurisdicional competente e imparcial a resolução de um conflito de interesses, cujo mérito será decidido uma vez presentes as condições de admissibilidade da ação proposta (interesse, legitimidade e, a nosso ver, o fundamento jurídico do pedido) e ainda os pressupostos de existência e validade da própria relação processual, em especial a petição inicial, a citação e a regularidade da representação” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 51). Outros entendem que a ação “é o agir no sentido de obter a tutela dos tribunais” (FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 136). A despeito das diversas teorias e definições, torna-se claro que o ponto central da ação é o direito ao exercício da tutela jurisdicional.

direitos são de natureza pública, mas agora reconhecidamente voltados contra pessoas diferentes. Crise, nesse momento, é vista sob a perspectiva do conflito individual.

O desenvolvimento científico dessa conclusão acabou por gerar as teorias do direito concreto e do direito abstrato. Para a teoria do direito concreto, desenvolvida por Adolf Wach, a ação é um direito autônomo, porém voltada contra o Estado e contra o Réu, mas que somente existirá se a sentença for de procedência do pedido. Chiovenda, adepto da teoria concretista, em 1903, desenvolveu o conceito de que a ação é um direito potestativo, mas não é subjetivo, pois não se volta contra o Estado. A sujeição que a ação busca é a do próprio demandado e não há correlata a ele uma obrigação imposta ao Estado. Representa a quebra da inércia e se exaure com o respectivo exercício.

Quanto à teoria abstrata, Degenkilb, na Alemanha, e Pólsz, na Hungria, propuseram que não há necessidade de situação concreta para a existência da ação. Ou seja, a improcedência do pedido não contamina o direito de ação a ponto de negá-lo. A compreensão da teoria foi interpretada de maneira não unânime pela doutrina. Alfredo Rocco entendeu que o direito à ação corresponde a um interesse primário e secundário. O primeiro é concreto e pauta-se em direito material, o segundo dirigido contra o Estado, o de invocação da lesão em face a um direito juridicamente protegido de forma abstrata, que é independente do primeiro. Carnelutti, por sua vez, afirmou que o direito de ação é dirigido contra o juiz. Couture o definiu a partir do direito constitucional de petição.

Tais divergências geraram um distanciamento relevante, dando vez a uma vertente qualificada como teoria eclética. Como destaque dela, cita-se Liebman³⁵ para o qual o direito de ação corresponde a um direito subjetivo instrumental. Um

³⁵ “Il diritto d’azione acquista così una fisionomia sufficientemente precisa: è un diritto soggettivo diverso da quelli del diritto sostanziale, perché rivolto verso lo Stato senza essere diretto ad una prestazione: è piuttosto un diritto d’iniziativa e d’impulso, con cui singolo pone in movimento l’esercizio di una funzione pubblica, dalla qual espera di ottenere la protezione delle proprie ragioni, disponendo a questo scopo dei mezzi apprestati dalla legge per farle valere (pur sapendo che l’estio potrà anche essergli sfavorevole); è dunque un diritto fondamentale del singolo, che qualifica la sua posizione nell’ordinamento giuridico e nei confronti dello Stato, conferito e regolato dalla legge processuale, ma rafforzato da una garanzia costituzionale in cui troviamo scolpiti i suoi connotati essenziali.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. Principe. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 139-140)

poder exercido contra o Estado e do qual não emana correlata obrigação, pois ambos, tutelado e Estado, têm o mesmo interesse. Todavia, a ação somente exercerá a sua função quando houver sentença meritória, excluídas, portanto, as sentenças terminativas. Para essa doutrina, as condições da ação e os seus requisitos de existência têm especial relevância, colocando-os, como ponto de contato, com o próprio direito material.

O desenvolvimento de todo esse arcabouço técnico acabou por ratificar a autonomia do direito processual e a concepção de que o processo é instrumental para que o Estado alcance seus objetivos. Mais do que uma ciência autônoma, o direito processual passou a ser traduzido como o direito de poder acessar, quando necessário, o aparato estatal para fazer valer direitos e ratificar justamente esses valores humanitários, ter acesso justamente ao ferramental necessário para o exercício da Jurisdição.

A Jurisdição, em tradução clássica como um poder-dever, é uma atividade que se desenvolve para os próprios cidadãos³⁶. Todavia, todas as alterações significativas acima citadas conferiram à Jurisdição o caráter de direito público subjetivo o qual, no plano constitucional, assegura-se como abstrato e ilimitado.

Nas palavras de Barbara Gomes Lupetti Batista³⁷, “o que sustenta a importância da ideia da jurisdição, em substituição à autotutela é justamente a crença de que o estado-juiz é o terceiro imparcial a quem fora atribuída a função de solucionar os conflitos sociais”. Isso porque, ao fundamentar a sua decisão, o juiz expõe racionalmente as circunstâncias de seu convencimento. É o oposto, assim sendo, de um modelo unificado e totalitário, no qual a decisão se justifica

³⁶ “... assumido que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes (*supra*, n. 5), uma das funções estatais é a de realizar os escopos do processo. Tal é a jurisdição estatal, função exercida pelo Estado através dos juizes com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais e supraindividuais e aos demais escopos do sistema processual. Entre estes está o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos. Conceitua-se pois a jurisdição estatal, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 77-78)

³⁷ Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que não dizer quer falar *in* AREL FAAR, Arquimes, V3, n3, p. 109, setembro/2015

pela força, pelo *status*. Com a fundamentação exposta, ela se justifica na coerência lógica de suas proposições e no seu alinhamento ao arcabouço normativo.

E, embora ultrapassada, foi destinada à teoria formalista (cujo processo histórico restou acima descrito) o papel fundamental para aquilo que se convencionou chamar de “Estado Legal”. De fato, há um distanciamento do subjetivismo da decisão e, por apegar-se à letra fria da lei, reformulação do papel daquele que efetivamente decide a questão que lhe é apresentada. Foi justamente a teoria formalista que fomentou do ponto de vista técnico relativo à fundamentação da decisão judicial³⁸ valores como liberdade, igualdade e dignidade, inerentes ao Estado de Direito.

Construído o conceito de Estado de Direito e definido como ele reverbera nas decisões judiciais, o próximo passo é entender de que maneira o ente passa a ser definido como um ambiente que representa um diálogo entre a formalidade e a antiformalidade da decisão, abraçando regras, princípios e postulados do Estado como sua própria razão de ser. Ou seja, de que forma o processo alcança seu objetivo solucionando a lide particular e de que forma essa solução reverbera para além da própria decisão.

2.2.1 Modelo constitucional brasileiro

Quando se pensa em direito constitucional, base sobre a qual se estudará o processo constitucional, a primeira definição que surge se refere a um ramo do direito público cujo objeto é o estudo e a interpretação normativa das disposições legais que compõem o último degrau normativo, a Constituição Federal, lei suprema que gira em torno da delimitação do poder estatal da organização e funcionamento do Estado.

Como resultado, essas alterações legislativas acontecem em movimento cadeia, pois contemporâneas ou porque exemplo primeiro de mudanças

³⁸ A fundamentação de uma decisão, portanto, é fruto de pelo menos 250 anos de evolução histórica da democracia (e não linear, com relação à profundidade da sua concepção, ou mesmo sua extensão), bem como o resultado do amadurecimento da ciência processual a partir da prática da democracia, caminhando lado a lado com o conceito de Estado moderno.

importantes, contaminaram culturalmente as nações e, de maneira bastante particular, o Brasil. Isso porque o Brasil (especialmente a partir da Constituição Federal de 1891, quando conquista sua independência) acabou buscando referência em dois sistemas de controle constitucional que se mostravam à época bastante maduros (norte americano e austríaco).

Do modelo norte americano, símbolo da emancipação de um povo por ser um documento escrito que garantia ao cidadão o protagonismo inerente ao poder constituinte, herdou-se um sistema incidental, ou seja, sem órgão concentrado para dirimir as questões, e que resolvia a constitucionalidade de uma norma apenas com relação às partes litigantes. Mais do que isso, a ratificação da competência para análise de constitucionalidade de atos ordinários, os quais devem se submeter à Carta maior, ratifica o controle que atos do Executivo/Legislativo e, via de consequência, de um Estado regido por leis dirigidas em benefício da sociedade³⁹.

Do modelo austríaco, cuja inspiração é o Tribunal constitucional de Hans Kelsen, há a ratificação de divisão de poderes sob a premissa de que nenhum juiz pode ser juiz de si mesmo. Esse modelo se desenvolve no pós primeira guerra mundial e contrasta com o crescente nacionalismo que paradoxalmente defende o Poder Executivo como o guardião natural da Constituição, ou seja, que seus atos são alinhados com as diretrizes constitucionais por concepção. A partir da vigésima década do século XX, criou-se a Corte Constitucional cujo objetivo era a análise de norma, desvinculada de qualquer concretude. As características desses pronunciamentos são a adoção do efeito *ex nunc* e a abrangência sobre o todo, ou seja, efeito *erga omnes*. Portanto, tal sistema de controle era utilizado para interferir diretamente na atividade legislativa, de modo que também ratificava um controle

³⁹ O caso emblemático norte-americano que celebra o sistema difuso de controle de constitucionalidade é o *Marbury vs. Madison*, no qual se declarou que a Constituição estava acima de ato legislativo ordinário. Trata-se de um famoso writ que garantiu a Marbury a nomeação para a vaga de Juiz de Paz. Marshall, responsável por entregar as nomeações, não a entregou para Marbury, não sendo esta ratificada pelo Senado no dia seguinte. Com a alternância de poder, que ocorreria quase concomitantemente a estes fatos, Marbury buscou o Judiciário, o qual, por sua vez, reconheceu a competência para obrigar o Executivo a praticar determinado ato (entrega da nomeação), mesmo em face de uma lei ordinária que a princípio não permitia que a Corte concedesse *writs*. O juiz que analisou o caso reconheceu a supremacia da constituição em detrimento da lei ordinária e que o Judiciário não poderia ser afastado de sua função primordial, de guardião da Constituição.

sobre um dos Poderes dos quais se constitui o Estado e ratifica o Estado dirigido apenas por leis com amparo constitucional.

Trata-se do que convencionou chamar de paradoxo metodológico ou recepção cruzada, pois o Brasil incorporou conquistas no âmbito constitucional de matriz *common law* e de matriz *civil law*, temas que serão tratados no próximo capítulo. Na prática, tal ambivalência representou a incorporação de remédios constitucionais (ações específicas, como os *writs* constitucionais) e, ao mesmo tempo, a vinculação da ação a um direito subjetivo, já que para cada lesão (prévia) haverá uma solução específica (processo adequado).

Ainda, esse paradoxo trouxe aos princípios um papel clássico, de fomentadores de um estado ideal, sem que lhes sejam atribuídos valores normativos. Se para alguns tal gênese teria trazido riqueza (inclusive e especialmente no que se refere aos sistemas concentrado e difuso de controle constitucional), para outros a ambivalência trouxe confusão.

Antes disso, no entanto, já havia referência de controle do Estado (pelo Estado) a partir das ordenações portuguesas. Exemplo disso são os remédios próprios para garantia da higidez da aplicação do sistema de direito material, destacando-se, no âmbito formal, a apelação extrajudicial. Essa apelação nada mais era do que uma forma de levar ao monarca uma reclamação a respeito de atos do próprio Estado que não se adequariam às normas vigentes.

Se a Constituição de 1824 não previa controle de constitucionalidade próprio, ainda vigia, no entanto, o Poder Moderador, cuja premissa era justamente a de cancelar um poder neutro e que tinha como função equilibrar os demais poderes que compunham o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), tal qual originalmente previsto por Benjamin Constant. Nas palavras de Christian Edward Cyril Lynch, o Poder Moderador no Brasil teve clara influência da Revolução Francesa para ratificação da soberania popular e de formação de uma “consciência nacional”.

Nasceu para se tornar mais um instrumento de democracia (ou controle da arbitrariedade) tal qual hoje falamos em constitucionalização do direito (ou, mais

especificamente para este trabalho processo constitucional), a despeito de que tenha sido por vezes usurpado⁴⁰.

A falta de democracia, aliás, parece ser exatamente o fator que levou D. Pedro I, cujo governo é pai da Constituição de 1824 que previa o Poder Moderador, ao desapossamento de seu cargo. Foram os sete anos de regime constitucional que tornaram os comportamentos disruptivos do monarca absolutamente inaceitáveis. A não utilização do instrumento da maneira como previsto fez com que um grande hiato existisse entre a prática e teoria, de modo a não sustentar as ações tomadas. Tomou-se o Poder Moderador como sinônimo de Executivo, claramente deturpando a ideia de Benjamin Constant, estadista francês que, juntamente com Clermont-Tonnerre, é considerado o pai da teoria do “poder neutro”, fonte teórica principal do Poder Moderador.

Essa experiência foi relevante para que a Constituição de 1934 abraçasse um ideário democrático, prevendo como ferramental o mandado de segurança melhor aparamentado, a ação popular, a ação direta de intervenção e conservou a possibilidade de controle de atos executivos pelo judiciário. Nesse sentido, destacamos como exemplo o próprio conceito de mandado de segurança a partir da Constituição, o qual, segundo art. 113, 33, servia para a “defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”. A expressão “qualquer autoridade” ganha dimensão historicamente inédita (já que sequer o *writ* norte americano assim previa) e

⁴⁰ “No Segundo Reinado, alternando os dois partidos aristocráticos no poder, garantindo a estabilidade política, o Poder Moderador assegurou ao país mais de quarenta anos de paz interna, práticas eleitorais (que se tornaram pouco fiéis ao desejo dos eleitores devido aos políticos da época), debates parlamentares, uma organização representativa. Por outro lado, promoveu a conciliação das facções em torno e à custa dos empregados do Estado e tutelou a o sistema político nacional. Muito do que temos hoje, de bom e de ruim em nossa vida política, tem sua origem na política do Segundo Império. E lá estava o Poder Moderador, planando impassível sobre a cabeça dos políticos de plantão. Não foi por outro motivo que, na Constituinte de 1933, Borges de Medeiros apresentaria uma proposta de reinserção de Poder Moderador na República presidencial. Ele dizia acreditar que poderia contribuir para erigir um Estado democrático após quarenta anos de eleições fraudulentas, caudilhismo e coronelismo, entremeadas de revoltas, sublevações, estados de sítio e intervenções nos Estados.” (LYNCH, Christian Edward Cyril Lynch. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933 *in* Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, V. 47, nº 188, out/dez de 2010, p. 94). Texto acessado em 18.8.2019, às 12:47 por meio do seguinte endereço eletrônico: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p93.pdf

adequada para que o controle feito pelo judiciário se tornasse amplo o bastante para abarcar decisões arbitrárias.

A Constituição Federal de 1937, por sua vez, acabou por manter formalmente o controle judicial de constitucionalidade, mas enfraqueceu o âmbito de atuação do Tribunal superior. Não só, acabou por extinguir o remédio heroico que havia ganhado relevância na Carta passada, o qual só foi retomado com limitações a partir de 1939, com o Código de Processo Civil então vigente.

A Constituição Federal de 1946, a seu turno, deu novos ares democráticos ao Poder Judiciário e ao exercício da Jurisdição, como por exemplo a partir da criação da Justiça do Trabalho e expressamente ao prever a inafastabilidade da jurisdição e do controle jurisdicional sobre os atos dos demais poderes.

As Constituições seguintes (1967 e 1969), elaboradas sob um regime não democrático, mantiveram tais controles, sob a justificativa de que os atos praticados pela revolução (leia-se, Golpe Militar de 1964) não estavam sujeitos a controle algum, tendo em vista que oriundos de um poder soberano, que estariam legitimados pelo Poder Constituinte. Apesar desse período de escuridão, no qual o direito se mostrava mais formal do que substancialmente à garantia de direitos, as conquistas do processo constitucional se mantiveram até o advento da atual Constituição, em 1988, mantendo tais previsões jurídicas. E esses institutos jurídicos, como se viu, são fruto de uma intensa atividade legislativa que buscou abraçar valores construídos a partir de uma história jurídica rica e revolucionária, em prol da democracia.

A partir daí, também, foi possível ressignificar o papel da Constituição Federal nos desígnios do exercício da Jurisdição e, imediatamente, também se definir a Constituição Federal (e, portanto, objeto de estudo do direito constitucional) como um norte principiológico ou normas programáticas, naturalmente sem delimitação, cuja incidência não tem, a princípio, aplicação executiva direta.

Tais conceitos, no entanto, vêm sendo complementados e alterados.

Luís Roberto Barroso, em texto cujo subtítulo é “O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”, esclarece que o Novo Direito Constitucional redefiniu o lugar

e a função das instituições contemporâneas, atendendo a definição do Estado, a diversas denominações (Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático), cuja questão central gira em torno de um mesmo ponto: a necessidade (popular e jurídica) de que o ordenamento jurídico seja relido de acordo com os (novos) valores que vêm sendo construídos⁴¹.

Nesse sentido, para países de tradição romano-germânica, o primeiro marco para essa transformação (e releitura do direito constitucional) foi a Lei Fundamental de Bonn, pós Segunda Guerra Mundial, que em 1949 promulgou a Constituição Federal alemã⁴². A criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, aprofundou teoria e jurisprudência, ascendendo cientificamente o Direito Constitucional moderno.

O segundo marco é a Constituição Federal italiana (1948) e a criação da Corte Constitucional, em 1956. Essa fase foi acompanhada por Portugal (1976), Espanha (1978), Polônia (1986), Argélia (1989), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Em todos esses Estados, houve a partir do processo de redemocratização a abertura necessária para a valorização (e redefinição) do direito constitucional e ambiente propício para a constitucionalização do processo.

Desde 1988, por meio do magistério de processualistas famosos, sedimentou-se a exata noção de que a Constituição Federal é fonte formal das normas processuais. Isso porque não é de hoje que se reconhece que o direito processual obedece a duas exigências basilares: o respeito da ritualística formal e, mais modernamente, a justiça substancial. Nas palavras de Hermes Zaneti Júnior⁴³, o processo se torna a partir de sua Norma Primeira “não só um instrumento de justiça, mas um instrumento de liberdade”.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Sítio eletrônico acessado em 3.11.2017, às 11:11: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

⁴² A Constituição alemã (*Grundrechte vor Gerichte*) expressamente garante o acesso à Justiça no item 19, n. 4, pelos meios jurídicos existentes. Nessa disposição normativa, encontram-se os conceitos de duração razoável do processo, efetividade das decisões, necessidade e garantia das medidas urgentes e preventivas.

⁴³ JUNIOR, Hermes Zaneti. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 8.

Inserido no Título II do Capítulo Primeiro da Magna Carta brasileira, sob a designação de direito fundamental, encontram-se regras que tornam o processo efetivamente um elemento transformador da realidade⁴⁴. E é a aproximação do direito material e direito formal dentro do âmbito próprio da Constituição Federal que torna possível a revisão de julgados, a criação da norma por meio de critérios trazidos pela jurisprudência, a superação de paradigmas, busca atender as relações de poder (sociais e coletivas) e concretizar o devido processo substancial. Há, portanto, uma aproximação de forma e de conteúdo.

A aproximação dessas duas vertentes (correção formal e justiça substancial) fez com que, a partir dos dogmas modernos acima descritos, se buscasse concretizar valores como convivência social, sociedade justa e solidária, pluralismo e dignidade da pessoa humana.

O direito processual, em razão dessa aproximação, enfraquece, por assim dizer, a necessidade de segurança jurídica absoluta, antes vista como valor inarredável do processo, sempre caminhando para um processo de resultados justos.

O primeiro passo para a quebra de paradigma foi a recepção do *judicial review*. Inspirada pelo direito constitucional americano, faz parte do processo constitucional a garantia à sustentação prática e a reinvidicação de cada um dos direitos do cidadão. O *judicial review*, como se viu, tem origem ainda mais remota, cuja raiz é o devido processo legal.

Nos Estados Unidos da América, fonte direta do nosso constitucionalismo, o *rule of law* como expressão da supremacia da norma está intimamente ligado ao princípio do *due process of law*. A ausência de codificações estabelece a legalidade por meio da efetiva participação do jurisdicionado na formação da norma concreta, a sentença. Ou seja, da decisão informada e munida da interação entre as partes. A preponderância do papel da decisão no sentido de reforçar um Estado legal

⁴⁴ De fato, é o direito subjetivo ao acesso aos órgãos do Poder Judiciário, que se origina do monopólio estatal no que se refere à administração da Justiça, que dá azo a uma série de direitos correlacionados ao exercício da Jurisdição. Seu referencial encontra respaldo no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas outras tantas normas advêm da mesma diretriz: art. 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

obediente à Constituição Federal reside, no sistema norte americano, justamente no protagonismo atribuído às partes.

Outra importante incorporação no que se refere ao Direito Constitucional estadunidense está no *judicial review* parte de dois conceitos: *law of the land* (direito ao júri formado por populares ou juiz escolhido) e *his day in the court* (direito de ser ouvido e de apresentar defesa ao magistrado). Ambos os institutos se revestem de caráter processual.

No direito português, há registro de controle judicial de decisões desde as Ordenações Portuguesas Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, cuja legislação será tratada no capítulo 3 deste trabalho sob o viés da fundamentação da decisão judicial.

2.2.2 Processo constitucional

Todas essas nuances foram absorvidas pela doutrina processual e, após aproximadamente trinta anos de vigência da Constituição Federal, repercutiram sobremaneira na interpretação do que se entende por processo constitucional.

Para Barroso⁴⁵, a partir dessas ponderações, nasce o que denomina de “superação histórica do jusnaturalismo” e o “fracasso político do positivismo”. Em suas palavras, essa superação histórica e o fracasso do positivismo trazem à população:

[um sentimento propício à] “atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignificada humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia”

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Sítio eletrônico acessado em 3.11.2017, às 11:11: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, fls. 6.

Ainda segundo o autor, vivemos uma fase de pós-positivismo, na qual impõem-se a releitura de nossos institutos sob o aspecto da moralidade, sem, é claro, recorrer às categorias metafísicas, ao voluntarismo ou aos personalismos.

Ricardo de Barros Leonel⁴⁶, a seu turno, afirma que tal movimento, de constitucionalização de normas aos mais diversos ramos do direito, não isentou a ciência processual de sua influência. Pelo contrário. Após décadas de governos arbitrários, a constitucionalização do processo surge para estabelecer o mínimo aceitável (não mais apenas um *standard* principiológico) em um ambiente de franca reorganização e redefinição social.

Tal mínimo aceitável corresponde ao que denomina como Direito Processual Constitucional, nada menos do que o conjunto de princípios, garantias e regras de direito processual que foram, por meio do legislador, inseridos diretamente na Constituição Federal. Em sentido amplo, perfaz função programadora com relação ao legislador. Em sentido estrito, no entanto, a sua incidência tem a particularidade de efetivamente pautar a atividade processual, tais como regulação de aspectos particulares, determinação de procedimentos etc.⁴⁷, enfim, o que for necessário para que o mínimo aceitável seja alcançado.

Em outras palavras, em um sentido mais amplo, a evolução do Direito Processual e do Direito Constitucional fez com que essas ciências imiscuissem e se tornassem aquilo que denomina de garantismo. Ainda, segundo o autor, cumpre ao próprio Estado (leia-se, Poder Judiciário) intervir para que aquele programa mínimo seja atendido.

⁴⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional *in* Garantismo processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenação José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

⁴⁷ “No Direito Processual Constitucional em sentido estrito é possível identificar a presença das normas inseridas na Constituição com relação: (a) ao processo objetivo de controle de constitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental); (b) à fixação de súmulas de eficácia vinculante; (c) à fixação de competência das Justiças Especializadas (a impropriamente chamada ‘competência de jurisdição’); (d) à fixação de competência dos tribunais superiores; (e) à concessão de legitimação para agir ao Ministério Público, para a tutela de interesses metaindividuais; (f) a previsão da existência por particulares ou mesmo pelo Poder Público, alguns deles denominados, por aparte da doutrina, de remédios constitucionais (ação popular, mandado de segurança individual e coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, mandado de injunção, reclamação constitucional).” (ob. p. cit., p. 121)

Como consequência, ratifica-se a ideia inicial deste capítulo: o juiz boca de lei não mais existe e não pode mais ser admitido. A criação e aplicação de normas foram alteradas, não se admitindo a ideia de que, no campo de competências, ao legislador compete apenas legislar e ao juiz aplicar, pura e simplesmente, a lei.

Essa conclusão que há muito não é nova traz duas consequências bastante claras e que evidenciam o grau de constitucionalização de processo que vivemos no processo civil brasileiro atualmente.

Veja, não se está a se ignorar o sistema tripartido⁴⁸, em sua vertente típica, sua contribuição e a divisão de poderes que evidentemente perdura na atualidade. O que se afirma é que vivemos entre dois mundos, dois modelos processuais que historicamente não se misturam e cuja atualidade demanda uma postura diferente por parte dos próprios poderes estatais.

De um lado, a tradição do *adversary system*, calcado na inércia, uma divisão de tarefas entre as partes e o resultado dessa perspectiva do processo. De outro, um processo fortemente hierarquizado, com preponderância de atividade de um juiz, central e representante do Estado, que busca e protege diretrizes públicas a partir da demanda de particulares. O juiz inquisitivo que teve sua percussão no modelo nacional-socialista. Um juiz ativista.

E essa diferença, verdadeira oposição metodológica e de diretriz, acaba reverberando com maior preponderância no campo probatório, no descobrimento da verdade (como técnica processual) e valor que se dá ao resultado desse exercício (necessidade de alcançar a verdade real ou verdade calcada em probabilidade suficiente). Via de consequência, nas palavras de Hermes Zaneti Júnior (citando Antônio Castanheira Neves), essa diferença existe e acaba por influir na legitimação da decisão judicial em razão das nuances dos métodos para se alcançar a decisão judicial⁴⁹.

⁴⁸ Desde Montesquieu, a partir de meados do século XVIII, adota-se que o Poder uno do Estado deve ser dividido em três para que ocorra o devido controle por meio do sistema de pesos e contrapesos. Desde então, outros pensadores teorizaram sobre o fato, sempre defendendo que ele se apresente de forma dividida, para que não se torne tirania.

⁴⁹ “Trata-se, portanto, do predomínio da *racionalidade prática procedimental em desfavor da racionalidade prática material exacerbada e da racionalidade abstrata puramente teórica*. Como explicitou Castanheira Neves, a racionalidade prática substancial ou material pretende manifestar e

Não só a perspectiva de verdade (real) passa a importar ao processo, mas sobretudo como essa verdade é alcançada. Ao relacionar as partes ao processo de descobrimento da verdade, há um certo abrandamento dos brocardos *da mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*. O julgador, em uma perspectiva constitucional, abranda suas relações de poder ou, melhor dizendo, se aproxima das partes para investigar os fatos jurídicos, garantido a elas a participação para que se vejam satisfeitas. Enfraquecida a sua posição suprapartidária, ganha o processo em dialeticidade e democratização.

É claro que essa particularidade do processo constitucional se desenvolve de diferentes maneiras a depender do modelo probatório adotado. No modelo clássico, a prova é um argumento persuasivo, é fonte de convencimento que lastreia a fala do jurista em contraditório (*adversary system*, portanto). A perspectiva moderna é inversa. Ela demanda que o juiz, ao se aproximar das partes, contribua cientificamente para o descobrimento da verdade.

Essas perspectivas, no entanto, dirigem-se a juízes que valoram a verdade de acordo com uma posição singular, ou seja, de uma perspectiva do poder investido, mas que é exercido por um ser humano. Quanto à distinção de perspectivas, a abordagem (e problemática) da verdade encontra respaldo aos “modelos” de juiz que François Ost, adotando certas premissas⁵⁰, convencionou denominar Júpiter, Hércules e Hermes⁵¹.

é a expressão de um fundamento material, algo pressuposto que dá sentido fundante ou justificante à prática (independentemente da natureza sociológica, antropológica, religiosa, ontológica desse algo). A *racionalidade prática procedimental*, por sua vez, possui outra preocupação. O que legitima as atitudes e decisões racionais nesse modelo é a *observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade da atitude prática racional*. Como resume esse autor (simplificando os termos): ‘No primeiro tipo, o essencial é o conteúdo, e o secundário o modo de obtenção; no segundo tipo, o essencial é esse modo, e o secundário o conteúdo’. Em uma palavra, em uma ótica realça a ‘*legitimação (validade) pelo fundamento material*’ e, em outra, a ‘*legitimação (validade) pelo processo*’” (JÚNIOR, Hermes Zaneti. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 65-66)

⁵⁰ François Ost esclarece que o sistema codificado parte de quatro premissas ou corolários. O primeiro deles é o monismo jurídico (a forma legal adotada é a lei) que reforça a sistematização da autoridade. A segunda é o próprio processo criador político, que assegura que as codificações nasçam de uma fonte primeira. O terceiro corolário se refere à racionalidade dedutiva e linear para as soluções práticas. A quarta se refere ao inexorável tempo, que oxigena e faz perecer normas, tornando algumas codificações temporalmente inadequadas.

⁵¹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez, acessado em 26.5.2019, às 21:07 in

Para o juiz Júpiter, o direito se aplica de cima para baixo e tem como características a sua expressão pelo imperativo da lei e pela preferência à natureza do proibido. Muito mais do que entender o sistema jurídico e trazer o resultado prático, alcançar escopos, preocupa-se em definir aquilo que a sociedade não pode fazer. O que lhe é negado. É um direito distante, abstrato. A legalidade das regras está atrelada apenas à sua validade e o conteúdo normativo não está apto a debate.

Hércules, por sua vez, é um semi Deus que se submete a trabalhos impossíveis e leva o mundo em suas costas. Ao carregar esse mundo, fazendo justiça, cabe-lhe a figura central que confia nos próprios trabalhos e em sua força. É o juiz fiado fortemente na jurisprudência, cuja crítica se volta à atuação no âmbito do liberalismo econômico, pois chamado a decidir a diversas questões que, de tão amplas, obrigam-no a adaptar suas decisões à vontade das circunstâncias particularizadas. Não é só juiz, mas um engenheiro social, cujo direito se justifica (e somente existe) em suas decisões. Difere-se diametralmente do juiz Júpiter.

Concluindo que nenhum dos dois tipos corresponde à realidade jurídica desejada (porque reconhecemos que as duas figuras atualmente persistem em atividade), em sua analogia, coube a Hermes, o mensageiro dos Deuses, justamente o papel intermediário entre essas duas figuras⁵². Sempre presente, ocupa todos os vazios e espaços existentes. Do céu ao inferno, trata-se de mediador universal, o comunicador por excelência. Forma, a partir do diálogo, uma multidão de pontos que se inter-relacionam (pessoas, poderes, regras). E é justamente por meio dessa alteração de postura do próprio juiz, de *bystander* à promotor de um processo dialógico (juiz Hermes, portanto), que se percebe a partir da superação histórica ao Estado Social e a sua transmutação do Estado de Direito (ou Estado Constitucional).

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>

⁵² “Sería fácil concluir a continuación que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del Derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir sumariamente. De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*.” (Ob. p. cit., p. 171)

Sobre a superação do Estado Social, há de se entender que, além da mudança de pauta (política, social), há verdadeiramente a mudança de correlação que o Estado faz com o próprio Direito. Nas palavras de Norberto Bobbio, utilizando a terminologia Kelseniana, o Estado do ponto de vista de suas normas, de seu ordenamento jurídico, nada mais é que uma forma de organização do próprio Estado, sem se ater aos fins que ele próprio busca⁵³.

Sendo assim, com a superação do Estado Social (e toda as suas formas predecessoras) e alcance do Estado Constitucional, o juiz se torna, conforme bem esclarecido por Vanessa Grazziotin Dexheimer⁵⁴, partidário no diálogo e assimétrico na decisão⁵⁵, cujo contraditório substancial assume papel de primeira grandeza. Somente por meio do contraditório capaz de influenciar a decisão do juiz é que se legitima a decisão. Nesse sentido, ainda, analisando o papel do juiz no que se refere ao processo constitucional, a autora entende que o processo de criação da norma concreta e individualizada nasce como resposta de um amplo colaboracionismo entre as partes⁵⁶. Como resultado, ao assumir que o processo

⁵³ “Na rigorosa redução que Kelsen faz do Estado a ordenamento jurídico, o poder soberano torna-se o poder de criar e aplicar direito (ou seja, normas vinculatórias) num território e para um povo, poder que recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer recorrendo inclusive, em última instância, à força, e portanto do fato de ser não apenas legítimo mas também eficaz (legitimidade e eficácia referenciam-se uma à outra); o território torna-se o limite de validade espacial do direito do Estado, no sentido de que as normas jurídicas emanadas do poder soberano valem apenas dentro de determinadas fronteiras; o povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, deste modo, passam a constituir os cidadãos do Estado. Definições deste gênero prescindem completamente do fim ou dos fins do Estado [...] Com a terminologia de Kelsen, o Estado enquanto ordenamento coativo é uma técnica de organização social: enquanto tal, isto é, enquanto técnica, ou conjunto de meios para um objetivo, pode ser empregado para os fins mais diversos” (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra S.A., 2007, p. 94)

⁵⁴ DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo no Estado Constitucional *in* O processo civil no Estado Constitucional. Org. Daniel Mitidiero. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 501

⁵⁵ “A dupla posição do juiz é posta em evidência pelo desenvolvimento da ideia de colaboração no processo civil. A noção de colaboração é positiva, não se restringindo à organização interna do processo numa série de atos lógicos, porquanto reflete uma pluralidade de pessoas operando contemporaneamente a fim de atingir um resultado que não poderia ser alcançado individualmente. Assim, cada um dos sujeitos do processo – autor, réu e juiz – manifesta-se, previmanete, sobre os mesmos elementos de fato e de direito, para que a combinação das suas atuações, alcançada através do diálogo, seja submetida ao juiz, na posição solitária em que decide. No ponto, Grasso refere à dupla posição do juiz identificada por Carnacini: numa delas, ao lado das partes, numa comunhão de trabalho e, na outra, acima delas, representando o Estado que declara o direito.” (Ob. p. cit., p. 506-507)

⁵⁶ “os juízes criam o direito porque são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar, transformar e não raro, a criar *ex novo* o direito. Isso não significa,

é um meio para atingir determinados fins, reconhece-se no processo civil constitucional a influência de fatores externos ao próprio processo e a necessidade de alcançar resultados efetivos. Como contrapartida, ao juiz são impostos deveres específicos, como o dever de auxílio, prevenção e especialmente diálogo.

Daniel Mitidiero, em sua tese de doutoramento⁵⁷, propõe que esse novo papel seja típico do que chama de modelo cooperativo. O modelo cooperativo contrasta bastante com a noção de Estado Legal, no qual a supremacia do direito escrito se sobrepõe à figura do juiz. Diferente também dos modelos paritários, no modelo colaborativo a organização das relações entre indivíduo, Estado e sociedade ganha destaque justamente em seu aspecto social, do qual se extrai que a sociedade dele participa ativamente, de maneira democrática, e o juiz promove uma justiça de equiparação⁵⁸.

A professora Ada Pelegrini Grinover parece entender de igual maneira⁵⁹, na medida em que a palavra de ordem para a limitação dos poderes do juiz é

porém, que sejam legisladores, já que existe essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional. São 'virtudes passivas', 'limites processuais', características essenciais da jurisdição que a distinguem do processo legislativo: a imparcialidade e a independência do juiz, o contraditório (para que as partes tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial), bem como a impossibilidade de instauração *ex officio* do processo judicial, necessitando de um autor (*nemo iudex sine actore*).” (Ibid., p. 498)

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. Bases para construção de um processo civil cooperativo. O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. Tese de doutoramento perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, defendida em 2007.

⁵⁸ Nas palavras de Salvatore Magra, o processo justo se pauta no dever da parte de colaborar e no papel do juiz de promover essa colaboração levando em consideração a posição e a força de cada parte: “Il giusto processo si salda com il dovere dele parti di collaborare nel processo civile. Questo legame può consentire alle parti stesse di assumere un ruolo attivo e di tener conto nel proprio interesse e nella reciproca correttezza dele indicazioni del Magistrato, per impostare in maniera efficace l’attività defensiva. Il Magistrato, può, nel corso di provvedimenti interlocutori, rendere più o meno palese il suo orientamento anche in rapporto alle questione di mérito e ciò può suggerire ai Difensori com prender ele opportune iniziative e se sai oportuno promuovere um tentativo di composizione transattiva dela controversia in via stragiudiziale.” (MAGRA, Salvatore. Giusto processo e dovere di collaborazione fra le parti. Il ruolo sostanziale del dovere di collaborazione dele parti nel processo civile e i rapporti com il principio del giusto processo *in* Cammino Diritto, rivista di informazione giuridica, publicação de 30 de dezembro de 2015, p. 3)

⁵⁹ “Nessa nova concepção do Judiciário, no quadro político acima descrito, é evidente que cabe a seus membros – os juízes – um papel mais ativo. Ele se torna protagonista, e não apenas espectador, dos embates judiciais [...] No Estado Democrático Constitucional o Poder Judiciário assume uma função de *controle, equilíbrio e garantia*. Sua legitimação, que deriva diretamente da Constituição, decorre da imparcialidade e da independência de que usufrui em relação às forças políticas e da observância dos direitos das minorias, não representadas pelos poderes majoritários.

equilíbrio. Para a doutrinadora, o Estado Democrático Constitucional implica a adoção do modelo de supremacia da norma constitucional, na busca pela execução de seus primados.

Não se trata, evidentemente, de fazer tábula rasa daquilo que a ciência processual até então produziu, mas trazer dessas conquistas doutrinárias o melhor resultado para adequar o processo à realidade sócio-jurídica a qual é destinado.

Esse posicionamento não é uníssono e, para os contrários, visto com parcimônia. Há, por exemplo, quem defenda que a constitucionalização do processo, embora desejada e reconhecida, não pode significar uma carta branca para moldar a execução de normas processuais, sob pena de, como define José Carlos Baptista Puoli⁶⁰, infringir a legalidade e a segurança jurídica que são fundamentais para a estabilidade do sistema jurídico.

Segundo o autor, há princípios constitucionais que podem ser classificados em baixa densidade normativa e, por essa razão, sua aplicação de forma

De outro lado, o equilíbrio entre o Poder Judiciário e os demais decorre de suas limitações materiais e jurídicas, cingidas ao direito e à técnica de argumentação jurídica, por um lado e à falta de recursos próprios para executar suas decisões, por outro. Nesse quadro justifica-se o maior ativismo do juiz que, no entanto, é submetido a condicionamentos e limites: a informação e o assessoramento sobre as questões técnicas que não se enquadram em sua especialização, a aplicação do critério de razoabilidade, a motivação e os controles internos e externos sobre sua atuação.” (GRINOVER, Ada Pelegrini. Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 127, 129 e 130)

⁶⁰ “Deste modo, a despeito de não ser possível negar a importância que a Constituição Federal, e os princípios nela contidos, têm na vida atual em sociedade fato é que, como referido no título deste artigo, se deve estar atento que tal alcance não é ilimitado. Sendo assim, fundamental que o aplicador do direito esteja disto ciente, de forma a não menosprezar a lei, nem tampouco querer utilizar-se rotineiramente de princípios de texto genérico como pretexto para agastar regras legais postas para detalhamento e regulação dos casos da vida. Faz-se este alerta na medida em que como já foi salientado por Dinamarco, se deve estar atento, inclusive, a que ‘nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo’. Deste modo, não se pode esquecer que, ao se aplicar um princípio ‘generalista’ para menosprezar norma legal, poderá estar havendo infringência à legalidade e à segurança jurídica que são fundamentais para viabilizar a vida em sociedade. Enfim, finaliza-se este texto com as palavras de Humberto Theodoro Júnior quando afirma que ‘em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. Justo e injusto medem-se, no processo, pelos padrões próprios do direito e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo seu alcance concreto” (PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo *in* Direito Processual Constitucional, Coordenado por José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonício e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 125)

desmedida pode contrariar norma expressamente positivada, o que representa insegurança e usurpação de Poderes.

Isso assim ocorre porque inicialmente quando se fala em princípio se tem em mente uma característica “balizadora”, a qual o autor (citando Ruy Samuel Espíndola) definiu como característica mais marcante, a de funcionar como “estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”⁶¹.

Todavia, princípios não são dotados de suporte fático (ao contrário das normas), o que necessariamente nos remete à descrição fática da norma sobre a qual o princípio prima incidir. A densidade de um princípio, a qual permitiria a modulação de normas cogentes positivadas, dependerá do seu detalhamento. Quanto maior o detalhamento que se puder extrair do princípio, maior será sua incidência prática em torno de um caso concreto, capacidade de balizar a decisão do juiz.

Portanto, adotar o conceito de um processo civil constitucional baseado em princípios de baixa densidade (como, por exemplo, o devido processo legal) seria medida ilegal e apta, apenas, a quebrar a previsibilidade inerente de situações jurídicas consolidadas por meio de sua positivação pelo legislador infraconstitucional, ou seja, a ferir a segurança jurídica.

Limitada ou não no plano prático, a visão pós-positivista, no caso focada na constitucionalização do direito processual, se desenvolve em um cenário de insegurança jurídica em razão da não satisfação do direito material. Busca, portanto, corrigir esse grave problema ratificando o procedimento cooperativo, valorizando o contraditório substancial e alinhando a decisão judicial com escopos maiores. Ou seja, redefinindo o papel do próprio juiz.

Esse novo papel do juiz se eleva, também, quando considerarmos que a posição do Judiciário é elevada à categoria de Poder autônomo e soberana

⁶¹ Ob. p. cit., p. 117.

justamente com o advento da Constituição Federal de 1988. Essa mesma Carta Magna exige que o processo seja não só uma ruptura à tradicional independência dos planos processual e material, mas que o processo seja um instrumento de efetividade. Definidos novos escopos e poderes, resta também, para que tudo se equilibre, admitir que o juiz participativo (ou ativista, para alguns) tem o dever de ser ativo, para que o direito possa ser garantido, e previsível para que o processo seja efetivamente democrático.

Aqui se faz importante uma ressalva. Quando se fala em processo democrático, se está a falar em um processo que nasce de forma participativa, que permite às partes influírem o seu resultado de maneira equânime. Não significa, no entanto, que a decisão será “democrática”, ao menos não no sentido de que representa os anseios e vontades de uma maioria social. Hermes Zaneti Júnior esclarece que a decisão, que nasce de um processo democrático, se sujeita, obrigatoriamente, aos direitos fundamentais que foram constitucionalmente incorporados, obedecendo, mais uma vez, ao caráter coletivo e social de alguns direitos. É uma luta de baixo (das partes) para cima (juiz) e da concentração de poder (cima) para a maioria (baixo)⁶². Todavia, a decisão, em si, não é democrática; ela advém de um processo democrático.

A democratização do procedimento (e conseqüentemente constitucionalização do processo) passa obrigatoriamente pelo reconhecimento e asseguramento de direitos fundamentais. Em uma época em que se percebe o decréscimo substancial de representação e participação da população para com o Poder do Estado, existe a necessidade de que se amplie os mecanismos de representatividade, inclusive e especialmente no próprio processo.

⁶² “O argumento que em definitivo *afasta a teoria da maioria democrática é a pluralidade de direitos (condição humana)* nos Estados democráticos e a *unidade da Constituição* que os assegura; *vive-se uma democracia de direitos*. Os direitos fundamentais são tão importantes para o exercício da maioria democrática como para assegurar voz e vez para os direitos das maiorias e participar do processo de formação da decisão. As sociedades complexas em que são muitos os polos de difusão do poder (família, mercado, Estado etc.) devem assegurar o dissenso e a possibilidade de um discurso jurídico válido, mesmo contra as maiorias aparentes; essa necessidade está aliada à unidade da Constituição e à “pretensão de correção” que lhe confere sentido [...] Concluindo, ‘a democracia dos modernos [*rectius*: contemporâneos] é o estado no qual a luta contra o abuso do poder é travada paralelamente em duas frentes – *contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído*” (Ob. p. cit., p. 126-127)

A este fenômeno, de fortalecimento dos mecanismos de representatividade, Hermes Zaneti Júnior convencionou denominar demodiversidade⁶³. Dissertando sobre a eficácia objetiva de direitos fundamentais, isto é, a transposição de interesses individuais a partir da solução da lide e os efeitos da decisão no meio social (eficácia irradiante dos direitos fundamentais), entende que o atual sistema jurídico deve privilegiar a participação social, a adequação de soluções não participativas e burocráticas e a ampliação dos casos nos quais o próprio sistema político reconhece que o modelo colaboracionista é mais adequado que o direito à prolação unilateral da decisão pelo órgão estatal. Com isto em mente, Executivo, Legislativo e Judiciário trabalham em sinergia, a partir literalmente da mesma diretriz⁶⁴.

Existe, assim, uma correlação entre a democratização e o reconhecimento e asseguramento de direitos fundamentais, os quais exigem uma maior participação do cidadão. E o processo, como instrumento, é o veículo dessa democratização, ora assegurando agenda estatal pautada em princípios constitucionais, ora assegurando a participação individual para obtenção de decisões que sigam as diretrizes constitucionais.

Outrossim, falar em processo democrático é entender a passagem de uma Justiça retributiva, de *bystander*, para uma Justiça distributiva. Diversos mecanismos processuais são criados e, a partir deles, legitimada uma ampla intervenção por parte de quem detiver legitimidade suficiente para afirmação de questões políticas. Estimulado e aparelhado, o Judiciário passa a agir (e não mais a reagir, apenas). Agindo, passa a ocupar uma posição que não lhe pertencia, cuja consequência por vezes chega à arbitrariedade. Dois pontos se fazem relevantes para encerrar a análise da fundamentação no Estado Democrático de Direito: uma breve análise sobre a teoria da argumentação, como método de decisão para evitar a arbitrariedade, e a correlação da discricionariedade e a

⁶³ Ibid. p. 130-132.

⁶⁴ Hermes Zaneti Júnior, citando o famoso caso Eric Lüth, aclamado com um dos mais importantes julgamentos pós Segunda Grande Guerra, dirimido pelo Tribunal Constitucional alemão, conclui que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (ob. p. cit., p. 314).

coerência do ato de decidir, campo fértil no qual a fundamentação da decisão sobressai em importância e volume para alcançar os fins constitucionais.

2.2.3 Breves considerações sobre a discricionariedade e a sua correlação com o exercício da jurisdição

A arbitrariedade no processo judicial é comumente lida como sinônimo de discricionariedade. Partindo do correto pressuposto que nenhum juiz investido de poder e vocacionado para realização do seu ofício (em nome do Estado) decide algo senão em benefício da própria sociedade e das partes que lhe confiaram a solução do litígio, temos que as decisões, concordes ou não as partes com o resultado alcançado, são sempre justas.

Portanto, de início, é fácil concluir que a discricionariedade, a partir de critérios legais, nunca se confunde com a arbitrariedade porque decisões arbitrárias partindo do seu conceito comum (ou seja, sujeitas apenas ao bel prazer e desconsiderando critérios legais) não existem ou não são permitidas. Fogem dos critérios de oportunidade e conveniência (conceitos que serão tratados no decorrer deste subitem) e se enquadram como opções ilegítimas.

Feito esse breve esclarecimento e antes de abordar o conceito de “discricionariedade judicial” em si, é necessário investigar se a discricionariedade existiria para o Poder Judiciário tal qual existe para a Administração Pública, especialmente considerando que discricionariedade é um conceito desenvolvido a partir do ramo administrativo do direito e que, se aplicável às decisões judiciais, merece adaptações pertinentes em razão das características completamente diversas entre os dois Poderes.

Com efeito (e tal qual já adiantado acima), para entender a discricionariedade em sua plenitude é necessário discorrer brevemente sobre o princípio da legalidade, um dos principais sustentáculos do Estado de Direito⁶⁵.

A premissa consiste na submissão de toda a atividade pública a um sistema legal de normas; a margem concedida aos órgãos e agentes públicos é maior ou menor, conforme for a prescrição legal. Por detrás disso, está a intenção de separar completamente a vontade individual do governante das atividades estatais. Não obstante, segundo lição de Almiro do Couto e Silva, tal visão ideal de Estado de Direito "*só existe no mundo platônico das ideias puras*"⁶⁶. A clássica divisão tripartite dos poderes implica em nuances incapazes de serem reduzidas a uma única fórmula e há de se considerar que os indivíduos, mesmo exercendo cargos públicos, são premidos por noções individuais do certo e do errado. Não havendo um supercêrebro estatal, tal qual pontuado por Rubens Limongi França, é de se admitir que o Estado não substitui o arbítrio das pessoas que compõem⁶⁷, sendo necessário adequar esse arbítrio a critérios cujas ações não se enquadrem exatamente prescritas em lei.

Essa mesma diretriz, de que não existe uma supercentralização de decisões (gestão, elaboração de leis e para dirimir conflitos) e inclusive corrobora

⁶⁵ Nesse sentido, Norberto Bobbio: "Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e excesso de poder. Assim entendido, o Estado de Direito reflete a velha doutrina - associada aos clássicos e transmitidas através das doutrinas políticas medievais - da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino." (BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2007)

⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, jan-jun/1990. p. 52.

⁶⁷ Ao falar sobre o Estado e o contraste entre as doutrinas que ainda defendem a maior vinculação à norma escrita como forma de contenção aos arbítrios e impulsos individuais, Rubens Limongi França esclarece que "É uma entidade inegável, embora sem substância própria, mas atuar como um todo, mercê da coordenação e da hierarquia das suas partes integrantes. Não obstante, diferentemente do pretendido Rousseau, parece-nos evidente que essa atuação conjunta do Estado, como pessoa, não rouba o arbítrio dos indivíduos que o compõem e o continuam, dentro da ordem reinante, a agir como a própria mente a própria vontade. Não existe um supercêrebro estatal, nem uma supervontade, a determinar atos e providências de natureza jurídico-administrativa." (FRANÇA, Rubens Limongi. Hermenêutica jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63)

o sistema de partição dos Poderes, é o que acaba por autorizar e de certo modo justificar a divisão de tarefas e a autoridade para tomada de decisões⁶⁸.

O Poder Legislativo, inobstante a previsão de remédios capazes de provocar a ação legislativa (tal qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), não se sujeita a nenhum outro Poder⁶⁹, tampouco a uma agenda particular⁷⁰. Não há dúvida também de que o Poder Judiciário também não se submete à vontade individual dos demais Poderes, ainda que aja calcado, evidentemente, no produto do Poder Legislativo, não significa (conforme acima

⁶⁸ Um comentário importante e secundário se faz necessário: a separação de Poderes no Estado não ocorre porque o Estado seria incapaz de centralizar essas tarefas em uma só pessoa, mas porque, conforme acima já esclarecido, quando as centralizou, houve arbítrio e não havia representatividade. A tripartição de poderes existe justamente para assegurar a liberdade dos cidadãos, cuja premissa é justamente o enfraquecimento do poder desmedido do próprio Estado por meio do sistema de pesos e contrapesos. Alguns teóricos, no entanto, defendem que a tripartição, na prática, é formal e não alcança plenamente o seu objetivo. Dalmo de Abreu Dallari, por exemplo, contextualiza que “A sociedade plena de injustiças criadas pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia da liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocrático e que transacionam *de fato* com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.” (ob. p. cit. p. 221).

⁶⁹ Essa é a opinião, por exemplo, de Almiro do Couto e Silva, para o qual o legislador não é compelido a legislar, em qualquer hipótese. Em suas palavras, “Dir-se-á, talvez, que poder discricionário existe tanto no Legislativo, quanto no Judiciário e no Executivo. Tivemos, porém, ocasião de mostrar que não tem o legislador uma competência vinculada, no exercício da sua função precípua. Não pode ser, em nenhuma hipótese compelido a legislar. Cabe-lhe sempre, por conseguinte, a liberdade de decidir. Ora, o conceito de poder discricionário só tem sentido e só adquire expressão prática quando posto em contraste com outras situações em que o agente do Estado tem o dever jurídico de atuar ou de omitir-se, e pode ser compelido a isso.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro *in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 179, jan-jun/1990, p. 54-55). A controvérsia a respeito da aplicação ou não do poder de discricionabilidade para o Poder Legislativo não é objeto deste estudo ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, porém cumpre, sem maiores digressões, esclarecer que a referida ação tem como objetivo defender a ordem jurídica por meio do controle abstrato. Partindo do pressuposto que a Constituição Federal defende determinados direitos, a partir da década de 1970 houve a gradual absorção de que o Legislativo poderia, sim, ser compelido a legislar sobre determinado assunto em determinada circunstância. Trata-se da interpretação do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, cuja norma expressamente prevê que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão da medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”.

⁷⁰ De fato, o Legislativo não se submete a uma agenda específica (como interesse particularizado), mas há, evidentemente, uma pauta de trabalho. Desde a percepção de um fato social valorado que necessita da regulamentação ou de proteção, até efetivamente a pauta parlamentar de acordo com critérios próprios do processo legislativo e interesse de toda a sociedade. Agenda, nos termos acima indicado, se refere a uma pauta individual.

descrito) que atualmente o juiz é mero reproduzidor da lei ou que ele decida de acordo com o que pretende determinado Poder.

Já o Poder Executivo é, historicamente, o Poder que detém maior subjetividade para o exercício das suas funções e para o qual a doutrina há de se voltar para a construção de um conceito de discricionariedade. Durante muito tempo, a discricionariedade que lhe é inerente não se submetia de forma alguma a diretrizes constitucionais, o que, segundo Cláudio Brandão de Oliveira, se tornava “o instrumento perfeito para justificar práticas abusivas e arbitrárias, imunes a qualquer tipo de controle”⁷¹. Era absolutamente ampla a possibilidade de solucionar casos concretos de acordo com o quanto se entendesse adequado, sem necessariamente que esse interesse estivesse atrelado às diretrizes normativas do próprio Estado, à promoção dos valores constitucionais.

Evidentemente e tal qual ocorre para os demais Poderes, o exercício de suas competências é definido por lei, mas modernamente, não se admite que essa liberdade para decidir esteja destituída desses valores. O Administrador Público é um agente que, mandatado, age de acordo com o que o povo estabeleceu em mais alto grau normativo, a Constituição Federal, cujas diretrizes são valores que não podem ser ignorados.

Considerando justamente essa liberdade “regulamentada”, mas também considerando a natural flexibilidade necessária para a construção de soluções, entende-se por discricionariedade o conjunto de normas que outorgam aos administradores considerável margem de manobra para praticar ou deixar de praticar determinados atos, ou ainda para selecionar as providências cabíveis entre um rol pré-estabelecido. Normalmente, tal liberdade se traduz pela utilização de verbos como “poderá”, “é autorizado” e “permite-se”, o que fornece ao administrador o respaldo legal para adotar atos que julgar mais convenientes e oportunos, sempre limitado a determinadas matérias elencadas em lei. Ou seja, o poder discricionário é um poder que se exerce de acordo com as bitolas da lei,

⁷¹ OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. A discricionariedade administrativa: considerações sobre limite e possibilidade de controle *in* Revista Jurídica do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, DGCOR-DECCO, edição nº 18, 2019, p. 10)

cuja liberdade para a prática do ato não pode corresponder, nunca, a um desejo particularizado.

O avanço técnico para solidificação do instituto jurídico necessariamente pressupõe a análise dos atos praticados a partir de conceitos jurídicos indeterminados, aqueles que naturalmente exigem grau interpretativo do administrador público e, portanto, se mostram como o ambiente propício para que a liberdade do administrador seja possível.

Nesse sentido, foi a doutrina austríaca, durante a República de Weimar, que analisou intrinsecamente essa interrelação entre o exercício do poder discricionário e os chamados conceitos jurídicos indeterminados: de um lado, Bernatzik expressava a existência da "discricionariedade técnica", compreendida pela miríade de situações complexas enfrentadas no dia-a-dia da Administração que, dada a sua natureza, não seriam passíveis de controle judicial, uma vez que não haveria, segundo ele, uma opção mais adequada, restando o predomínio do juízo da administração⁷². Na contramão, Tezner, em crítica à Corte Administrativa da Áustria (que considerava os dois conceitos sinônimos), estabeleceu uma distinção entre o poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. Para Tezner, é justamente nesses conceitos ("interesse público", "paz e ordem", "conveniência" e "necessidade"), e apenas nesses conceitos, que reside a discricionariedade⁷³.

Citando Philipp Heck, Almir Couto e Silva estabelece de maneira lúdica que a discricionariedade reside em zona cinzenta, nebulosa, a qual não indica – de início – quais são os limites e os critérios necessários para decidir, desenhando a

⁷² Nas palavras de António Francisco de Sousa, citado pela celebrada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Bernatzik pretendia sob o conceito de discricionariedade técnica 'englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica ('elevada complexidade de premissas factuais'), retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica. Acresceria que, pela sua experiência e pelo seu contacto directo com a realidade do dia-a-dia, estariam os administradores em melhores condições para reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e distanciados das realidades da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião, tardiamente, à da autoridade administrativa." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa *in* Revista Eletrônica de Direito Administrativo, nº 9, fev./abr. 2007, p. 4)

⁷³ Ob. p. cit. p. 57-58.

seguinte imagem: todos classificariam como gravíssima a ofensa física de um subalterno ao seu superior hierárquico que, com educação e moderação, houvesse chamado a atenção para um erro cometido. Todos classificariam como leve a violação do funcionário que não se barbeasse, por dois dias, contrariando as regras de determinado meio profissional. Essas situações não são cinzentas, mas as demais situações, possíveis entre esses dois marcos, são potencialmente cinzentas e dão margem a interpretações diversas⁷⁴, sobre as quais não se poderá afirmar, sem sombra de dúvidas, que todos decidiriam da mesma maneira.

O que se percebe, portanto, é que a discricionariedade, ao contrário dos atos vinculados, se pauta exclusivamente nos critérios interpretativos indeterminados, palavras de significado amplo e que, a toda evidência, são a princípio não desejadas para o direito positivado. O direito legislado, tanto quanto possível, busca sentidos unívocos e claros na construção da norma abstrata. Quando não é possível estabelecer esse conceito único, fundamental é que a linguagem textual, como matéria prima e objeto do direito positivo, sofra interpretações individuais (gramatical ou literal), conjuntas, considerando o arcabouço normativo no qual se insere (lógica e sistematicamente), temporais (evolução histórica do instituto) e finalísticas (teleológicas).

Essa interpretação – que se faz necessário para toda e qualquer aplicação normativa – se torna essencial quando se trata de direito pautado em critérios não determinados. Essa interpretação, via de regra, é feita sob os auspícios de uma linguagem de direito, mas cujos parâmetros são obtidos a partir de outras normas e do sopesamento de princípios.

Nesse passo, é importante destacar que, na contramão da doutrina majoritária, que expressa a inexistência de "atos discricionários propriamente ditos", mas tão somente a discricionariedade para praticar certos atos (excluindo-se, pois, do conceito o fim dos atos administrativos), Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que pode haver certa discricionariedade quanto à finalidade

⁷⁴ Ibid, p. 58.

perseguida por um ato administrativo, uma vez que o interesse público consiste, em sua substância, de um juízo subjetivo⁷⁵.

Ao exercer-se juízo discricionário, verifica-se a ocorrência ou não de certos fatos que podem justificar a liberdade da Administração para escolher: a forma do ato; a motivação; a finalidade; e o conteúdo. Se esses requisitos estiverem alinhados com o interesse público, correta a decisão.

A doutrina e jurisprudência alemã, no entanto, a partir dos princípios da boa-fé e segurança jurídica, desenvolveu a noção da "autovinculação" (*Selbstbindung*) da Administração pública, que vincularia o poder público a determinadas condutas reiteradas, ainda que seu exercício se dê dentro do campo discricionário. A segurança jurídica é um importante fator a ser considerado especialmente para uma autolimitação do agente público, e se torna importante critério para entender a discricionariedade.

Como se percebe, a discricionariedade reside dentro dos limites da legalidade, mas utiliza conceitos jurídicos indeterminados (como interesse público e bem comum) para que essa liberdade possa existir. Exige também a necessidade de que guarde coerência com as decisões anteriores sobre o mesmo tema. Com isso, a discricionariedade promove um acerto, que é superior à situação regrada, buscando atingir equidade, certeza, eficiência, estabilidade e cooperação após sopesar, no particularismo daquela situação, todos esses fatores.

Essas colocações correspondem à primeira premissa para posterior análise de possível adaptação da discricionariedade quando vertida ao Poder Judiciário. A conveniência de um ato pressupõe possibilidade de escolha dirigida ao administrador, que não se confunde com a legitimidade para praticar e tampouco a higidez do ato praticado. A escolha, seja a melhor ou não, foi a que se apresentou mais adequada ao administrador naquele exato momento, fazendo,

⁷⁵ "Em suma: discricionariedade e liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: 'A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal'" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 30. ed São Paulo: Malheiros, 2010. p. 436)

com isso, decisão válida que se justifica justamente nos limites do mandato que lhe foi outorgado e nos critérios gerais que estabelece o ordenamento jurídico.

Chega-se, por meio da discricionariedade, a uma solução mais justa porque mais adequada e essa é a segunda premissa necessária para análise. Toda decisão discricionária parte de uma contextualização que, em regra, não se repete da mesma forma ou, quando se repete, exige no mínimo um exercício para que as decisões comparadas não sejam antagônicas. Conveniência e oportunidade são conceitos propositalmente abertos, mas que devem ser interpretados por meio do interesse público e bem comum (outros termos de conceito aberto), além de se calcarem nas decisões reiteradas sobre o mesmo assunto. Esses são os parâmetros de razoabilidade que permeiam a decisão discricionária.

Estabelecidas as duas premissas (possibilidade de escolha dirigida que deve buscar o bem comum e preservar a estabilidade das decisões sobre aquele determinado assunto), passa-se à análise sobre a possibilidade ou não de se falar discricionariedade judicial.

Rodolfo Camargo Mancuso, por exemplo, após digressão sobre a polissemia do conceito Jurisdição, nega a possibilidade de discricionariedade por entender que o processo de se encontrar a melhor interpretação (e a correta exegese de uma norma) retira o aspecto subjetivo, intrínseco e necessário à discricionariedade pura⁷⁶.

Nagibe de Melo Jorge Neto, por sua vez, entende que a possibilidade de discricionariedade ou não deve prescindir uma decomposição dos atos de julgar e da interação entre as partes da relação jurídico processual. Para o autor, para entender se há ou não discricionariedade em decisões judiciais passa por analisar: quais os sujeitos que influenciam a decisão, qual o nível de interação

⁷⁶ “Em verdade, não existe *discricionariedade judicial*, que permitisse ao julgador adotar, indiferentemente, uma ou outra solução para o caso concreto, mas, antes e superiormente, impende que o juiz se empenhe para encontrar aquela que seja *a melhor*, atentando à esmerada exegese da norma de regência, porque o magistrado tem *triplo compromisso*: com a higidez técnico-formal do processo, com a consistência jurídica da decisão e com a efetividade prática do quanto decidido” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes. Natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 112)

entre os sujeitos processuais, qual o reflexo da decisão no próprio sistema jurídico e qual o caráter sociológico do certo e errado de acordo com os parâmetros legais.

Luigi Paolo Comoglio⁷⁷ entende que a discricionariedade judicial precisa ser entendida como uma dupla perspectiva: acepção ampla que equivale a arbítrio, poder, liberdade de querer e a acepção mais restrita, cuja atuação do agente obedece a diversas matrizes ou estão sujeitas a um controle a posteriori. É uma liberdade vigiada, que tem como pressuposto a igualdade de partes, o contraditório leal, a imparcialidade do juiz e a máxima experiência.

O conceito de discricionariedade formulado por Comoglio, para o nosso entendimento, acaba por equipará-lo ao que se entende por regular desenvolvimento do devido processo legal e nos faz questionar se realmente há discricionariedade no ato de decidir ou, em razão de suas características tão distintas, inexistente possibilidade de comparação com o clássico conceito administrativista.

Sem descer às particularidades dos processos decisórios, ainda sobre a discricionariedade, uma grande diferença entre a decisão administrativa e a judicial já de início se faz presente: controle, sujeição à validação por um órgão superior. Frederick Schauer, em sua obra *The Force of Law*, aludindo à lenda da tartaruga⁷⁸, questiona se os agentes do Estado estariam acima da lei e reflete sobre a falta de sanções com relação às suas decisões. Para o autor, em qualquer

⁷⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Sudi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 348-349.

⁷⁸ "In a widely known but apocryphal story, an eminent scientist or philosopher (William James in some versions, Bertrand Russell in others, and various unnamed Westerners traveling to the allegedly inscrutable Orient in still others) embarks on a foreign journey to give a series of lectures on the origins of planet Earth and its place in the universe. At one of the lectures a member of the audience (the ubiquitous little old lady in some versions, and a mysterious Far Easterner in others) stands up to point out that the lecturer is mistaken. Everyone knows, the questioner announces, that Earth rests on the back of a giant turtle. "But what holds up the turtle?" the scientist asks. The audience member replies that of course the turtle is sitting on top of another turtle. And when the scientist, thinking himself clever, asks what is holding up that turtle, the interlocutor, amazed at the scientist's ignorance, triumphantly says, "Why it's turtles, turtles, turtles, all the way down." (SCHAUER, Frederick. *The force of law*. London: Harvard University Press, 2015, p. 75)

A lenda da tartaruga demonstra que a coerção é o tecido sobre o qual a obediência às leis se desenvolve. O que se faz alegoricamente é construir em um elemento de interdependência que fecha uma lógica de cumprimento às leis, mas que não resiste (ou justifica) se seguirmos infinitamente à hierarquia do agente público. A história serve um elemento inicial para entender que podem existir diferentes graus de adesão de um agente público à legalidade e, a partir daí, entender de que modo esse agente, não sujeito à sanções, estaria vinculado a uma boa decisão.

estágio hierárquico que se possa imaginar haverá, indistintamente, o comprometimento com determinado resultado porque o julgador também se submete à lei, independentemente das sanções. A questão central é entender o porquê de determinadas pessoas decidirem de acordo com as normas vigentes quando, em seu íntimo, a decisão se mostra contrária ao posicionamento pessoal sobre determinada matéria se não haverá sanção com relação à sua decisão. Mais, a questão central abrange também entender se, dentro da discricionariedade como escolha dirigida, a quem compete controlar a higidez desta decisão.

Trilhando as lições de Hart, adota o conceito da derradeira regra de reconhecimento para justificar a ausência de coercibilidade quando se chega ao mais alto grau hierárquico, mas que, novamente, nos faz questionar se os vigias são vigiados. Para Hart, há regras primárias, de ordem prática, que implicam permitir ou não permitir determinadas ações, e regras secundárias, tidas como parasitárias, que dão poder para criar, modificar ou encerrar regras primárias. A correlação entre elas estabelece a legitimidade das obrigações que devem ser seguidas. Nesse sentido, Hart, ainda, faz diferença entre as expressões “obrigação” e “ser obrigado”. Para ele, ser obrigado implica uma relação de poder insuperável na qual a subjetividade de cumpri-la ou deixar de cumpri-la inexistente. Já as obrigações existem independentemente de sua coercibilidade e não há uma presunção de que aquelas determinadas ações sejam realizadas. As pessoas obedecem as obrigações para se adequarem a *standards* sociais cuja aplicação de determinada regra é que essas prescrições sejam seguidas.

Fazendo essas observações, Schauer digressa sobre o comportamento do agente público e esclarece que nem sempre a decisão do agente público se mostra legal e, ao mesmo tempo, não corresponde a um *standard* social. Algumas vezes, essa decisão ilegal se torna aceitável não em razão da prescrição legal que lhe daria amparo, mas do resultado útil positivo daquele determinado ato. A subjetividade do ato, no entanto, não resta despercebida. A sua conclusão é a de que mesmo bons agentes públicos, quando se baseiam apenas em critério abstratos, agem em desacordo com aquilo que deles se espera porque a boa-fé ou a prudência não são, isoladamente, boas justificativas para decidir.

As prescrições legais existem para os funcionários públicos que não são bons, mas também persiste e regulamenta a ação daqueles que são vocacionados e agem de acordo com profundas convicções pessoais e morais. Ambas as situações são indesejadas.

Levando todas essas questões em consideração, temos que a discricionariedade judicial, quando admitida, apenas pode ser definida como a capacidade detida pelo juiz em decidir sobre um determinado caso concreto de acordo com firmes convicções e preferencialmente com base em critérios já conhecidos, complementando o conteúdo de normas vagas, cuja extensão ou profundidade não restou completamente definida em lei ou trazendo conteúdo normativo a normas em branco, que naturalmente dão margem ao juiz para que ele adapte o conteúdo à necessidade concreta.

Nestes casos, a atividade interpretativa envolve um processo intelectual mais complexo para desprender o real significado do Direito do texto escrito e condiz com a margem de liberdade do juiz para, diante do caso *sub judice*, valorar fatos de acordo com critérios gerais. Pode significar também a possibilidade de se adotar diferentes cursos de ação igualmente válidos para solucionar um determinado problema a partir de diretrizes principiológicas. Ambas as soluções são desejadas pelo direito.

Sob essa perspectiva, a sentença é um produto final interpretativo que não se confunde com o método utilizado para realizar a interpretação. Ela não é o dispositivo legal isolado em determinada codificação ou a especificidade de um artigo previsto em lei esparsa. E como produto final interpretativo, combustível que permite se falar em discricionariedade, a norma se traduz no conjunto de textos relacionados a determinado assunto jurídico, bem como de todo arcabouço hermenêutico para que se chegue àquele determinado resultado.

Dentre as teorias de interpretação mais aceitas pela doutrina, conforme esclarece Hermes Zaneti Júnior⁷⁹, destacam-se três: soluções cognitivistas, soluções não-cognitivistas e soluções ecléticas.

⁷⁹ JUNIOR, Hermes Zaneti. O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 146.

No primeiro caso, o método interpretativo escolhido se pauta no texto escrito despido de suas razões históricas. Vale o que a lei expressamente diz, confiando na completude do texto legal, bem como na técnica do legislador em tornar unívocos os conceitos legais que serão utilizados para interpretação. Hermético, há fidelidade da interpretação ao que o legislador escreveu e, portanto, sujeição do julgador ao legislador.

A principal razão dessa teoria está justamente na preocupação de separação dos poderes e na contenção do arbítrio. Como uma bitola, quer que não haja margem para que o juiz, ao interpretar, crie o direito. Retira-o da equação e o coloca em uma posição passiva.

No segundo caso, há o oposto. O texto legal não detém conteúdo por si só. Toda norma é extraída do exercício interpretativo do juiz, o direito é criado a partir da interpretação do magistrado. Dessa conclusão, extrai-se também que a premissa para os não-cognitivistas sempre é a reconstrução do texto legal, dando-lhe, ao menos, duas variáveis.

No entanto, esse poder criativo está limitado pela própria crítica da comunidade jurídica e pelos valores constitucionais abraçados por aquele determinado sistema jurídico. Excluem-se do processo todas as concepções que transitem entre o inaceitável e o claramente equivocado, dando especial relevância para os critérios estabelecidos na jurisprudência.

No terceiro caso, há uma distinção entre os casos apreciados e uma ponderação entre a utilização entre um e outro método interpretativo. Para os casos de fácil solução, ou seja, cuja conduta esteja exatamente prescrita em lei e cujo texto normativo se apresente claro, unívoco e suficiente de maneira isolada, aceita-se a interpretação textual simples. Para os casos de difícil solução, a interpretação da vida à norma, solucionando questões que se mostram indeterminadas, de acordo com o que se espera e exige da jurisdição.

Herbert Hart, ressaltando generalizações, critica a obsessão americana por dar vida à norma, pela construção do precedente como fonte primária do direito,

isto é, por interpretações autênticas⁸⁰ que podem sobrepujar o texto legal promulgado. Hart reconhece que essa dualidade, extremada pela proximidade do observador imerso no sistema, não corresponde, em qualquer das hipóteses, em uma forma isenta para julgar. Tratando particularmente do caso norte americano, o autor esclarece que existe uma simples explicação para que o Tribunal se torne um ente supremo, e ela se resume à adoção do controle difuso de constitucionalidade e à doutrina desenvolvida para interpretar a quinta emenda (e posteriormente a décima quarta emenda) da Constituição estadunidense⁸¹. A partir dessa perspectiva, os Tribunais americanos se veem inundados de valores que se controvertem e, por outro lado, a sua interação com a lei escrita – inclusive para afastá-la mesmo quando o processo legislativo ocorreu de maneira perfeita – pode se apresentar de forma extremada. Os polos dessas formas extremadas foram intitulados de pesadelo e sonho nobre.

O pesadelo se aproxima da solução não cognitivista, ao criticar a atividade judicial que ignora o texto legal existente e os parâmetros que foram fixados por meio do legislativo. Nesta perspectiva, o Judiciário é entendido como uma câmara legislativa porque, de fato, ao aceitar ou rejeitar o produto legislativo, interfere por meio das decisões deliberadamente em um processo de cunho democrático que não lhe pertence. O contra ponto se refere ao fato de que o processo legislativo, como método, politiza o Judiciário quando determinada demanda discute os valores por detrás da norma. Exemplo disso ocorre quando o Judiciário valida (ou não) temas espinhosos, como a autorização de aborto, quando há legislação contrária, ou encampa outros valores ao texto escrito, ampliando o alcance da norma. Tais decisões as vezes ignoram décadas de esforço parlamentar em um ou outro sentido (não autorizar o aborto ou limitar o alcance de determinada norma). Por outro lado, o pesadelo – que reflete o papel do Judiciário nos anos de 1920 a 1940,

⁸⁰ HART, Herbert L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. *Georgia Law Review*, vol. 11, n. , September 1977, pp. 969-970.

⁸¹ “The second was its doctrine that the clause of the fifth amendment, and later fourteenth amendment, providing that no person should be deprived of life, liberty, or property without due process of law, referred not merely to matters of form or procedure but also to the content of legislation, so that, to an English lawyer’s astonishment, even a statute of Congress of impeccable clarity, passed by an overwhelming majority and conforming to all procedural requirements specified in the Constitution, might still be held invalid because it interfered with individual liberty or with property did not satisfy the requirement of a vague undefined standard of reasonableness or desirability, a doctrine which came to be called ‘substantive due process.’” (Ob. p. cit. p. 971).

capitaneado por um movimento chamado *Legal Realism* – se traduz também na resposta às interpretações engessadas, que não se compatibilizam com a realidade⁸².

O sonho nobre, por sua vez, ocupa o outro extremo. Trata-se da concepção de que o juiz deve se ater a lei ou buscar nos textos normativos existentes a linha guia para solucionar determinado caso, mesmo quando a situação específica não goze de regramento próprio. Portanto, se aproxima da solução cognitivista, uma separação total das funções do juiz e do legislador, como se não estivessem (pela prática) interligadas, e ignora que de fato o Judiciário é chamado a intervir em questões politizadas. Ignora, também, que ao lado de regramentos legais que tutelam questões específicas da sociedade, o sistema legal é permeado com princípios gerais e outros valores normativos que não podem ser desconsiderados, além, é claro, de eventual falha legislativa ou desinteresse em tutelar aquela situação específica.

Hart reconhece que essa dualidade extremada, entre a criação e a obediência, na prática se mostra mista. A conclusão do autor, que exige temperança entre esses dois extremos, é a de que o juiz não deve aceitar indistintamente a referência apresentada pelas partes (ou mesmo aquela que inicialmente entende adequada) sem refletir sobre outras questões que permeiam o caso (e a própria referência), bem como que o julgador não deve imprimir, desavisada e silenciosamente, suas próprias concepções a respeito do que a lei deveria alcançar, baseado em seus critérios de justiça e política social ou qualquer outra questão que permeie a aplicação da norma ao caso concreto.

Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. esclarece que existe um mal entendido entre a atividade criadora do magistrado, diante da omissão, e a definição dos conceitos jurídicos, quando inexistentes ou não estão claros na própria lei. Para

⁸² Em resumo, "... what the critics were attacking in this confused way was really not the method by which the court had arrived at their interpretation of any rule of law into a fixed premise, immune from revision and to be used in all further cases of its application. So they denounced, waving the banner of pragmatism, a purely backward-looking style of adjudication according to which particular decisions in particular cases owed their legal justification exclusively to their relation to the predetermined meaning of existing legal rules; and they urged upon judges a forward-looking form of adjudication according to which legal rules are treated as displaceable presumptions or working hypotheses, to be modified or rejected if the predictable consequences of their application in a shifting social context proved unsatisfactory." (Ibid. p. 976)

ele, os conceitos jurídicos não serão produzidos a partir da fundamentação da decisão no particularismo do julgador, pois a conceituação jurídica e sua abrangência é papel da doutrina e não se confunde com a tarefa de interpretação operativa, conceito criado por Luigi Ferrajoli e, mais tarde, tratado por Jerzy Wróblewski, que exprime o ato de subsumir um fato à norma a partir de um acerto de um conceito jurídico. A interpretação operativa e os critérios definidos pelos pares e juristas estabelecem uma relação circular, em que uma não sobrevive sem a outra.

Ao diferenciar essas duas situações, Zaneti retira a opção de escolha do magistrado ao complementar ou redefinir a norma jurídica. Exige que esse processo seja plural, ainda que a decisão parta de uma só pessoa.

Essa não é uma posição isolada e está alinhada com a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy. A partir da proposta do doutrinador tem-se a decisão judicial como ato de conhecimento racionalmente fundado, oriundo de um processo que se pretende universal, para além da figura do juiz⁸³. Além disso, as demais instâncias também têm o seu papel, seja enquanto revisoras, seja pela prolação de sentenças em casos semelhantes, de tal modo que a decisão pode ser a síntese de todo o processo argumentativo.

A possível discricionariedade, portanto, reside nesta zona cinzenta, às vezes artificialmente criada para assegurar que o juiz, mesmo premido dos melhores valores, de acordo com a sua concepção, se atenha aos valores legislativos que foram encampados no processo democrático de criação da norma, e se socorra de outros elementos, como os precedentes. Somente dessa forma o processo decisório ganha previsibilidade, segurança jurídica.

Nesse aspecto, o juiz se assemelha aos demais agentes da administração pública direta e indireta, pois é investido de poderes para, nos termos da lei e toda vez que é invocado, exercer uma função principal específica, a jurisdicional, com determinada liberdade de criação, em situações bastante excepcionais e por meio de um amplo exercício argumentativo.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 259.

Retomando novamente Luís Roberto Barroso e reforçando uma ideia que já se encontra clara neste trabalho, haverá, sim, discricionariedade nos casos em que, diante de conceitos vagos, a realidade demandar escolhas por parte do juiz. Eduardo Arruda Alvim, a seu turno, entende que para exercer essa liberdade há de se discernir a discricionariedade enquanto instituto (possibilidade legal de adoção de medidas conforme juízo de oportunidade e conveniência) de uma discricionariedade "imprópria", que consiste apenas em valoração de uma norma por parte do magistrado.

Respeitosamente, discordamos, pois entendemos que, muito diferente do ato de valorar uma norma e lhe atribuir conteúdo jurídico a partir de critérios homogêneos, está a possibilidade de assumir o protagonismo criador, que não só complementa o ordenamento, mas eventualmente atribui conceito jurídico diferente daquele que originalmente foi positivado pelo legislador. De todo modo, o processualista afirma que a discricionariedade do juiz aumenta conforme a imprecisão da lei, haja visto que é concedido, nesses casos, maior margem interpretativa nas decisões, o que acaba por retornar ao critério de indefinição e à possibilidade de escolha dirigida.

Como se percebe, a discricionariedade judicial ou liberdade para decidir conceitos indeterminados está diretamente ligada ao princípio da legalidade (assim como a discricionariedade administrativa) e, também a partir de uma relevante perspectiva histórica, a fundamentação da decisão judicial.

Com o positivismo inaugurado pelo Código Civil de Napoleão e a Escola da Exegese já acima destacados, surge uma tradição de juristas dedicados ao tema. Dentre eles, destacou-se o austríaco Hans Kelsen, cuja maior preocupação consistia na criação de uma ciência do Direito, uma "teoria pura" (*Rechtslehre*) com a separação de valores éticos e morais da esfera jurídica. Na sua concepção, a ciência jurídica requer um objeto independente e autônomo, avesso a elementos estranhos. Dessa forma, a validade da norma não decorre de seu conteúdo, mas tão somente da sua promulgação por autoridade competente - e o Direito seria, nessa leitura, um sistema formal de normas conectadas entre si.

É somente na 2ª edição de Teoria Pura do Direito, já no início da década de 60, que Kelsen aborda a questão interpretativa propriamente dita. Para ele, existem dois tipos de interpretação: a autêntica, realizada pelos doutrinadores; e a científica, feita pelos juízes e, segundo o jurista, única espécie válida. O que determina a validade de uma decisão judicial - processo que a extensão da criação jurídica, segundo Kelsen - é a sua prolação por autoridade competente. De tal modo, verifica-se que o ato de interpretar estaria no campo político do juiz e alheio ao Direito.

Segundo Kelsen, o que valida uma norma é uma outra norma hierarquicamente superior. A decisão judicial, a aplicação de uma ou mais normas ao caso concreto, encontra sua validação nas normas superiores, assim sendo até se chegar na chamada "norma hipotética fundamental". Para o jurista austríaco, o que permite apontar a existência de tal norma é a eficácia do ordenamento, ligada a noções de confiança, aceitação e previsibilidade. Daí se tem que decisões judiciais são tão mais legítimas quanto menos são reformadas.

Já Hart reputa como necessária a aceitação das normas jurídicas pela comunidade, pois: "É verdade, como já temos acentuado na discussão da necessidade de sanções e da possibilidade respectiva, que, para um sistema de regras ser imposto pela força sobre quaisquer pessoas, deve haver um número suficiente que o aceite voluntariamente. Sem a cooperação voluntária deles, assim criando autoridade, o poder coercitivo do Direito e do governo não pode estabelecer-se."⁸⁴

A bem da verdade, Anthony Townsend Kronman, ao analisar a obra acima citada, esclarece que essa aceitação descrita na obra de Hart não é necessariamente uma opção. As distinções entre sanções morais e legais, ou seja, aquelas somente podem se impor por meio da crítica social, enquanto estas serão impostas primeiro pelo ameaça (ou coerção) e depois pela própria força⁸⁵. Essa concepção, por si só, afasta a ideia simples de que o sistema legal precisa

⁸⁴ HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Tradução A. Riberiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 217.

⁸⁵ Kronman, Anthony Townsend. Hart, Austin, and the Concept of Legal Sanctions. Yale: Yale Law Journal, v. 54, 1975, p. 598.

ser aceito para ser imposto⁸⁶, ainda que entendamos que a sua legitimidade adira à aceitação e ao respeito aos processos democráticos.

Independentemente desse esforço para distinguir entre sanções morais e legais calcadas na lei, após o final da Segunda Guerra Mundial ocorreram consideráveis mudanças nas ciências jurídicas como um todo e o purismo positivista é deixado de lado para, novamente, dar vazão a uma leitura do Direito a partir da ótica da moral e da ética.

Ronald Dworkin, em artigo que posteriormente foi publicado como capítulo de sua célebre obra *Levando os Direitos a Sério*, critica a postura discricionária do juiz em decidir casos não previstos em lei pela criação de novo direito. Segundo o autor, a tarefa natural do juiz não envolve a criação legislativa, mas o descobrimento - mesmo nos *hard cases* - do direito aplicável às partes. Segundo Dworkin, o Judiciário deve se adstringir aos argumentos de princípios, que consistem no respeito à garantia do individual ou coletivo⁸⁷.

Com efeito, para que uma decisão judicial pretenda-se ser revestida de validade, é imperativo que o órgão que a profira fundamente-a da maneira correta. Para tal, necessita-se que a decisão esteja em harmonia com ordenamento jurídico posto e, além disso, com as regras racionais. Também se faz necessário que a fundamentação se baseie em razões claras e objetivas, distantes das opções pessoais do julgador e que sejam inteligíveis por toda a comunidade - podendo, inclusive, serem replicadas em casos semelhantes.

É possível, através dos critérios supra, estabelecer a existência – dentro da teoria da argumentação jurídica – de ao menos quatro regras argumentativas: a fundamentação deve ser clara para todos que participam do processo; o juiz deve, necessariamente, confrontar os argumentos das partes que são incompatíveis com a decisão; ao reformar uma decisão de instância inferior, o juízo superior tem

⁸⁶ “where the rules of a particular system of conduct are enforced by the application of physical sanctions, that system will be a *legal* system insofar as, and to the extent that, with respect to the conduct it regulates no other or independent set of rules is effectively enforced in a similar manner. Or, put negatively, a particular set of rules is not a legal system if it is unable to punish breaches with physical sanctions.” (ob. p. cit., p. 599)

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-203.

a obrigação de enfrentar os argumentos apresentados pela instância inferior; e, por último, os argumentos utilizados nas decisões devem apresentar coerência com aqueles utilizados em decisões de casos semelhantes⁸⁸.

A tradição constitucional brasileira coloca a fundamentação no centro da legitimação da decisão judicial e a aplicação das normas jurídicas aprovadas e outorgadas pelos representantes democráticos do povo confere legitimidade ao juiz. Em igual medida, ao garantir que as partes possam exercer a ampla defesa e o contraditório ("*due process of law*"), legitima-se o processo e o seu resultado. Mister ressaltar, contudo, que a fundamentação é apenas um passo em direção à legitimidade, pois a fundamentação deve estar alinhada com todos os seus requisitos legais (conforme desenvolvido no capítulo 4 deste trabalho).

Mesmo diante da permissão da discricionariedade por omissão legislativa (proposital ou por emprego de má técnica), o socorro à interpretação da norma é tarefa irreduzível para legitimar a decisão. O método interpretativo que corresponde à evolução histórica da fundamentação (do Estado Legal ao processo constitucional) exige comprometimento do magistrado nos exatos limites (e diretrizes) de suas funções, mirando a construção de um paradigma duradouro e que a norma concreta reflita a discussão jurídica feita pelas partes e considere a perspectiva jurídica de seus pares.

Compreender a decisão judicial como simples ato de vontade circunscrito no âmbito discricionário do juiz seria, no mínimo, equivocado. O processo argumentativo do qual resulta uma determinada decisão é um fenômeno dialético e aberto, já que as decisões de hoje podem (e quando necessária devem) ser revisadas.

O ato de interpretar consiste em atribuir um determinado significado a um elemento. Normalmente, ocorre uma espécie de ambiguidade no âmbito da doutrina, uma vez que a expressão é usada de maneira indiscriminada para se referir ao ato e também aos resultados que dele advêm; uma acepção se refere à

⁸⁸ Curiosamente, esses requisitos parecem estar encampados na legislação processual. Essa conclusão é feita a partir do conteúdo do item 4.3 deste trabalho, que versa sobre os elementos essenciais da decisão judicial.

atribuição de significado enquanto outra cuida do resultado dessa atividade - que seria a norma jurídica, por exemplo.

Uma análise mais profunda da história da cultura jurídica moderna mostra que, ao longo dos anos, seja em países do *common law* ou do *civil law*, há movimentos sistólicos e diastólicos entre as concepções formalistas e antiformalistas⁸⁹. Essa discussão, vale dizer, influi diretamente na forma como o Direito é aplicado nas cortes e até mesmo como se enxerga a figura do juiz no ordenamento jurídico. O Brasil não fugiu à regra.

A teoria formalista, em sua gênese, surgiu em momentos de Revolução Francesa, onde a maior preocupação era com a fundação do próprio Estado de Direito em si, com todos os valores que a ele são inerentes (tópico acima explorado). Independente de quaisquer críticas contemporâneas, é notável a preocupação dos teóricos da época em barrar a arbitrariedade. Com isso, tendo em mente a segurança jurídica, mostra-se coerente a tentativa de impedir que os juízes de então interpretassem a lei a seu bel-prazer, propondo que a lei em si já continha um significado a ser somente "revelado" pelo intérprete.

Atualmente, tal postura (rigidamente sustentada) não se adequa à realidade, vez que essa teoria exige da norma uma completude que é infactível. A ambiguidade de textos normativos terá como consequência lógica a possibilidade de se chegar a distintas interpretações. Mais do que isso, como resultado de um processo constitucional, exige-se que o juiz cada vez mais complemente a norma para alcançar resultados desejados (leia-se, substancialmente justos), e ao mesmo tempo tenha de lidar com valores de natureza distinta.

De modo antagônico, a tese antiformalista, que conferia amplos poderes criativos ao juiz no que se refere à atividade interpretativa pode ser interpretada como canal amplo para o abuso. Ainda que se admita o fato de que a linguagem não pode ter a pretensão de restringir escolhas (palavras podem significar coisas

⁸⁹ As diferenças entre os sistemas e a sua aproximação são tratados no capítulo 3 deste trabalho. Neste momento, há apenas esclarecimentos iniciais com foco na atividade do juiz, não como método, mas como exigência do sistema contemporâneo para se alcançar estabilidade e a natural dificuldade diante da complexidade crescente do ordenamento jurídico.

diferentes por questão de local ou época), uma das críticas feitas a essa concepção é que não se pode conceber tal margem para interpretação.

Portanto, a questão chave é identificar qual seria o papel adequado do intérprete no Estado Constitucional contemporâneo, de um processo constitucional. Daniel Mitidiero⁹⁰ salienta que, na passagem de Estado Legislativo para Constitucional, deixou-se de encarar os princípios como apenas fundamentos de normas (e não normas em si mesmos), postura tipicamente formalista. Na contemporaneidade, alguns autores como Humberto Ávila⁹¹ apontam a existência de outras normas cogentes, atribuindo maior papel aos princípios e aos postulados.

No paradigma do Estado Constitucional, deve-se ter em mente que atividade do intérprete envolve escolhas, uma vez que há uma diferença entre o enunciado normativo e a norma propriamente dita, sendo o processo de interpretação o responsável por transformar aquele neste. Reconhecer a existência de escolhas adotadas pelo intérprete não contraria, mas reafirma a imperatividade das justificações de decisões judiciais - tanto do ponto de vista lógico-argumentativo (interno) quanto do ponto de vista das premissas normativas (externo).

Partindo da premissa que a interpretação "completa" a norma, é plausível afirmar que o processo legislativo em si (ao contrário do que pensavam os criadores do Código Napoleônico) não é conclusivo. Com isso, a justificação surge como dupla resposta aos principais objetivos do processo civil no Estado Constitucional: promover um discurso lógico para aplicação de normas ao caso concreto; e a formação de uma ordem jurídica aplicável a toda sociedade. É a justiça dos particulares e a da sociedade; para esta, cumpre mencionar a figura dos precedentes, vez que uma das preocupações maiores do direito contemporâneo é a igualdade, julgando casos semelhantes de maneira parecida.

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 13-14.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 85.

Como bem estabelece o art. 3º da Constituição Federal brasileira, a igualdade é um dos princípios estruturantes da República Federativa Brasileira. Trata-se de um fim em si mesmo a aplicação das normas de maneira igualitária. Considerando que o intérprete reconstrói o sentido da norma, a finalidade das normas só se concretizará plenamente após a interpretação judicial. Isso significa dizer que, com a utilização dos precedentes, tem-se a tentativa de promover a igualdade entre os sujeitos tratando o maior número de situações jurídicas semelhantes de maneira igual, solidificando uma ordem jurídica isonômica.

Considerando que interpretar consiste necessariamente em fazer escolhas, a justificação da decisão ganha destaque como limitador da discricionariedade interpretativa do juiz. Aplicar o Direito implica concretizar enunciados previamente abstratos, como ora se falou, contribuindo para torná-lo mais previsível e seguro. Mas não é só.

A segurança jurídica, por seu turno, envolve quatro aspectos, a saber: a existência de "núcleos de significação" dos enunciados, trazidos à tona pelas decisões; confiabilidade no Direito; previsibilidade das atribuições e interpretações; e uma efetiva realização dos direitos por meio das decisões judiciais, que se repetem. A utilização dos precedentes traduz-se, pois, como garantia da segurança jurídica, evitando alterações arbitrárias no padrão decisório das cortes ou de magistrados.

Na perspectiva do processo constitucional, no entanto, a investidura do Poder pressupõe que o Poder investido cumpra as funções objetivas e princípios que lhe são apresentados. Favorecem a obediência de seus deveres, a inércia da Jurisdição e o apego irrestrito aos valores da Constituição Federal. A decisão, com base nisso, nunca é arbitrária, ainda que até possa ser retificadora do próprio sistema legal, pois o trabalho de completude da norma abstrata é tarefa residual, cabível nestas zonas de penumbra, e que não se justifica de maneira isolada, pois a decisão de *hard cases* ou que versem sobre conceitos legais dúbios, inexistentes ou propositalmente abertos, exige consistência e coerência.

Um sistema baseado apenas na norma escrita está em desacordo com a expectativa e diretrizes do próprio Estado. Um sistema jurídico que não promova

um acertamento entre a verdade e o direito, entre o direito e os princípios adotados pelo Estado, entre os princípios adotados pelo Estado e a realidade, não alcança a sua função e razão de existir.

Essa inquietante desarmonia entre o que se espera do direito e o direito efetivamente praticado fez surgir diversas teorias de argumentação. Ainda que mais voltadas ao âmbito filosófico do direito, preocupam-se, na prática, com a limitação da discricionariedade ou, melhor dizendo, com a racionalização da decisão judicial sobre os *hard cases* e também são citadas como suporte à construção de um sistema de precedentes (aplicabilidade da técnica do *stare decisis*)⁹². Essa é a digressão seguinte a qual ora propomos.

2.2.3.1 Ainda algumas considerações sobre a teoria da argumentação como limite à discricionariedade⁹³

O processo democrático, como esclarecido durante este capítulo, é um fenômeno de representatividade que, necessariamente, inclui na pauta do discurso jurídico do Poder Judiciário a necessidade de dialogar, coerentemente, com a sociedade e, especialmente, com os jurisdicionados. Isso significa que a partir da releitura do papel do juiz obrigatoriamente surge a discussão se o ato de decidir segue ou não parâmetros pré-estabelecidos ou pode seguir exclusivamente critérios subjetivos e pessoais, pautados, evidentemente, na lei, no bom senso e no seu convencimento motivado, tarefa que no mais das vezes se mostra complexa⁹⁴.

⁹² O tema será abordado com a profundidade adequada no capítulo 3.

⁹³ Fez-se necessário abordar, em breves considerações, a teoria da argumentação como método de fundamentação da decisão porque intrinsecamente ligado aos questionamentos feitas na digressão anterior quanto à segurança jurídica. Ao reler o papel do juiz, dando-lhe uma dimensão democrática e constitucional, duas questões iniciais são imediatamente trazidas: limites para o juiz e técnica para decisão. Portanto, a teoria da argumentação faz parte da coerência deste capítulo sem, contudo, que faça parte do objeto de estudo aprofundado desta dissertação, que é “o sistema de precedentes brasileiro à luz da fundamentação da decisão tal qual estabelecida no art. 489, § 1º, do CPC”. Pretende-se, apenas, contextualizar duas das suas consequências diretas do processo democrático. Há, todavia, de se prestar esclarecimentos adicionais.

⁹⁴ A esse respeito, Tercio Sampaio Ferraz, fazendo alusão à obra de Schoenberg, *Moses und Aron*, na qual digladiam-se a razão (divina) e a emoção (humana), esclarece que “Enquanto aquela [razão], porém, exerce sua função ao isolar o direito num sistema racional, o saber interpretativo

Esse debate foi bastante analisado por Ricardo Lorenzetti, para o qual a coerência exigida nos fundamentos contidos na decisão judicial não surge da lei, como um critério prévio, mas da interpretação da lei contida na decisão e da problematização prática do seu resultado. Assim ocorrendo, “O problema muda de campo de investigação, já que não se trata de descobrir a verdade (contexto do descobrimento), senão de controlar a verdade das proposições (contexto de justificação)”⁹⁵.

A mudança do campo de investigação supera, em parte, a discussão entre formalistas e não formalistas e passa à discussão dos métodos pelos quais a argumentação se tornaria válida.

O primeiro método analisado é o dedutivo, que consiste em identificar o conjunto de premissas jurídicas normativas, delimitar as premissas fáticas juridicamente relevantes e deduzir, a partir da análise desses dois conjuntos de premissas, a síntese (resultado, a decisão). Quanto ao primeiro conjunto de premissas do método dedutivo, parte-se de normas hermenêuticas e da teoria dogmática já bastante sedimentadas⁹⁶: interpretação gramatical, lógica e

conforma o *sentido* do comportamento social sensível à luz da incidência normativa. Ela cria assim condições para a decisão. Contudo, não diz como deve ocorrer a decisão, sempre sujeita às ingerências da emoção. Mas isso também pode significar que a interpretação jurídica, ao fim e ao cabo, não consegue realizar seu propósito: obtenção de um sentido racionalmente (ou razoavelmente) generalizável” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação jurídica: interpretação que comunica ou comunicação que se interpreta?* in Vilém Flusser e Juristas. *Comemoração dos 25 anos do grupo de estudos de Paulo de Barros Carvalho*. Coordenação Florence Haret e Jerson Carneiro. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 23). Ao não ser possível generalizar universalmente esses conceitos jurídicos, o autor esclarece que a interpretação é um ato de tradução (de uma linguagem, a lei, para outra, a decisão). Para que a tradução seja perfeita, há a necessidade que entre a linguagem traduzida e aquele que a traduz exista uma coincidência a ponto de se obter uma “tradução fiel”. Quando essa coincidência não ocorre, o que há é uma tradução livre.

⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

⁹⁶ Como qualquer método de classificação jurídica, as premissas para catalogação do objeto de estudo podem ser fixadas de diferentes maneiras. No caso da interpretação, é possível que o foco do estudo seja o agente, a natureza da interpretação ou sua extensão. Quanto aos sistemas interpretativos, Rubens Limongi França (*Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 24-35) os divide em três: (1) dogmático, exegético ou jurídico-tradicional, (2) histórico-evolutivo e (3) da livre pesquisa ou livre criação do direito. No primeiro caso, destaca-se a abordagem exegética e legalista. Parte da premissa de que a lei é clara e que seus termos correspondem às diretrizes legislativas (em uma vertente mais extremada), mas que casos duvidosos devem seguir a interpretação sistemática e consulta das fontes utilizadas pelo próprio legislador (vertente moderada). No segundo caso, a interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática deve ocorrer em todos os níveis, sempre em conjunto. Na terceira hipótese, há a

sistêmica do dispositivo de lei, bem como da interpretação sociológica, histórica e evolutiva dos institutos jurídicos. Quanto à segunda premissa do método dedutivo, consideram-se apenas os fatos juridicamente relevantes (e efetivamente provados nos autos ou considerados à luz dos ônus probatórios inerentes ao sistema jurídico em questão). O resultado é o que o doutrinador chamou de juízo de qualificação.

Ainda segundo Lorenzetti, o método dedutivo depende de que o texto legal seja dotado de clareza suficiente e neutralidade moral, antagonizando, evidentemente, com a realidade de leis ambíguas ou a própria opção legislativa por cláusulas gerais abertas. Quando a linguagem normativa não é clara o suficiente, seja porque o legislador falhou ou porque propositalmente assim o quis, o método dedutivo puro e simples resta inadequado.

Todavia, no que se refere à ambiguidade ou vagueza proposital das cláusulas gerais, o doutrinador destaca que se trata de um resultado desejado e não se trata da introdução de norma principiológica, mas da normatização de situações jurídicas complexas que, para se tornarem adequadas, demandam conceitos jurídicos indeterminados. A abertura interpretativa da norma, a evitar o seu anciloseamento⁹⁷, corresponde a adaptações históricas (crônicas) e valorativas (sincrônicas), as quais promovem, respectivamente, adaptação de conceitos simultaneamente à evolução da sociedade ou a consideração de diversas concepções a respeito daquele conteúdo abstrato normatizado (necessidade de harmonizar pontos de vista diferentes).

Ao promover o juízo de qualificação, Lorenzetti afirma que há a “materialização de critérios de justiça” a qual só ocorre por meio da utilização de critérios já definidos no sistema jurídico (como paradigmas⁹⁸) e a conciliação com

consideração histórica-evolutiva, mas consideram-se, também, outras fontes do direito, criando algo novo.

⁹⁷ O conceito de anciloseamento corresponde ao envelhecimento da norma e a sua descontextualização com a realidade. Sistemas fechados tendem a se tornar inadequados rapidamente porque, a partir das alterações sociais, os valores antes percebidos para a criação da norma podem ser alterados de forma substancial pela sociedade e, portanto, tornam-na inadequada à nova realidade.

⁹⁸ Os paradigmas serão tratados no próximo capítulo e se referem aos precedentes ou ao histórico das decisões proferidas nos Tribunais.

critérios subjetivos e conceitos de suporte (definições feitas por outras ciências, que não a jurídica).

Esse processo dedutivo que considera todas as particularidades se denomina, em uma perspectiva positiva, dogmática dúctil ou fluida. Do ponto de vista negativo, essa flexibilidade abre margem à arbitrariedade, pois a decisão é proferida dentro de um conceito, que foi definido no item anterior, especificamente sobre a discricionariedade judicial.

Bianor Arruda Bezerra Neto, ao tratar da fundamentação e da adequação do juízo de qualificação, esclarece que fundamentar não é sinônimo de justificar⁹⁹. Fundamentar, para o autor, é entrelaçar a linguagem descritiva (verdadeiro/não verdadeiro) e a linguagem prescritiva (válido/inválido) como forma de harmonização desses diferentes interesses sociais e das partes¹⁰⁰. Especialmente no campo da linguagem prescritiva, exige-se que os sistemas de referências sejam bem identificados, justamente para que seja possível o controle próprio (interno e externo) da fundamentação e para que a decisão se apresente justa. Como critério inerente à fundamentação, Bezerra Neto entende que a justificativa compreenderá a descrição de todos os pontos relevantes, detalhamento da causa de pedir, pedidos e provas, além da descrição do porquê determinados elementos foram desconsiderados, argumentação sobre a qualificação jurídica dos fatos,

⁹⁹ Essa diferenciação estaria, inclusive, presente no texto legal do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o art. 489, II, do CPC estabelece que os fundamentos em que o juiz resolve as questões principais são elementos essenciais da sentença e o inciso III do §1º do art. 489 estabelece que não será considerada fundamentada a decisão que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão”.

¹⁰⁰ “Dessa forma, assim como os advogados buscam convencer o magistrado acerca do acolhimento que a pretensão ou a resistência apresentada merece, também o juiz, em sua decisão judicial, ao argumentar, não somente busca por dever de ofício, mas deve convencer as partes e seus advogados da verdade/falsidade das proposições formuladas em linguagem descritiva, bem assim da validade/invalidade das proposições formuladas em linguagem prescritiva. Em outras palavras, em sua justificação, o magistrado tem o dever de argumentar para convencer as partes e seus advogados, bem como a sociedade em geral, acerca da correção dos juízos que realizou e que o levaram ao fato jurídico, que é o núcleo da decisão judicial. Essa necessidade de convencimento é dita inerente à atividade judicial, porque o juiz somente tem legitimidade para exercer o poder jurisdicional, interferindo na realidade social, se as suas ações forem todas lastreadas nos critérios constantes nos princípios e regras do direito, desde a Constituição até o mais simples ato normativo administrativo aplicável, permitindo não somente aos interesses realizar o controle de suas conclusões, através dos meios processuais próprios (recursos, ações etc.), mas à própria sociedade, que tem afadade de acompanhar o exercício da função pública que desempenha.” (BEZERRA NETO, Bianor Arruda. O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Editora Noeses, 2018, p. 252)

expor e justificar os precedentes e outros paradigmas. Todas essas particularidades, aliás, que estão positivadas no art. 489 do Código de Processo Civil. Esses elementos são exatamente aqueles que pressupõem a materialização da justiça e que compõem o processo de dogmática dúctil, defendido por Lorenzetti.

Outrossim, a materialização dos critérios de justiça por meio do processo de dogmática dúctil é absolutamente necessária para lidar com disposições normativas que se mostrem injustas. A lei injusta, segundo o autor, diz respeito à norma formalmente válida, mas que desobedece a direitos humanos positivados¹⁰¹. Sobre a lei injusta, Gustav Rodbuch, citado por Lorenzetti, desenvolve a teoria de que a lei deve ser interpretada como um *standard* do ser humano maduro, dotado de raciocínio prático e obedecidas diretrizes como o controle da lei pelas normas dos direitos das gentes¹⁰².

Surgem, a partir da digressão sobre o método dedutivo, teorias argumentativas as quais se baseiam na perspectiva de que o juiz exerce um juízo de prudência, e não especulação. E prudência se desenvolve a partir de um raciocínio argumentativo e na existência de experiência prévia acumulada ou na capacidade de persuadir um auditório universal por meio de um discurso.

Sem a pretensão de exaurir o tema em razão do objeto de estudo específico deste trabalho, cumpre destacar as principais teorias da argumentação e de que maneira elas problematizaram e resolveram a questão inerente à decisão judicial (coerência e higidez).

¹⁰¹ O autor reconhece a excepcionalidade da lei injusta e estabelece critérios para a sua identificação. Dentre eles, encontram-se o controle moral, o direito natural e o controle do direito das gentes. Todavia, opta por atribuir a ilegalidade à norma de reconhecimento e diz que há os casos em que o aplicador não se afasta da lei, mas sim de sua interpretação literal. “Nesse sentido, a Corte Suprema assinala que, excepcionalmente, pode existir um afastamento da interpretação literal quando ela conduz a resultados ‘tão razoáveis que não seria justo atribuí-la à intenção do Congresso’, ‘para aplicar a norma com autêntico sentido de justiça e retro juízo prudencial nos casos concretos’, quando a expressão literal apresenta imperfeições técnicas, que se contradizem com o espírito da lei vinculada a preceitos constitucionais que devem prevalecer.” (Ob. p. cit. p.176)

¹⁰² “trata-se de um corpo de normas fundadas em decisões de tribunais nacionais, tratados internacionais, direito consuetudinário, opiniões de juristas, que constituem uma ordem comum nas nações civilizadas. Trata-se de uma antiga tradição valorada pelos mais antigos e importantes juristas da tradição anglo-saxônica e ibero-americana. O direito das gentes é claro em seus efeitos, já que se reconhece o seu caráter imperativo (*jus cogens*), mas o seu conteúdo é ainda impreciso nas atuais condições do processo jurídico.” (Ibid. p. 175)

Partindo da premissa acima, o primeiro destaque se faz para Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, para os quais se defende algo que denominam como nova retórica, distinguindo (tal qual estabelecido em bases aristotélicas) o raciocínio analítico, individual, e o raciocínio dialético, participativo. Os doutrinadores entendem que é preciso persuadir e convencer de maneira fluida¹⁰³. Em breve resumo, as técnicas argumentativas – e que devem ser consideradas neste caso pelos julgadores – se formam a partir de dois grandes pontos de partida: a estrutura do argumento em si e os efeitos que essa estrutura causa naqueles que recebem a informação, sempre buscando a validação do argumento pelo o auditório. Importante notar que a validação do argumento pelo auditório constitui fase essencial do processo porque, quando este ocorre calado, no particularismo do indivíduo, há o desprezo por todas as etapas necessárias ao convencimento, uma simplificação que ignora o processo dialético e não serve como justificativa¹⁰⁴.

Jürgen Habermas, por sua vez, desenvolve a teoria consensual da verdade, na qual promove uma conciliação entre a sua teoria consensual, a qual considera verdadeiro apenas aquilo que é tido como consenso entre todos interlocutores de determinado assunto, e as teorias clássicas da verdade, que exigem a materialização das proposições em fatos. Em resumo, um fato será verdadeiro não apenas a partir da sua materialização, mas especialmente a partir de como aquele fato materializado é comunicado e aceito por todos os

¹⁰³ “A obrigação, para o orador, de adaptar-se ao seu auditório e a limitação deste à multidão incompetente, incapaz de compreender um raciocínio ordenado e cuja atenção está à mercê da menor distração, levaram não só ao descrédito da retórica, mas introduziram na teoria do discurso regras gerais cuja validade parece, entretanto, limitada a casos específicos. Não vemos, por exemplo, por que, em princípio, a utilização de uma argumentação técnica agastaria da retórica e da dialética. Há apenas uma regra a esse respeito, que é a adaptação do discurso ao auditório, seja ele qual for: o fundo e a forma de certos argumentos, apropriados a certas circunstâncias, podem parecer ridículos noutras [...] A extensão do auditório condiciona em certa medida os processos argumentativos, e isso independente das considerações relativas aos acordos nos quais nos baseamos e que diferem conforme os auditórios.” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação. A nova retórica. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 28-29)

¹⁰⁴ “Do mesmo modo que não se confere uma importância igual aos argumentos desenvolvidos em sessão pública e àqueles que são apresentados em sessão secreta, também o segredo da deliberação íntima parece penhor da sinceridade e do valor desta última. Assim Chaignet, na última obra em língua francesa a considerar a retórica uma técnica da persuasão, opõe esta à convicção nos seguintes termos: ‘Quando somos convencidos, somos vencidos apenas para nós mesmos, pelas nossas idéias. Quando somos persuadidos, sempre o somos por outrem.’ (Ibid. p. 45-46).

interlocutores. Novamente, existe uma ideia de pluralidade que exige não só a comunicação, mas que o comunicado seja fruto de uma percepção dialógica. Portanto, a decisão válida é aquela que atinge o conceito de verdade comum às partes por meio da interação entre os sujeitos processuais.

Niklas Luhmann, opositor de Habermas no que se refere à teoria consensual da verdade, desenvolve a teoria dos sistemas, da qual se extrai que quanto maior o número de elementos que pertencem a determinado sistema, maior será a complexidade desse sistema e mais numerosas as opções válidas que podem ser tomadas a partir dele. A complexidade do sistema é estabelecida por ele próprio (o qual acaba se dividindo em grupos e subgrupos) e não se relaciona a agentes externos, como o intérprete. Caso o sistema não se adapte aos diferentes estímulos da complexidade por si criados, ele se torna inadequado e, por outro lado, quando não se torna inadequado, promove por si só as devidas alterações.

Sendo assim, a solução do problema que envolve a teoria habermasiana sob a perspectiva da Luhmann não considera o discurso argumentativo como solução para o problema, inclusive porque, sob o viés da teoria dos sistemas, o que Lorenzetti chama de juízo de qualificação é resolvido pela teoria dos sistemas sem a necessidade da construção de um ambiente ideal (exigência para se alcançar a decisão justa)¹⁰⁵.

Para Robert Alexy, a higidez da argumentação reside nas máximas de proporcionalidade, rainha dos princípios jurídicos e linha mestra da universalidade para adequação de mandamentos de otimização e coerência. Segundo o autor, a fundamentação da decisão judicial deve apresentar uma norma universal seguida de outras proposições. Para casos fáceis, isto é suficiente. Para os difíceis, nem

¹⁰⁵ Essa afirmação é feita por Robert Alexy em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, cuja conclusão (a partir das análises de Luhmann é a de que “Nessa objeção geral à importância das questões tradicionais relativas à verdade, à possibilidade de fundamentação e à justiça nas sociedades modernas é que se baseia a afirmação de que as discussões podem ser mais adequadamente entendidas por meio da aproximação à teoria dos sistemas do que por meio da teoria do discurso. Uma aproximação à teoria dos sistemas não se detém na exigência de condições ideais, mas pode trabalhar sobre as limitações de qualquer sistema discursivo e mostrar as possibilidades de aumentar sua utilidade mediante organizações alternativas de discurso.” (*Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 126)

sempre. A solução de Alexy é a racionalização da decisão e, a partir daí, desenvolve a sua teoria da argumentação sob o viés da justificativa interna e externa.

A justificativa interna não parte da exatidão de premissas em um processo dedutivo (se verdadeiras ou não), mas na construção de premissas para que a norma concreta esteja cada vez mais embrenhada nos conceitos abstratos da norma. Trata-se da estrutura formal da decisão judicial que não considera necessariamente o processo dialógico, mas que se pauta no processo de justificação da norma concreta¹⁰⁶.

A justificativa externa, por sua vez, é a fundamentação das premissas utilizadas na justificativa interna a partir de métodos específicos, a depender da premissa utilizada¹⁰⁷. Trata-se de um exercício no qual se interpreta a norma tida como válida, mas também se analisa a validade da própria norma por meio de seis regras: interpretação, argumentação dogmática, precedentes, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos. Ao final da análise, a justificativa externa é capaz de estabelecer (ou não) uma correlação entre todas essas regras e o caso prático tratado pelo juiz.

Especificamente no que se refere à regra de precedentes, Alexy defende que se trata da aplicação do princípio da universalidade para que casos semelhantes tenham desfecho também semelhantes. A similaridade que pretende se trata da identidade de circunstâncias relevantes. Haverá potencial problema quando diante das mesmas circunstância o processo de valoração dessas circunstâncias seja diferente. No entanto, a partir da carga de argumentação,

¹⁰⁶ “Com isso, também se torna claro que as formas da justificação interna não pretendem produzir o curso das deliberações efetuadas de fato pelos órgãos decisórios. Deve-se distinguir entre o processo de descobrimento (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*). Como descrição do processo de descobrimento pode-se utilizar o modelo elaborado por Kriele de descoberta e comprovação de hipóteses de normas. Aqui só interessa que as deliberações do aplicador ou dos aplicadores devem levar a uma justificação que corresponda às formas assinaladas. Por isso, evidente está que as exigências do processo de justificação repercutem no processo de descobrimento.” (Ob. p. cit. p. . cit. p. 221)

¹⁰⁷ Nas palavras do autor, são três espécies de premissas que demandam abordagens diferentes: regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não se enquadram em qualquer das duas primeiras premissas. A argumentação jurídica seria possível apenas na terceira premissa, quando não houver enunciados empíricos ou regras positivadas.

especialmente focada na dogmática¹⁰⁸, é que a decisão contrária ao precedente poderá se justificar e se tornar aceitável.

Ronald Dworkin, partindo da premissa de que o intérprete adiciona conteúdo à norma quando a traduz, adiciona às questões de fato e de direito os aspectos interligados de política e fidelidade. Essas questões acabam por refletir na interpretação do direito. No mais das vezes entre os juristas não há divergência quanto ao significado da palavra (questão empírica). Diverge-se, justamente, sobre os fundamentos do Direito, as teias normativas que respaldam as palavras analisadas no texto de lei. O problema, portanto, é mais profundo porque trata do fato de que os operadores do direito e aqueles que são julgados não têm necessariamente a mesma perspectiva de direito¹⁰⁹.

Parece-nos que a conclusão de Dworkin a respeito da divergência de perspectiva é verdadeira e talvez um dos maiores entreves à estabilização do sistema por meios hermenêuticos ou mesmo a partir da adoção de uma teoria da argumentação, a qual, como se tem defendido até então, exige a repetição como elemento de estabilidade ou a aceitação por parte de uma audiência universal.

Todas essas teorias se propõem a legitimar o processo decisório, adicionando conteúdo e coerência ao ato de decidir. Na prática, entre pontos fortes e fracos, não houve a sistematização e incorporação de seus elementos de maneira orgânica. Servem, portanto, para embasar o conteúdo das decisões, mas não se mostram capazes de solucionar sozinhas o problema inerente à estabilidade do

¹⁰⁸ “O que especifica a dogmática consiste primordialmente em que a Ciência do Direito elabora seus enunciados, em grande medida, de forma sistemático-conceitual, propõe enunciados para a solução de casos que ainda não foram objeto de decisões jurídicas e prepara possíveis soluções alternativas [...] Isso vale especialmente para a função de estabilização, de progresso e de descarga. Aqui se deve fazer referência ao destacado anteriormente. Com a garantia da estabilidade, o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do direito.” (Ibid. p. 261)

¹⁰⁹ “Dworkin defende que as controvérsias jurídicas são controvérsias teóricas, controvérsias sobre o que é ou o que deveria ser o Direito, controvérsias sobre quais são ou quais deveriam ser os fundamentos do Direito, e não meramente controvérsias fáticas ou semânticas. É sobre isso que advogados e juízes divergem ao interpretar casos difíceis. Dworkin usa o modelo da prática social da cortesia para defender que a interpretação jurídica é uma interpretação construtiva, na medida em que ‘a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção’. Os juristas interpretam uma prática social, ao interpretá-la, ‘a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática’. Segundo Dworkin, ‘toda interpretação tenta tornar o objeto o melhor possível’.” (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 98)

sistema e o convívio com a exigência, cada vez maior, a interpretação e complementação da norma.

2.3. Conclusão parcial: desequilíbrio e a necessidade de adoção de outros métodos para a estabilidade do sistema

Existe uma correlação direta entre o poder Estatal legítimo e consentido e a necessidade de que esse poder obedeça a parâmetros para a prestação jurisdicional. Historicamente e por questões políticas isso acabou por reverberar de maneira diferente nos sistemas processuais, mas sempre, como ponto comum, exigindo que a motivação da decisão passasse de um hábito à técnica. De um fato a uma obrigação.

E essa obrigação tão mais se tornou importante quão necessária se tornou a participação do juiz para a construção de um modelo processual que abrace e promova direitos constitucionais. A perspectiva individualista do processo – calcada eminentemente no princípio dispositivo – dá lugar a valores construídos por movimentos verdadeiramente revolucionários.

Criou-se uma aparente dicotomia a partir desses movimentos, das opções legislativas à evolução natural do direito processual, bem como da adoção do modelo constitucional híbrido, que ora faz o controle de maneira concentrada e ora o permite de maneira difusa. O magistrado é chamado a interpretar a Constituição Federal e a intervir, com maior discricionariedade. Essa liberdade aparente a princípio se equilibra por meios específicos de impugnação (como o Mandado de Segurança), sempre equilibrando o ato de julgar e a segurança jurídica que dele se espera.

Conforme citado no decorrer deste capítulo, essa dicotomia foi bem exemplificada por Hermes Zaneti Júnior, ponderando que no atual momento, nós vivemos o respeito à ritualística do processo e a necessidade de promoção de uma justiça substancial ou, como bem observou Luis Roberto Barroso, uma reaproximação do direito positivado e da filosofia do direito sob o viés da

moralidade. A formação de um mínimo aceitável (Ricardo de Barros Leonel) que exige um abrandamento das relações de poder para que o magistrado se aproxime, literalmente, das partes (juiz Hermes, tal qual alegoricamente colocado por François Ost).

A alteração do papel do juiz traz consequências diretas sobre como o magistrado se relaciona com a lei e como a sua prestação adere ao princípio da legalidade. A subjetividade inerente à prestação jurisdicional à discussão sobre a possível discricionariedade do magistrado ao decidir naqueles casos em que a norma escrita, propositalmente ou não, deixa a seu critério a completude para adequação ao caso concreto.

Como consequência da maior envergadura desses poderes, essa função de complementar a norma abstrata exige atividade interpretativa não isolada. Depende da crítica das partes, da comunicada jurídica e não se confunde com o que se convencionou denominar interpretação operativa (Luigi Ferrajoli e Jerzy Wróblewski). O juiz como centro interpretativo isolado, ainda que lhe seja dada a legitimidade para decidir, não é mais admitido.

Daí surgem diferentes teorias que tratam de legitimar a discricionariedade por meio de um processo plural e que busca a estabilidade. Conforme esclarecido por Ricardo Lorenzetti, elas se propõem a alterar o campo de investigação do descobrimento da verdade para o controle do contexto de justificação da fundamentação.

Método dedutivo puro, dogmática dúctil, raciocínio dialético e plural, teoria consensual da verdade e máximas de proporcionalidade. Todas essas ferramentas são úteis para a criação de um sistema mais coerente, mas nenhuma delas se mostrou na prática suficiente porque não há exigibilidade de sua repetição em casos semelhantes ou idênticos.

E considerando que a filosofia da teoria da argumentação – em que pese campo fértil para diversas digressões e construção de um sistema hírido – não se adequa de maneira eficaz à realidade prática, seja pelo papel que é exigido do julgador exacerba o modelo idealizado, seja porque a técnica não é praticada adequadamente, mostra-se absolutamente necessário que se encontrem critérios

seguros para que a decisão judicial encalce os escopos processuais e harmonize com a estabilidade do sistema. A utilização de balizas pré-determinadas na fundamentação como critérios seguros comunica-se diretamente com a utilização de precedentes e passa a pautar um método de se alcançar os escopos processuais.

Daí porque a necessidade de se buscar a coerência do sistema legal por meio do papel histórico e atual da fundamentação da decisão judicial. Repetida, a norma concreta deixa de reger a situação particularizada e ganha contornos de norma para toda a sociedade e, assim, caminhando para um sistema de precedente, no qual os conceitos jurídicos indeterminados ou propositalmente abertos encontram a melhor tradução na circularidade do precedente e na justificação do próprio processo decisório, na adoção do precedente como discurso da decisão judicial.

Sendo assim, há de se entender se existe um sistema brasileiro de precedentes, sua historiografia para, por fim, entender como esse sistema se relaciona com o dever de fundamentação e a correlação das regras brasileiras positivadas sobre fundamentação.

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

A reforma promovida pela Lei 13.105/2015 parte de premissas claras como aumento substancial da eficiência do processo ou, como assim definiu a Comissão de Juristas responsável técnica pelo projeto que daria origem à norma citada, obter “um grau mais intenso de funcionalidade”¹¹⁰.

Sem pretender fazer tábula rasa daquilo que existia como sistema, o processo como um todo buscou ser simplificado e, ao mesmo tempo, que o sistema jurídico se estabilizasse trazendo mais segurança jurídica ao jurisdicionado por meio do respeito a decisões dos Tribunais Superiores¹¹¹.

O próprio legislador, ao tratar na exposição de motivos sobre o princípio do livre convencimento motivado, acaba por entendê-lo, por vezes, como condutor de “distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”¹¹².

Nesse momento, não se fala em um sistema de precedentes, questão que será melhor tratada no decorrer deste capítulo, mas na necessidade e no papel da jurisprudência e da observância das decisões passadas (palavras que, como se verá, não são sinônimas). Trata-se de uma grande alteração metodológica no modo de decidir se considerado o sistema do *civil law* clássico, no qual a norma adjetiva rege a lógica da decisão (aliada à interpretação motivada). A fundamentação serve para legitimá-la, não para orientar o sistema. É uma das soluções escolhidas pelo

¹¹⁰ Exposição de motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil acessada em 11.10.2019, às 14:45, p. 22 *in* <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹¹ “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em condições idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento do conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados”. (Ob. p. cit., p. 25)

¹¹² *Ibid.*, p. 27.

legislador para a orientação parece ser justamente aquela prevista nos arts. 926 e 927 do CPC.

Como consequência, passamos a entender que a tradição histórica dos precedentes vinculantes é desejada pela nova sistemática processual brasileira, em detrimento da aceitação apenas do que se convencionou chamar de precedente persuasivo, cuja característica principal é estabelecer um valor moral significativo e a tendência que esse valor seja respeitado.

Contrasta, no entanto, com a lógica de um Direito codificado como fonte de Direito que vê o precedente apenas como uma informação, e não como norma cogente (ou complementação da norma cogente). Outras distinções, como a verticalidade do precedente ou sua horizontalidade também são critérios relevantes para aferir efeito vinculante ou não ao precedente e também não são tratados pelo legislador brasileiro.

Portanto, a investigação que se faz pertinente neste capítulo diz respeito à existência de um sistema de precedente brasileiro (que é a sua conclusão parcial) e como o precedente se aplicaria em um país cuja tradição está vinculada ao *civil law*.

O primeiro ponto de abordagem, é claro, diz respeito ao precedente como fonte do Direito.

3.1 O precedente como fonte do direito

Direito, pensado a partir de fontes, parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico prescinde de mais de um mecanismo normativo para que todas as situações jurídicas imagináveis possam ser tuteladas, sob pena de instaurar-se vácuo normativo. Isto é, direito que apenas dependa exclusivamente do texto legislado será incapaz de promover o estado de acerto necessário porque é impossível que a lei preveja toda e qualquer situação juridicamente tutelável. Direito que se socorresse de apenas um feixe normativo, de uma fonte, estaria fadado à descontextualização e, assim sendo, a não regular a realidade.

E essa pluralidade não advém somente da matriz normativa que complementa o ordenamento jurídico, mas de uma polissemia que lhe é própria. Ao admitir a complexidade social que demanda normatização (e, portanto, várias fontes passíveis de utilização), admite-se também que o direito é um produto cultural, distinguindo-se, conceitualmente, o produto e a sua origem (ou dos fatos que lhe dão suporte). Distingue-se, assim, a fonte do Direito como dado que propulsiona a criação da norma (ou aspecto dado), ou melhor dizendo fontes substanciais, e fonte do Direito formal, que nada mais é do que o resultado da colheita e valoração destes dados¹¹³.

A despeito de haver esta distinção, é desejado pelo sistema jurídico que a fonte formal do direito expresse, de algum modo, seu aspecto substancial. Essa é, em verdade, a teoria moderna das fontes do direito, ora tratando lei como regra estrutural, ora tratando a lei como norma adjetiva, mas sempre desejando que ambos os significados estejam presentes. O mesmo fenômeno se aplica aos costumes e à própria jurisprudência, que ora funcionam de maneira estruturante (e que a norma adjetiva deve considerar) e ora como fonte normativa direta (a própria norma adjetiva).

A jurisprudência estruturante (ou melhor dizendo, como regra de coordenação¹¹⁴) é bastante nova a despeito de sua riqueza embrionária-histórica e, no mais, tem funcionado como fonte independente da diretriz do sistema jurídico no qual está inserida (*common law* ou *civil law*). A jurisprudência como fonte do direito, por outro lado, é bastante antiga.

¹¹³ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando a classificação elaborada por François Geny, esclarece que “De um lado, temos, assim, as *fontes substanciais*, que são *dados*, como é o caso dos elementos *materiais* (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições, mas que contribuem para a formação do direito, dos elementos *históricos* (representados pela conduta humana no tempo, apto produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos *racionais* (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos *ideais* (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). De outro lado, fala ele em *fontes formais*, correspondendo ao *construído*, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais) por meio de *formas solenes* que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores etc.” (Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas, 2016, p. 182). Essa classificação é utilizada atualmente.

¹¹⁴ Essa denominação é utilizada por José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21, nota de rodapé nº 20) que, inclusive, cita a obra do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior que serviu de apoio técnico para os parágrafos antecedentes.

Em Roma, por exemplo, foi gradativamente se afastando a figura do juiz sacerdote para uma judicância profissionalizada, mas que, mesmo antes disso, sempre considerou a experiência cultural consolidada (costumes) como fonte típica para solução dos casos. Exemplo disso se encontra na Lei das XII Tábuas que nada mais fez do que tornar escritos antigos costumes que já possuíam valor de norma. De igual maneira, a perda do poder familiar por parte do pai que vendesse o filho por três vezes (*patria potestas*) é também exemplo de norma que obedeceu a razões históricas.

Todavia e a despeito desses exemplos, foi apenas com a expansão marcante no século III a.C. que o Direito romano se amoldou a uma menor formalização procedimental e, ao mesmo tempo, a uma exigência de que o pretor romano detivesse domínio de uma regra generalista, aplicável a todos os povos a partir de sua experiência (tal qual o *jus gentium*).

Há, por assim dizer, uma valorização da experiência jurídica cotidiana, da experiência prévia, do costume. O que não há, no entanto, é um sistema de precedente. A despeito de que a experiência pretérita se tornasse fonte do direito, fato é que não havia espaço para que o pretor criasse o Direito e, portanto, formalmente se tornasse fonte. O pretor estava condicionado a fórmulas pretéritas e nunca poderia invocar um julgamento anterior como fonte daquele julgamento específico¹¹⁵.

A grande contribuição romana técnica para que a jurisprudência possa ser entendida como fonte do direito apenas ganha força no século I a. C. com Cícero que, por seu método de partição e divisão, acaba por colocar a sentença prolatada como uma das fontes de direito, um *exemplum*. Sem entrar no mérito da inaptidão técnica para que a decisão de fato fosse considerada como fonte do direito, o exemplo funcionava como uma prova não artificial, ou seja, que ia além da retórica dos sujeitos processuais. O *exemplum*, considerando as particularidades, dependia

¹¹⁵ “Diante dessa abrangente descrição da atividade dos pretores, torna-se mais do que evidente que o *iudex* não possuía qualquer margem para ‘criar o direito’. Essa circunstância, a rigor, impossibilitava a que juízes fizesse expressa referência a precedente julgado. Frise-se, outrossim, que o direito romano, em todos os seus momentos históricos, jamais reconheceu valor vinculante, *ad futurum*, às sentenças já proferidas em casos concretos. É evidente que esse fato não poderia subtrair a autoridade dimanada de uma série de decisões proferidas em senso convergente como instrumento de interpretação ou mesmo persuasão.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ob. p. cit. p. 40)

de identidade entre os casos comparados, entre o paradigma utilizado e o caso em questão, de sua localização temporal (distanciamento entre as comparações), do prolator da decisão (se versado ou não em direito) e do seu prestígio, a conferir autoridade técnica ao *decisum*.

No século 17 a.C., por exemplo, a legitimação do prolator da decisão judicial, e via de consequência do *exemplum*, foi reforçada a partir da reformulação do sistema processual por meio da *lex Julia privatorum*. Entre as diversas alterações, como a adoção em definitivo do processo *per formulas*, unificação de instâncias e da condução do sistema probatório na figura única do magistrado-funcionário, está a aceitação da autoridade de atos decisórios complexos (*decreta*, *rescripta* e *epistolae*), baseados em casos concretos, e que se tornaram fonte de direito reconhecida pelo Império Romano. Nestes casos, os pareceres e decisões passaram a ser invocados pelos juízes e até mesmo pelas partes para que o processo em litígio tivesse resultado equivalente.

Sem entrar no mérito da extensão desses conceitos, interessante notar que esses atos decisórios continham estrutura muito similar à atual fundamentação de decisão, admitida modernamente como a prolação da decisão por uma autoridade estatal, a identificação do caso concreto, a fundamentação de direito e a respectiva conclusão jurídica.

Chegando ao século II d.C., Gaio, em suas Instituições, expressamente atribui às constituições imperiais (decretos, editos e epístolas) a qualidade de precedentes persuasivos¹¹⁶. Não há vinculação propriamente dita – reservando ao juiz o poder de decidir em contrariedade ao quanto exemplificado –, mas preserva-se o poder de influência almejado por uma generalização do direito, repetição.

Em grau menor (tanto com relação à sua extensão como com relação ao poder de influência), encontravam-se os pareceres de juristas importantes que eram recepcionados com a autoridade do Estado (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Uma vez adotado (cabendo ao juiz adotá-lo ou não), ainda que não detivesse eficácia *erga omnes*, haveria autoridade de força de lei para as partes.

¹¹⁶ Nem todas as constituições imperiais alcançam o valor normativo de precedentes na medida em que alguns desses atos normativos detinham características pessoais e, portanto, não poderiam/amoldavam ao critério de identidade suficiente para serem invocados como *exemplum*.

O declínio das fontes clássicas romanas desencadeia com a introdução da monarquia teocrática por Constantino (século IV d.C.), quando a fonte legislativa passa a beber da fonte divina, ao invés da preservação técnica do acervo normativo. Há um período de democratização do acesso ao direito, todavia, de rejeição da jurisprudência¹¹⁷, especialmente aquela contrária à lei formulada sob os auspícios da nova regência.

Já no século VI d.C., sob a regência de Justiniano, há forte vinculação à norma escrita e rejeição mais acentuada do precedente judicial, atribuindo ao imperador a única autoridade para interpretar textos por si produzidos. A utilização do precedente não foi eliminada, mas limitada às questões que não estivessem expressamente reguladas e que não destoassem de sua interpretação.

O período visigótico, por sua vez, foi marcado pela preservação dos textos jurídicos romanos, inclusive e especialmente porque os invasores da península ibérica não desprezavam a ordem jurídica encontrada, tratando de encampá-la e assimilá-la ao seu arcabouço normativo. Todavia, os três séculos de invasão acabaram por tornar a região palco central de um direito costumeiro, descentralizado no que se refere à norma jurídica, e que representava justamente o contrário da ordem supracitada. O direito costumeiro, posto à prova e solidificado pelo *liber judiciorum*, acabava por se materializar em façanhas, decisões que nada mais eram que exemplos escritos ou que se socorriam à forma oral, mas que já representavam a ideia moderna de precedentes. O conjunto de façanhas se denominava *fueros* ou *forais*.

Uma distinção bastante relevante desse período se refere à reafirmação do poder monarca, que, seguindo o exemplo Justiniano, interferia e interpretava a lei, com o diferencial de o fazer com muito mais intensidade até para ratificação de sua autoridade. Essa mesma perspectiva justiniana e a adoção do catolicismo como figura central do Estado (não há povos, há católicos em irmandade) naturalmente limitava a discricionariedade de juízes. Isso assim ocorreu até a invasão da região

¹¹⁷ Essa rejeição não é total e houve a preservação de parte do arcabouço normativo. A referência que se faz neste trecho indica a centralização e reserva ao soberano de que se trate do absoluto intérprete do direito e, desse modo, não sujeito a fontes normativas diversas ou anteriores. As fontes clássicas ocupam um lugar de “teoria geral”, a qual não se sobrepunha à norma específica emanada pela autoridade máxima.

pelos mouros, os quais, ao contrário dos visigóticos, impunham a sua cultura jurídica quando praticavam atos com os não muçulmanos. Ainda que entre os não muçulmanos a cultura jurídica romana permanecesse preservada, o sistema personalíssimo do direito esprou à solução de litígios na contramão do quanto até então praticado.

A partir daí, ingressamos na Idade Média, na qual toda a evolução do direito romano restou, de certo modo, preservada. Com a cessação da produção jurídica, vivenciou-se uma fase de direito universal que era formada, de maneira composta, pelo *ius civile* e pelo *ius canonicum*. Coexistiam¹¹⁸. E persistia também a força do precedente na modulação de costumes e hábitos.

Com o fortalecimento da Igreja, centralizada e centralizadora, desenvolve-se o direito canônico e produz precedentes na figura dos atos de seu pontífice, de modo que a decisão que não observasse esses precedentes seria considerada injusta. Acostumou-se a reconhecer que duas decisões no mesmo sentido adquiriam força normativa. *Duplex conformis*.

A reconquista das regiões invadidas implicou no fortalecimento da figura dos monarcas e, via de consequência, o surgimento de Cúrias Régias, órgãos jurisdicionais para algumas questões originárias e também para revisão de decisões judiciais, especialmente pautando-se no material jurídico que havia sido produzido durante o direito canônico e sempre em busca de um direito comum (*ius commune*), de uma estabilidade do sistema jurídico e da compreensão universal do direito.

Típico de um processo de legitimação do Império Cristão, esse direito comum que começava a florir universalmente (ou ao menos com essa pretensão) bebia da fonte romana e às vezes se confundiu com o próprio direito canônico¹¹⁹.

¹¹⁸ “Assim sendo, após essa idéia ser difundida pela doutrina da época, o *ius civile* e o *ius canonicum* representavam dois conjuntos normativos distintos, embora coordenados e indissolúveis, formando um sistema unitário de normas universais (*unum ius*). Dessa interação institucional, os juízes dos tribunais eclesiásticos passaram a aplicar, como direito subsidiário, as regras romanas; e as cortes laicas dispunham do mesmo modo de princípios gerais do direito canônico (*‘ius canonicum et civile sunt adeo conexa ut unum sine altere non intellegi potest’*).” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ob. cit. p. 109)

¹¹⁹ “Então, o direito comum pode referir-se, apenas, ao Direito Romano, no seu sentido estrito, Em outra interpretação, em sentido *lato*, ter-se-á o Direito Comum como conjugação do Direito Romano e do Direito Canônico constituindo uma universidade de normas; e há a possibilidade (numa latíssima interpretação), ainda, de entender-se, além dos direitos, a literatura jurídica e a

Essa nova realidade impôs que o direito costumeiro local fosse sobrepujado, mas não o eliminou. De maneira curiosa, considerando seus preceitos, o direito comum harmonizou outras realidades normativas regionais permitindo sua penetração e durabilidade.

A perpetuação do direito comum, por meio desta harmonização, foi garantida pelo trabalho de Glosadores e Comentadores, os quais difundiram obras importantes como o *corpus iuris civilis*. Adaptações foram feitas, mas também traduções. Especificamente com relação à Escola dos Glosadores, destaca-se, no Estudo de Bolonha, o descobrimento de uma coleção justiniana completa de direito, o que acabou por instigar a pesquisa do material sob um viés de solução prática culminando na Magna Glosa, de Acúrsio. Quanto à Escola dos Comentadores, a preocupação foi a de sistematização das normas que eram analisadas, ou seja, partindo da coleção justiniana, a preocupação de organização do material se mostrou mais ajustada. Esses métodos diversos, que muito contribuíram para defender um direito comum, encontravam, inclusive, variações regionais¹²⁰.

Quando se fala em direito comum, na Espanha, ganha destaque o Fuero Real, datado de 1245 e produzido sob os auspícios de D. Alfonso X, “o sábio”¹²¹,

jurisprudência incluírem-se nesse conceito.” (MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius commune* (Direito Comum) in *Juris Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, V. 12, 2006-2007, p. 103)

¹²⁰ “A utilização que se fez das fontes justinianéias não foi absolutamente a mesma nos vários contextos da Europa. Duas variantes principais surgiram, uma na França e outra na Itália. Curiosamente, cada uma delas não se consagrou em seu território de origem; mas, de uma forma ou de outra, deram ensejo a duas formas bastante distintas de se analisar o direito romano justinianeu. Par aos adeptos do ‘*mos italicus*’ as preocupações práticas eram preponderantes, buscando-se sempre que possível extrair das fontes a ‘*ratio*’ prática, solucionadora de um problema emergente. Nesse contexto metodológico, o ‘direito romano’ (somado ao ‘direito canônico’ na fórmula do ‘*ius commune*’) seria um elemento de conformação de um sistema jurídico atual, não ostentando uma natureza eminentemente contemplativa. Este método alcançou largo desenvolvimento em praticamente toda a Europa, quando foi surpreendido pelo despontar de uma metodologia historicamente comprometida e crítica: o ‘*mos gallicus*’. Essa técnica, de verniz científico indiscutível, deu ensejo ao surgimento da ‘Escola Culta’, que se projetou em setores esparsos da Europa (Holanda, p. ex.) sem que tenha atingido hegemonia na própria França. Teve por expoente máxima Cujácio e encontrou em António de Gouveia sua projeção mais significativa em meio português; sua predileção pela investigação filológica por vezes lhe rendeu a atribuição de exageros, tais como a caça indiscriminada a ‘interpolações’. Contudo, seu influxo humanista foi preciso, e em Portugal, se não chegou a prevalecer, abalou o presítigio do critério puramente numérico da ‘*communis opinio doctorum*’, dando oportunidade à consagração do famoso ‘critério misto’.” (POUSADA, Estevan Lo Ré. A recepção do direito romano nas universidades: glosadores e comentadores in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Volume 106-107, jan/dez. 2011-2012, p.p.115)

¹²¹ “La importância del derecho romanocanónico estudiado en las Unviesidades, como elemento integrante del Fuero Real, fue ressaltada ya por los juristas catellanos que en la Baja Edad Media

como resultado da busca por harmonização normativa e da necessidade de que as decisões futuras se tornassem harmônicas com o material jurídico produzido. Foi a pedra inicial para que o direito comum fosse incorporado ao arcabouço normativo daquele país.

Já em Portugal, a partir de D. Afonso III, buscou-se traduzir textos importantes (*Flores de las leyes* e *Siete Partidas*) e criou-se escolas jurídicas que se ocupavam do estudo dos direitos canônico e romano, legitimando – a exemplo da experiência Justiniana – como intérprete central o monarca. A questão por detrás disso é que o rei intérprete, de fato, não eliminava lacunas, mas completava o acervo normativo com a edição de leis específicas, baseada no caso concreto.

Justamente a partir das *Siete Partidas*, legislação que veio à lume no período de poder compreendido por D. Afonso X, que o rei pôde avocar o julgamento ou estabelecer as diretrizes pelas quais o juiz designado deveria se pautar para o julgamento que lhe foi incumbido. Todavia, a vinculação à decisão do rei, do mesmo modo que entendemos um verdadeiro precedente, é a princípio contraditória porque a legislação não admitia que outras decisões não proferidas pelo intérprete supremo fossem consideradas no momento de julgar.

A partir das Ordenações Afonsinas um complexo sistema de eliminação de lacunas foi criado e, recorrendo primeiramente à legislação geral (Leis Imperiais e Santos Canônicos), poder-se-ia suprir a falta por meio dos pareceres dos Doutores de Direito para, por fim, tornar à consulta do monarca. Essa decisão, de fato, representaria um paradigma a ser seguido, mas, em resumo, era fruto da interpretação de uma só pessoa, considerada esta a interpretação autêntica da norma.

glosaron este texto. Sin embargo, sobre todo desde el siglo XIX fue infravalorado o completamente ignorado em aras de un nacionalismo histórico. Recientemente se ha vuelto a resultar su papel. Así Martínez Díez mantiene que el *Fuero Real* <<lejos de recoger el derecho municipal vigente em un intento de uniformarlo y extenderlo, se nos presenta más bien como un primer ensayo erudito, que com el *Liber Iudiciorum* y soluciones romanocanónica, se trata de formar un cuerpo legal que facilitará más tarde una ulterior y más total recepción del derecho común>>. Este mismo autor ha defendido recientemente que aun cuando sea manifesta la influencia del Derecho común en el *Fuero Real* no existe dependencia textual entre este y las obras de aquella época relativas al Derecho común.” (MARTÍN, Antonio Pérez. Estudio preliminar. *Fuero Real de Alfonso X El Sabio*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2015. Material acessado em 23.12.2019, às 17:40, por meio do seguinte endereço eletrônico: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2018-7)

Sendo assim, as Ordenações Afonsinas, em meados do século XV, passam a lidar diretamente com um problema que se mostrava absolutamente presente: a incompletude do ordenamento jurídico e a insuficiência do direito subsidiário que deveria socorrer a essa lacuna. De fato, tratou-se de poderoso compêndio que detinha diversos elementos do Direito canônico e do Direito Romano, mas a despeito das diversas compilações e harmonizações, o arcabouço normativo ainda se mostrava incompleto demandando que o magistrado o remedasse a partir de suas próprias decisões. Com o passar do tempo, consolidou-se a jurisprudência naquilo que se convencionou chamar de estilo.

No campo legislativo, as Ordenações Manuelitas, por sua vez, previram em seu Livro V, Título 58, § 1^o¹²², justamente a necessidade de registro dessas decisões, cujos assentos se tornariam, em conjunto, estilos.

As Ordenações Filipinas (1603) continuaram o espírito da legislação revogada e, em seu Livro I, Título V, §5^o¹²³, incorporaram como fonte do direito as interpretações autênticas, os estilos e os costumes do reino. Interessante notar que essa legislação surge em momento político muito próprio de Portugal, com a união das coroas portuguesas e espanhola.

A evolução histórica a partir daí, no entanto, motivada mais pelo desinteresse do que pela técnica propriamente dita, abranda a participação do Monarca como intérprete autêntico, delegando aos Tribunais o poder de proferir decisões que se tornariam vinculantes, os assentos. Esses assentos, por meio de decisões

¹²² “E assim bemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos, ou algum deles tiverem alguma duvida em alguma Nossa Ordenaçam do entendimento della, vam com a dita duvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentençã. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pera a Nós loguo determinaremos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Provermos. E os que em outra maneira interpretam Nossas Ordenações, ou deram sentenças em algum feito, tendo algum deles duvida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspenso atee nossa Mercê. E a determiçam que sobre o entendimento da dita Ordenaçam se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho pera depois mom viir em duvida.”

¹²³ “E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que aí fôr determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sôbre o entendimento da dita ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no Livro da Relação, para depois não vir em dúvida. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou deram sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê.”

constantes, uniformes e não contrárias à lei conferiam justamente o caráter vinculante, o qual somente foi mitigado a partir das reformas legislativa socorridas no Século XVIII, em particular a Lei das Boas Razões (1769).

Referida lei trouxe importantes alterações, inclusive e especialmente motivadas pelo declínio das fontes subsidiárias, incorporando as diretrizes de um Estado Legal. Limitou, outrossim, o Poder Judiciário como órgão legiferante ao apenas admitir que assentos fossem produzidos pela Casa de Suplicação. Como consequência, os estilos perderam sua autonomia e, a bem dizer, seu caráter normativo-vinculante.

A delegação da interpretação autêntica aos Tribunais, que se desenvolve entre os séculos XV e XVI, perdurou até muito recentemente em Portugal, quando na década de 1990 o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a norma positivada que garantia os assentos.

No Brasil, apenas no início do século XIX, tivemos assentos interpretativos, a partir da transformação da Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação. A sua criação data de 1751 e abrangia a competência territorial sul. Todavia, a partir da Lei das Boas Razões (1769), estabeleceu-se que a Jurisdição brasileira não poderia mais criar assentos com força de lei, senão quando chancelados pela Casa de Suplicação, em Portugal.

O famoso Regulamento nº 737/1850, a seu turno, não introduziu qualquer norma que versasse sobre assentos e, pela ausência de uma constância de julgamentos – em volume e em qualidade – adotou-se expressamente os assentos portugueses por meio do Decreto nº 2.684/1875¹²⁴. Nesse quesito, o artigo 1º¹²⁵ do referido Decreto especificamente deu legitimidade aos assentos portugueses e o art. 2º¹²⁶ a competência para que eles fossem editados pelo Supremo Tribunal de

¹²⁴ Texto legislativo acessado por meio do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados em acessado em 23.12.2019, às 18:26, por meio do seguinte endereço eletrônico: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>

¹²⁵ “Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Império. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos”.

¹²⁶ “Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por

Justiça. Especialmente o § 2º do art. 2º do referido Decreto atribuiu obrigatoriedade provisória aos assentos, os quais perderiam valor de norma quando proviesse legislação a respeito do assunto.

A República extirpou os assentos e sua obrigatoriedade do nosso ordenamento jurídico, os quais se tentou reviver por meio, a princípio, de Haroldo Valladão o qual, em 1946, apresentou projeto de Constituição que previa o deslinde do Recurso Excepcional geraria um assento a se observar. Rejeitada a proposta, Valladão em 1964 dá força ao Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas que previa a unificação e a pacificação por meio de sua jurisprudência em caráter vinculante.

O Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 continha em seu bojo o procedimento de uniformização da jurisprudência muito semelhante aos assentos, em cujos arts. 516, 518 e 519 se estabelecia a possibilidade de pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação da Constituição Federal ou lei federal, a formação de um assento cuja obediência é mandatória. Segundo Buzzaid, na exposição de motivos datada de 31 de julho de 1972, a força motriz por detrás do então novo código era uma reforma total, mas cujo objetivo era “facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil par a administração da justiça”¹²⁷. Detinha, em seu espírito, o necessário caráter vinculante, mas cuja redação final não reproduziu os sobreditos artigos, especialmente no que se refere à obrigatoriedade.

Até o advento da atual legislação processual, como se verá, o Brasil República fez questão de extirpar do seu ordenamento um elemento de estabilização que vinha se desenvolvendo durante muitos séculos, relegando o papel da Jurisprudência a uma fonte secundária. Esse papel secundário é típico do

julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada.”

¹²⁷ Exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 acessada por meio do sítio eletrônico do Senado Federal em 10.1.2020, às 12:14, por meio do seguinte endereço eletrônico

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

sistema *civil law* em oposição ao sistema *common law*, cujas matrizes serão analisadas a partir deste ponto.

3.2 Diferenças entre o *civil law* e o *common law*

Como colocado no item anterior, o sistema jurídico brasileiro vem adquirindo traços característicos dos sistemas de *common law*. É certo que isso não o descaracteriza como Estado de regime fundado em *civil law*, porque o direito legislado continua a preponderar com bastante vantagem nos fundamentos de decisões dos tribunais, mas também é notável que esse mesmo direito legislado conferiu poder maior aos precedentes no momento da edição do atual Código de Processo Civil.

Por esse motivo, o presente tópico se debruça sobre as principais características de cada um dos tipos de sistema jurídico dominantes na atualidade. A compreensão de suas particularidades é pressuposto para a discussão que se dará mais adiante, acerca da evolução¹²⁸ ocorrida no direito brasileiro rumo à adoção dos precedentes como fonte do direito cada vez mais importante.

Para abrir a discussão do tópico, serão fonte de inspiração os dizeres de John Henry Merryman: “A distinção relevante entre os processos judiciais de civil e *common law* não está no que os tribunais de fato fazem, e sim no que a parcela dominante da população os diz que eles fazem.”¹²⁹. De fato, os diferentes tipos de sistema jurídico foram desenvolvidos ao longo dos séculos de acordo com os valores que a população dirigiu aos tribunais para que estes os levassem em consideração.

Pode-se começar pela caracterização dos sistemas de *common law*. O ponto chave do sistema está nas palavras de Munroe Smith, reproduzidas pelo grande expoente do realismo jurídico americano Benjamin Cardozo: “Cada caso novo é

¹²⁸ Entendida não como melhoria, e sim como progressão histórica do direito brasileiro. Por ora, não cabe julgamento de mérito com relação ao aspecto benéfico ou maléfico da guinada do funcionamento do direito brasileiro em direção ao de *common law*.

¹²⁹ MERRYMAN, John apud MEZEY, Susan Gluck. Civil law and common law traditions: Judicial review and legislative supremacy in West Germany and Canada. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 32, n. 3, p. 689, tradução própria.

uma experiência”¹³⁰ e “a tentativa de fazer absoluta justiça em cada caso concreto tornaria impossível o desenvolvimento e a manutenção de regras gerais; mas se uma regra continua a produzir injustiças, irá ser reformulada”¹³¹.

O argumento de Munroe Smith sustenta que a atuação conforme decisões do passado é muito mais prática do que a tomada de decisão caso a caso. Além disso, proceder de acordo com o passado gera regra, o que por sua vez gera previsibilidade e, por fim, segurança jurídica. Por outro lado, não se pode promover injustiça em nome da segurança, motivo pelo qual o jurista diz que verificada a injustiça, troca-se a regra.

As características do *common law* variaram ao longo da história e da localidade. No decorrer dos próximos parágrafos, serão tecidos comentários a respeito dos mais importantes aspectos históricos e geográficos desses sistemas jurídicos, a fim de sumarizar as características do *common law* e confrontá-las com as do *civil law*.

A tradição do direito consuetudinário – baseado em costumes – iniciou-se na Inglaterra. No capítulo anterior, a história do Estado moderno inglês foi brevemente analisada, inclusive com relação ao momento de promulgação do documento chamado *Bill of Rights*, decisivo para afirmação de liberdades individuais. Neste momento, a análise do sistema inglês será mais detida, mesmo que o país não seja o único que segue o *common law*. Há que se lembrar que o desenvolvimento do direito consuetudinário na Inglaterra durou muitos mais séculos a mais, se comparado a outros países, que mais recentemente se inspiraram nos ingleses para definirem como seria o funcionamento de seus próprios sistemas jurídicos.

Por conta de o monarca estar vinculado à carta que conferia direitos aos cidadãos, o Estado precisava de aparato garantidor dessa obrigação. Assim fortaleceu-se o Poder Judiciário, como instância à qual o cidadão recorreria caso se visse lesado. Ao mesmo tempo, os ingleses haviam desenvolvido ao longo dos séculos práticas jurídicas distantes das romanas e baseadas em suas próprias tradições.

¹³⁰ CARDOZO, Benjamin N.; KAUFMAN, Andrew L. The nature of the judicial process. Quid Pro Books, 2010, p. 23.

¹³¹ Ibid.

A confiança dos súditos ingleses em seu sistema secular fez com que oportunamente adotassem o adágio “*nolumus leges Angliae mutari*”¹³². Em tradução livre, os dizeres significam “nenhuma lei inglesa deve mudar” e representam o apego daquela nação aos próprios costumes quando em contato com o sistema canônico-germânico. A frase “*nolumus leges Angliae mutari*” encontrava-se no Estatuto de Merton, documento redigido no ano de 1236 – justamente na época de embate entre as tradições católicas e as anglo-saxônicas na Inglaterra – a fim de promover a posição dos cidadãos ingleses em prol da manutenção dos costumes de outrora.

O período todo compreendido entre os anos de 1066 e 1215 foi caracterizado por ampla evolução do sistema jurídico inglês¹³³. Nessa época, foram adquiridos os contornos do *common law* que conhecemos hoje, e que sofreu pouca modificação em sua essência. Os ingleses tiveram dentre seus reis alguns muito receosos em relação ao direito romano, que viam como potencial limitador das tradições anglo-saxãs. Estéfano I (1151-1154) ordenou que fosse fechada a escola em Oxford que se dedicava ao estudo do direito clássico e, posteriormente, Henrique III (1216-1272) proibiu completamente o estudo de direito romano.

No período de formação da *common law*, mencionado no parágrafo anterior, estabeleceu-se o direito que valeria para todo o reino inglês¹³⁴. Certamente, a publicidade era preocupação importante, a fim de que a população tomasse conhecimento das normas a que estava sujeita. Ao contrário do que aconteceu por séculos com o direito romano, o direito na Inglaterra foi desde aquela época adstrito a seu território. O sistema de *common law* não fazia distinção entre cidadãos e estrangeiros – o que foi até considerado na época da conquista da Inglaterra pelos normandos, porém logo abandonado pois estes se satisfizeram com a adoção de alguns costumes próprios da ilha, enquanto impunham algumas de suas próprias práticas¹³⁵.

¹³² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit. pp. 149-157.

¹³³ HUDSON, John. The formation of English common law: law and society in England from the Norman Conquest to Magna Carta. Routledge, 2014, p. xi.

¹³⁴ Segundo Hudson, “except perhaps in a limited number of obviously privileged areas”. Ibid., p. 16.

¹³⁵ Ibid., p. 17. Hudson também chama atenção para o fato de que os costumes normandos e os dos ingleses antes da conquista eram muito parecidos, por conta de herança do Império Carolíngio.

É interessante consignar a origem do termo “common law”. Na realidade, houve vários usos da expressão durante a Idade Média e cabe perpassá-los a seguir.

Durante o papado do pontífice Inocêncio III (1198-1216), o termo era usado para distinguir o direito canônico usual do direito aplicável a paróquias particulares, privilegiadas – portanto, tratava-se de direito que não era “comum”. Ainda no século XIII, a expressão aparece na literatura inglesa, referindo-se a direitos não derivados de contrato (aqueles que em nosso tempo e país seriam direitos constitucionais ou derivados de lei, mas que no contexto da Inglaterra àquela época indicava o direito dos habitantes do território em geral). Pouco a pouco, o termo foi ganhando conotação de direito geral dos súditos do rei, em oposição a costumes locais.

Frederic Maitland – um dos autores mais reconhecidos sobre o tema de que se trata – explica em sua obra a formação do sistema de *common law*¹³⁶. Com o reinado de Henrique II, os tribunais de direito submetidos à Coroa – conhecidos pela expressão latina *Curia Regis* – ganharam importância, substituindo antigos tribunais locais. Paralelamente, houve mudança brusca no que dizia respeito a crimes e punições na Inglaterra. Algumas ofensas aos costumes que anteriormente eram principalmente objeto de resolução por meio de indenização ou outras formas de pagamento e ressarcimento à sociedade, passaram a ter dentre elas caracterizações de crimes graves, passíveis de pena de morte.

Por volta do ano de 1135, os contornos do que seria o *common law* após a conquista normanda estariam traçados. Suas premissas-chave eram: grande poderio do monarca, importante representação da nobreza e importantes interrelações entre autoridades locais e comunidades. Dessa forma, foi possível haver desenvolvimento do direito consuetudinário em áreas importantes do direito, tais como posse de terras. É importante lembrar que a Inglaterra pós-1066 era lugar de conquistadores estrangeiros buscando afirmar-se no território a que chegavam. Apenas em termos de organização dos tribunais e de suas práticas pode-se dizer que a evolução do *common law* se deu no século XIII.

¹³⁶ MAITLAND, Frederic William. Henry II and the Criminous Clerks. *The English Historical Review*, v. 7, n. 26, p. 224-234, 1892.

Entendemos o panorama da época porque foi objeto de cuidadosos registros. Como exemplo, é possível citar importante obra de direito da época retratada, escrita por Bracton no segundo quarto do século XIII¹³⁷. O autor conseguiu “desenhar um grande sistema de direito e de processo, arquitetado pelos próprios ingleses”¹³⁸. Bracton escreve sobre a importância de atentar para decisões do passado quando frente a caso novo, de modo a verificar se não houvera situação similar cuja resolução no passado coubesse também ao caso do presente. Outra forma de registro da importância que tinham as decisões judiciais do passado consiste nos chamados *year books* – ou anuários – que desde pelo menos o século XV registravam decisões importantes para a memória jurídica do povo inglês.

Saltando para as inovações de séculos seguintes, a jurisprudência inglesa passou a se valer dos chamados *law reports* a partir do século XVI, já durante o reinado da dinastia Tudor. Havia autores que se dedicavam à compilação de decisões ilustrando determinados pontos ressaltados nos julgamentos dos tribunais, para uso dos juristas, já num formato característico da Idade Moderna.

Dentre eles, destacou-se Edward Coke, responsável por onze volumes de *law reports*, e futuramente reconhecido como importante figura na organização da prática judicial. Coke estabeleceu como objetivo tornar consistentes as regras de atuação dos juízes. De forma sábia, ao comentar julgados, ele dava maior importância àqueles mais recentes¹³⁹. Coke foi decisivo para a diferenciação feita a partir de então entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – ou seja, a diferenciação entre as razões para decidir de determinada maneira e as outras constatações de juízes em decisões que não necessariamente influíam no resultado final da resolução da controvérsia. Até aquele momento, o que era visto como precedente era o resultado do julgamento apenas, sem mencionar as razões por trás da decisão, sendo que

¹³⁷ HUDSON, John. Op. cit., p. 18.

¹³⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., p. 153.

¹³⁹ Se nos voltarmos novamente ao pensamento de Ronald Dworkin, a decisão judicial exige um exercício de moralidade política. Dessa forma, a questão a ser julgada irá demandar do juiz uma reflexão segundo a moralidade política refletida em decisões do passado. Ao fim, o julgador deverá estabelecer se o caso que necessita de decisão pode se valer de raciocínios do passado, de que forma, ou se as práticas sociais recentes exigem inovação no direito. De nada adiantaria julgar caso envolvendo direitos de homossexuais, por exemplo, com a mentalidade do século anterior. Por esse motivo, tivemos no Brasil decisão favorável à união homoafetiva em 2011, algo que se fazia necessário quando observada liberalização de costumes que fez com que muitos casais homossexuais fossem viver em uniões estáveis de fato. A esse respeito, DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.

na Inglaterra da Idade Média não eram registrados os fundamentos nas decisões judiciais e o apelo a precedentes se baseava, como dito, nos resultados finais de litígios¹⁴⁰

De qualquer forma, os *law reports* eram feitos por particulares até o século XVIII, como já mencionado. Por esse motivo, ainda que houvesse entendimento mais ou menos difundido no sentido de que o precedente tinha peso na formação de novas decisões, não havia orientação superior aos juízes nesse sentido. A organização de *law reports* por órgão oficial apenas seria instituída em 1865, quando foi criado o chamado *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*¹⁴¹.

Também no século XVIII iniciou-se a era dos renomados magistrados e juristas ingleses mencionados até hoje a respeito do *common law* contemporâneo. Dentre eles estavam Blackstone e Mansfield. Eles são lembrados por sua inteligência e sensibilidade ao comentarem o uso de precedentes *versus* a evolução do direito contido nas decisões judiciais. Com uso de bastante critério, afirmaram que nem sempre é possível seguir precedentes, e Mansfield foi autor de frase que explica bem como eles devem ser usados: “O direito da Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza.”¹⁴².

De qualquer forma, a doutrina do precedente foi ganhando gradativamente mais importância na Inglaterra. No ano de 1833, o magistrado James Parke chegou a observar que para “alcançar uniformidade, consistência e certeza”, as regras derivadas de precedentes, exceto se inconvenientes a determinado caso, deveriam ser aplicadas a “todos os casos que surgissem”¹⁴³.

O momento mais lembrado como determinante para a constatação da força do precedente foi o do julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, em que a *House of Lords* (tribunal mais importante da Inglaterra) decidiu que ela própria

¹⁴⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 32.

¹⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.*, p. 163.

¹⁴² *Ibid.*, p. 158.

¹⁴³ DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 32.

estaria vinculada por decisões suas no passado. A inovação seria possível, contanto que houvesse possibilidade de demonstrar razão pela qual o tribunal deveria divergir da *ratio decidendi* declarada em casos anteriores tratando de assuntos semelhantes, mas seria impossível daí em diante que a *House of Lords* ignorasse julgamentos feitos anteriormente como se nunca houvessem existido.

Nesse contexto, é esclarecedora a visão de Neil Duxbury sobre a autoridade que o precedente adquiriria:

“A autoridade do precedente é independente da opinião do tribunal sobre sua correção ou incorreção; de fato, juízes do *common law* por vezes observam que o fato de considerarem decisão anterior como sendo incorreta provavelmente não será razão suficiente para que possam divergir da mesma.”¹⁴⁴

Portanto, poucas foram as ocasiões deste então em que a *House of Lords* se valeu da possibilidade chamada *overruling*, isto é, inovar em decisão demonstrando que os precedentes deveriam ser superados.

Como também já foi mencionado, ao final do século XIX criou-se órgão oficial na Inglaterra para consolidar os importantes julgados em termos de precedente e, assim, foi possível reforçar a ideia de que as decisões futuras deveriam tomar por base decisões históricas. O *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales* teve importante papel ao selecionar os julgados que teriam ampla divulgação, sendo que o órgão procurou tornar o processo de seleção de precedente vinculante mais hígido. Os critérios para que determinada decisão viesse a integrar os *law reports* eram existência de novo princípio ou regra; mudança significativa do princípio ou regra; soluções de questões tidas como controversas, geradoras de dúvida; e decisões com interesse instrutivo.

A doutrina do *stare decisis* e a força do precedente na Inglaterra só foram aumentando desde então. O precedente foi considerado vinculante por reiteradas decisões: *Beamish v. Beamish*, como mencionado, *Bradford v. Pickles* (1895) e, finalmente, *London Tramways Company v. London County Council* (1898), em que

¹⁴⁴ Ibid., p. 24. Tradução própria.

a *House of Lords* afirmou que suas decisões vinculavam todas as que fossem proferidas no futuro por tribunais inferiores.

A partir deste momento, é necessário olhar para outras jurisdições que seguiram a Inglaterra ao adotar o modelo de *common law*. A análise de suas particularidades mostrará que o conservadorismo inglês não foi propriamente mantido em outras nações, sem que isso descaracterizasse sistemas jurídicos que também são de *common law* e funcionam de maneira muito diferente daqueles de *civil law*.

Vizinha da Inglaterra, a Escócia historicamente deu menos importância à ideia de vinculação ao precedente. Como coloca J. Cameron:

“A diferença entre o desenvolvimento do direito de precedente na Escócia e na Inglaterra é bem conhecida. A autoridade do precedente isolado foi estabelecida na Inglaterra muito antes de os tribunais escoceses aceitarem qualquer doutrina do tipo. A diferença se reflete também no direito consuetudinário, e se voltarmos-nos dos autores escoceses a Coke, podemos encontrar grande contraste. Os escoceses não separam de forma clara costume como fonte de direito e *common law* estabelecida por decisões. Ambos são tratados conjuntamente, e tais costumes locais e variantes que existem são tratados como parte do *common law*. Coke, por outro lado, claramente separa costume e *common law*, como distintas fontes do direito; para ele, *common law*, costume e lei estatutária são os três ‘triângulos’ do direito na Inglaterra.”¹⁴⁵

O país teve contato com o modelo inglês e, por sua hegemonia na Europa, também com o modelo de *civil law*. Durante séculos, os tribunais escoceses não optaram claramente por um modelo. Ao final do século XVIII, enquanto a Inglaterra tinha cada vez mais difundida a ideia de adesão a precedentes, exceto quando manifestamente não fizessem sentido, a situação da Escócia era de dúvida quanto ao caminho a seguir. Os juristas escoceses não estavam convencidos de que era boa ideia adotar a doutrina do precedente.

¹⁴⁵ CAMERON, J. T. Custom as A Source of Law in Scotland 1. *The Modern Law Review*, v. 27, n. 3, p. 320, 1964. Tradução própria.

Nessa época, aconteceu um importante congresso europeu de juristas, justamente voltado à discussão do *stare decisis*. O congresso tomou lugar em Metz (França). Não se previu, porém, a Revolução Francesa, que traria consigo o advento de um código civil para o país (o chamado *Code Napoléon*). A partir da edição do código francês, as nações que outrora discutiam a teoria do *stare decisis* enxergaram mais uma possibilidade concreta – a codificação – e ficaram com três possibilidades: seguir o sistema inglês; seguir o sistema de *civil law*, prestigiando sobretudo a lei promulgada pelo Legislativo; e tentar conciliar ambos, procurando meio termo entre esse e aquele, não rejeitando os precedentes, tampouco reconhecendo a força vinculante que eles exerciam sobre os tribunais ingleses.

No século XIX, a Escócia finalmente recepcionou a teoria do *stare decisis*. Um importante fator decisório foi o ensino do direito no país, influenciado por docentes ingleses que iam lecionar na Escócia. De qualquer forma, a adoção da doutrina do precedente foi menos radical e não seguiu totalmente os moldes ingleses, uma vez que os tribunais escoceses somente inclinam-se à adoção de precedentes quando eles efetivamente formam jurisprudência em determinado sentido (e não quando há uma única decisão sobre o tema prolatada por determinado tribunal, mesmo que seja precedente recente).

Os Estados Unidos também adotaram o sistema de *common law* e que não pode ser ignorado nesta análise. Afinal, os EUA são atualmente a economia mais importante do mundo e, estando situados no continente americano, buscam exercer influência sobre os demais países da América, incluindo o Brasil. Hoje, com a divulgação de notícias de outras partes do mundo em tempo real, é comum a observação de manchetes no Brasil a respeito de determinado julgamento proferido pela Suprema Corte americana – talvez porque o brasileiro tenha bastante interesse nos julgamentos de casos paradigmáticos desde que o Superior Tribunal Federal passou a televisionar suas sessões, tornando-as mais acessíveis ao público.

Por conta da herança inglesa na colônia americana, os EUA costumeiramente observaram o direito de seus colonizadores, mesmo quando adquiriram independência. Assim é que até hoje estudam-se os ensinamentos de Blackstone, dentre outras figuras britânicas, nas faculdades americanas.

Por outro lado, desde a promulgação da constituição dos Estados Unidos, adotou-se o federalismo no país. Na prática, os Estados ganharam muita autonomia para legislar conforme entendimentos da população local, que escolhe representantes próximos de sua realidade e conta com eles para estabelecer regras de convivência social adequadas ao pensamento local, seja ele mais provinciano ou cosmopolita. Diferentemente do que acontece no Brasil, é possível que os Estados legislem inclusive sobre matéria de direito penal.

No cenário imediatamente pós-1776, as fontes do direito estavam consolidadas como sendo a constituição americana, as (poucas) leis federais e as estaduais e as regras do direito consuetudinário em geral¹⁴⁶. Nesse cenário também, houve a publicação dos primeiros *law reports* dos EUA, a qual teve início em 1789, no Estado de Connecticut. Outros Estados logo implementaram seus próprios compêndios de julgados para consulta de juristas e tribunais. Ainda, houve casos em que tribunais estaduais promoviam a organização dos *law reports* por si próprios.

O cenário desde então mudou pouco. Há adoção da teoria do *stare decisis*, sem dúvida, porém há menor inércia diante da existência de um precedente. Nos EUA, muito se usa de *distinguishing* e *overruling* para que a aplicação do direito seja moldada às necessidades dos cidadãos americanos, especialmente quando há direito a determinada liberdade individual envolvida – tradição dos tribunais em respeito à constituição, que é altamente fundada nesses princípios.

Em outro país da América do Norte, o Canadá, houve significativa influência do sistema de *civil law* porque a colonização não foi só inglesa, e sim inglesa e francesa. De qualquer forma, sabe-se que o Canadá hoje tem apenas uma “província francesa” – Québec¹⁴⁷ – e o resto do país tem herança inglesa, herdado o sistema de *common law*. Por ser ainda parte da Commonwealth britânica, há certas decisões proferidas por tribunais ingleses que ainda exercem poder persuasivo no Canadá. Contudo, também é importante notar que os tribunais

¹⁴⁶ Das quais algumas foram rechaçadas por fazerem pouco sentido no Novo Mundo. A primogenitura e as regras sobre propriedade de terras, por exemplo, foram abandonadas em país de dimensão continental que realmente precisava que suas terras fossem ocupadas e cultivadas. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., p. 166.

¹⁴⁷ Onde, ainda assim, os precedentes são considerados como vinculantes e respeitam-se as decisões tomadas pela Suprema Corte canadense, em Ottawa. Ibid, p. 170.

canadenses se miram em algumas decisões tomadas nos Estados Unidos, por conta de o país vizinho ter forte tradição democrática e de proteção às liberdades individuais.

No Canadá, o *Colonial Laws Validity Act*, em 1865, passou a fazer com que as normas do *common law* não fossem mais aplicáveis quando contrárias às leis ou costumes do povo canadense.

A conclusão a respeito das características do *common law*, como esse tipo de sistema se desenvolveu até hoje, é de que costumes e precedentes – mais ou menos diferenciados entre si, a depender do país – são fonte do direito central e jamais ignorados. As leis promulgadas pelo Legislativo cedem espaço a tais outras fontes, uma vez que normalmente têm caráter complementar.

Neste momento, encerra-se a discussão do tópico a respeito de *common law*. O objeto de discussão deste ponto em diante será *civil law*, o tipo de sistema jurídico herdeiro da tradição romana.

No *civil law*, as leis e codificações de normas são as principais fontes do direito, aquelas em que costumeiramente os tribunais se baseiam para tomar decisões em casos concretos.

Na introdução de sua obra *Roman Law and the Origins of the Civil Law*, George Mousourakis consigna: “A tradição¹⁴⁸ de *civil law* é a mais antiga e mais prevalente tradição jurídica no mundo atual, compreendendo sistemas da Europa continental, América Latina e de muitos países da África e da Ásia.”¹⁴⁹. De fato, é impossível ignorar um fenômeno milenar do direito de tais proporções.

A origem do *civil law* remonta à interação entre três forças principais: direito romano, direito consuetudinário germânico (que, apesar de não ter sido determinante para *civil law* como foi para *common law*, teve sua influência) e direito canônico da igreja católica. Dentre essas forças, o direito romano aparece como a

¹⁴⁸ Sobre o uso do termo “tradição jurídica” em vez de “sistema jurídico”, Merryman aponta que este se refere à organização judiciária do Estado em si, enquanto aquele seria mais apropriado para referência a tipos dessas organizações com semelhanças ao longo da história. MERRYMAN, John Henry; PERDOMI, Rogelio Pérez. *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica, 2015., p. 13.

¹⁴⁹ MOUSOURAKIS, George. *Roman law and the origins of the civil law tradition*. Berlin: Springer, 2015., p. vii. Tradução própria.

mais antiga, primeira catalisadora do *civil law* e sua principal influência, a partir do momento em que foi codificado pelo Imperador Justiniano, no século VI. Por todas essas características do direito romano, sua essência será abordada nos próximos parágrafos.

Ainda de acordo com Mousourakis, o direito romano teve duas importantes fases. A primeira envolveu sua aplicação na Roma Antiga. De fato, desde que Roma tornou-se cidade-Estado, e perdurou até o século VI, quando Justiniano promoveu o famoso *Corpus Iuris Civilis* e difundiu a partir do Império Bizantino o conteúdo do direito romano tal como o conhecemos hoje. Durante a longa fase de mais de um milênio, o direito romano foi se adaptando a mudanças sociais, principalmente derivadas do ganho de importância e da expansão do Império Romano.

A segunda importante fase do direito romano foi de esquecimento e posterior difusão na Europa. Depois do fim da Idade Antiga, sobreveio a chamada Alta Idade Média, em que o sistema de produção feudal teve muita importância e isso dificultava a difusão de cultura entre uma e outra comunidade. Quem detinha o conhecimento sobre a cultura clássica era o clero, uma das poucas parcelas da população que era letrada e tinha contato com obras antigas, até para reproduzi-las por meio de cópias manuscritas.

A partir do século XI, o cenário descrito começou a mudar. O direito romano foi “redescoberto” na Europa¹⁵⁰. Juristas medievais (agora já na chamada Baixa Idade Média) foram responsáveis por dar continuidade ao seu estudo – o que foi potencializado pelas universidades que começavam a surgir – e chegaram a adaptar institutos do direito romano à época medieval, a fim de orientar a criação de novas normas nos sistemas jurídicos da Europa na Idade Média. Nesse período¹⁵¹, a Europa começava a conjugar os ensinamentos do direito romano, os costumes de povos germânicos e o direito canônico da igreja para formar o *civil law*.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. viii.

¹⁵¹ Coincidentemente o mesmo período pós-conquista na Inglaterra em que se iniciava o desenvolvimento do common law, como visto antes neste mesmo tópico.

A partir do século XV, porém, as reformas políticas no sentido de surgimento dos Estados-nação e o crescimento do sentimento nacionalista afetaram de diversas maneiras esse direito em construção. Nos séculos XVIII e XIX surgiram codificações de leis, maneira pela qual os cidadãos – por meio de seus representantes – buscavam dar maior segurança aos direitos e deveres deles próprios. O direito romano deixou de ser fonte direta do direito europeu, tornando-se parte da história, ainda que se saiba que a interpretação de normas por meio de sua história nunca deixou de ser valorizada no direito tal como o conhecemos.

Sobre a influência do direito canônico nos sistemas de *civil law*, alguns pontos são interessantes e merecedores de comentário. Como visto, o direito canônico foi se desenvolvendo com força a partir da crise do Império Romano, principalmente a partir do século VII¹⁵², pois a atividade jurisdicional laica – assim como todas atividades administrativas que formavam a estrutura de governo – estava em crise junto com o próprio Império. Nesse momento, a igreja ganhava cada vez mais poder político.

Naturalmente, a igreja passou a exercer função civil outrora a cargo do governo, e o bispo de Roma adquiriu posição de poder supremo. Os tribunais da igreja foram ganhando prestígio, capilaridade e, no Império Bizantino – que prosperava à época –, integraram-se à sociedade de modo indissociável. É certo que, em seu período de formação, o direito canônico tomou emprestados institutos de direito romano; porém o uso de ideais cristãos para a criação de novas regras foi diferenciando um e outro. As principais fontes de direito canônico em seu auge eram decretos papais e cânones dos conselhos eclesiásticos.

Indiretamente, os povos europeus herdaram influências de direito canônico ao estudarem o direito bizantino na época do Renascimento¹⁵³. Os juristas humanistas da época miraram-se no direito bizantino como parte da herança romana que traziam aos Estados europeus, enxergando nele importantes elementos para sua reconstrução. Os juristas iluministas voltaram-se tanto a aspectos seculares quanto de direito canônico do direito bizantino quando da restauração de seu estudo, o que resultou em legados para os sistemas de *civil law*

¹⁵² Ibid., p. 222.

¹⁵³ Ibid., p. 231.

principalmente no que se refere a normas sobre casamento, sucessão e obrigações, além de influência sobre direito penal e processual¹⁵⁴.

Acerca da influência dos costumes germânicos para os sistemas de *civil law*, é possível afirmar que ocorreu da mesma forma que para os sistemas de *common law*. No entanto, a Europa continental teve seu desenvolvimento histórico muito mais ligado ao dos impérios Romano, Bizantino e Carolíngio, motivo pelo qual foi muito mais forte a interação do continente com o direito romano e com o direito canônico. Os costumes tornaram-se fonte do direito também nos países de *civil law* – principalmente em determinadas áreas, tais como direito comercial – mas eles e os precedentes usualmente cedem lugar ao direito legislado e codificado quando tal recurso é possível.

Em que momento, portanto, foi possível falar em *civil law* contemporâneo?

A resposta simples para a indagação é: após o movimento de codificação de leis, que se iniciou na Europa no século XVII. Como a História nos ensina, o Iluminismo propagou ideais nacionalistas, e com eles veio o desejo dos povos europeus pela compilação de cada direito nacional. Conforme ensina Mousourakis, houve dois fatores correlacionados determinantes para que o direito convergisse à codificação: a necessidade de que se estabelecesse unidade jurídica dentro de cada território nacional e a necessidade de que fosse estabelecido sistema jurídico racional, compreensivo e efetivamente sistematizado para atender às demandas da época¹⁵⁵.

A partir daí, surgiram codificações nos reinos da Dinamarca (1683), Suécia (1734), Bavária (1756), Prússia (1794) e Áustria (1811). No entanto, o mais lembrado corpo de legislação surgido à época foi o Código Civil Francês, no início do século XIX – em 1804, que ficou conhecido pelo codinome *Code Napoléon*, em memória do estadista francês que governava.

Retomando brevemente os aspectos históricos do Código Civil Francês de 1804 – já ventilados no item 2 deste trabalho –, o *Code Napoléon* foi resultado direto da Revolução Francesa ocorrida em 1789. Na ocasião, a população revoltou-se

¹⁵⁴ Ibid., p. 257.

¹⁵⁵ Ibid, p. 286.

contra a tirania do soberano absolutista e substituiu seu governo pelo da Assembleia Nacional. Sobre o período, Eloy Pereira Lemos Junior e Cristiano Batista ensinam que

“(...) a Revolução Francesa foi o grande marco histórico para a consolidação do sistema jurídico denominado civil law (...).

Com a tomada do poder, a burguesia revolucionária promoveu uma verdadeira ruptura com o modelo de Estado absolutista. Nesse contexto, era necessário criar um novo sistema jurídico capaz de afastar as antigas concepções monárquicas e, ao mesmo tempo, limitar a atuação dos magistrados, ainda aliados ao antigo regime.

Em relação a eles, que eram da classe aristocrática, foi-lhes atribuída a função de dizer o Direito, em completa subordinação ao poder Legislativo, em razão do receio de que pudessem frustrar os fins da revolução, caso permanecessem com o poder e a liberdade de aplicar livremente o Direito. Para atender à necessidade de controlar a atuação judicial estabeleceu-se a primazia da lei, ficando o trabalho dos juízes limitado à aplicação literal do texto legal.”¹⁵⁶

Após período conturbado de troca de líderes, Napoleão Bonaparte assumiu o governo em 1799. O Código Civil foi promulgado em 1804, durante reforma legal desse governo, e ganhou enorme repercussão histórica por ser mais um símbolo de ruptura com o despotismo. A partir do momento em que a população dispunha de um código revolucionário, eram claras as obrigações a que todos, sem exceção, precisariam se submeter.

Merryman esclarece aquele que passou a ser o espírito da época, tendo a Revolução Francesa repercutido em outras nações:

“A insistência em uma completa separação de poderes, com toda a carga de elaboração de leis sobre os representantes legislativos, exigia que o poder judicial visse a si mesmo despojado

¹⁵⁶ JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; BATISTA, Cristiano. PRECEDENTES JUDICIAIS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE TRADIÇÃO CIVIL LAW. Revista Direito em Debate, v. 27, n. 50, pp. 53-54, 2018.

de todo o poder legislativo. A experiência com os tribunais pré-revolucionários fez com que os franceses ficassem muito cautelosos quanto aos juízes legisladores disfarçados de meros intérpretes. Por isso, alguns autores argumentavam que os juízes deveriam ser despojados inclusive do poder de interpretar a lei. (...) Apesar disso, ao mesmo tempo, o juiz deveria decidir acerca de todos os casos que lhe fossem apresentados. As premissas de direito natural laico requeriam que a justiça fosse acessível a todos os franceses e não deveriam existir áreas em que fosse aceita a seleção ou a discricionariedade dos juízes para o exercício da jurisdição.”¹⁵⁷

Novamente, Mousourakis explica com simplicidade e clareza o que o Código representou:

“O novo código, expressão de poder da classe média, representava ruptura com o sistema jurídico anterior, que viria a substituir, de forma tanto material quanto formal. Mesmo os muitos institutos e regras pré-revolucionárias incorporados no código eram tidos como geradores de efeito apenas por conta dessa incorporação como parte da nova legislação. No entanto, apesar da ruptura formal com o *ius commune*, o código era necessariamente construído a partir de conceitos familiares à cultura, às instituições e aos modos de pensar derivados do sistema anterior. Assim, muito da tradição jurídica anterior, com nova base ideológica, foi levada ao novo código.

A importância do Código Napoleônico é atribuída não somente ao fato de que ele promoveu a unidade jurídica na França, mas também ao fato de que ele foi adotado, imitado ou adaptado por muitos países ao redor do mundo. Isso se deveu parte à sua clareza, simplicidade e elegância que o tornaram conveniente artigo de exportação, parte à influência que tinha a França no século XIX.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ MERRYMAN, John Henry; PERDOMI, Rogelio Pérez. Op. cit., p. 59.

¹⁵⁸ MOUSOURAKIS, George. Op. cit., p. 290. Tradução própria.

Ainda é importante que se faça uma análise, mesmo que breve, de como é o *common law* hoje, pouco modificado em sua essência desde a época das codificações.

Geograficamente, a distribuição desse tipo de sistema jurídico é muito ampla, em função do colonialismo europeu. Há estudiosos, inclusive, que preferem dividir a tradição de *civil law* em dois grupos, a de herança francesa e a de herança germânica¹⁵⁹. Por essa divisão, os herdeiros da tradição francesa teriam dentre eles Itália, Espanha, partes do Oriente Médio, do norte africano e da África subsaariana, da Indochina, da Oceania, a Guiana Francesa e o Caribe francês. Bélgica e Luxemburgo preservam hoje em dia versões do Código Napoleônico com revisões.

A herança germânica foi abraçada por países como Itália (que, como mencionado, também recebeu herança francesa), Grécia, Portugal, Japão, Coreia, Tailândia, China (no caso desses três últimos, tanto diretamente quanto indiretamente pelo Japão), Áustria, Hungria, Suíça e a antiga Iugoslávia.

Ainda, outro aspecto geográfico no tocante aos sistemas de *civil law* é que eles se manifestam em países tradicionalmente herdeiros do *common law*, mas que tiveram alguma colonização francesa. Esse é o caso da província de Québec, no Canadá, e do Estado de Louisiana, nos Estados Unidos¹⁶⁰.

Os países ou territórios que hoje cabem na classificação de *civil law* tampouco têm em comum apenas sua história. Há outras características, relacionadas ao direito em si, que os unem na mesma comunidade.

De acordo com os autores Zweigert e Kötz¹⁶¹, há cinco elementos que distinguem determinada tradição jurídica: história; base de raciocínio jurídico; institutos; fontes do direito e ideologia. Todos esses fatores, ainda que em maior ou menor grau a depender do contexto local e temporal considerado, teriam de ajudar

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 298.

¹⁶⁰ Como já mencionado, os EUA adotaram o federalismo em sua constituição, o que deu ampla liberdade aos Estados para que promulgassem legislação própria. Por isso, Louisiana tem a peculiaridade de seguir o *civil law* mesmo sendo parte de um Judiciário maior sujeito à *common law*. Enquanto as decisões são locais, elas seguem prioritariamente as leis, e não os precedentes, no Estado em questão.

¹⁶¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. apud MOUSOURAKIS, George. Op. cit., p. 302.

um pesquisador em direito a distinguir um sistema de *civil law* de outro de *common law*.

Historicamente, a herança dos sistemas de *civil law* remonta ao Império Romano, enquanto o *common law* era praticado por povos anglo-saxões. Na maior parte do mundo medieval, os escritos clássicos ganharam projeção a partir do século XI, tendo sido o direito romano bastante profícuo e objeto de regras esquematizadas por Justiniano, e por isso servindo de fonte de inspiração para os estudiosos europeus que buscavam atualizar os ditames sociais rígidos do feudalismo. A única parte da Europa que resistiu com eficácia à implementação de um sistema jurídico baseado na legislação estatutária – porque tinha forte apego ao direito baseado em costumes, que, de toda forma, funcionava muito bem localmente – foi a Grã-Bretanha. Portanto, é fácil enxergar como fatores históricos são bastante característicos de um ou outro sistema, pois ambos dependem da interação histórica com países europeus continentais ou com a Grã-Bretanha (ou, se houver ocorrido ambas, depende de qual foi a mais significativa).

Tão ou mais interessante é o fator que corresponde à forma de raciocínio jurídico privilegiada em um ou outro sistema. Nos países de *civil law*, há prevalência de prática jurídica baseada no raciocínio sobre categorias abstratas. Em essência, a legislação nada mais é do que um conjunto de normas que tendem a abranger situações de forma ampla, não específica, pois o legislador não é capaz de prever tudo quanto poderá ocorrer no futuro. Por esse motivo, Mousourakis afirma:

“Consequentemente, o raciocínio jurídico nos países de *civil law* é basicamente dedutivo. O raciocínio dedutivo começa a partir de um amplo princípio ou norma expressa em termos gerais; seguido de uma consideração sobre os fatos do caso particular e da aplicação do princípio a tais fatos com vistas a alcançar uma conclusão. O raciocínio jurídico em *civil law* (...) se move do geral para o mais específico. Ao empregar esse tipo de raciocínio, o advogado no *civil law* pode apresentar um argumento jurídico como se houvesse apenas uma solução para qualquer questão jurídica. (...) O direito no *civil law* é visto mais como “descoberto” do que como “feito” para cada caso individual por meio da aplicação de

raciocínio dedutivo ou, caso necessário, por analogia ou a contrário.”¹⁶²

O praticante do direito no civil law é, portanto, uma espécie de acadêmico muitas vezes, que estuda o significado da norma. Nos países de *common law*, a importância dos precedentes faz com que o raciocínio seja mais indutivo do que dedutivo, além de o comportamento dos profissionais do direito ser amplamente voltado para os fatos de determinado caso, pois – não havendo muitas vezes norma geral sobre a qual argumentar – podem ser eles que determinam o uso do *distinguishing* ou do *overruling* por um tribunal. No tocante aos demais critérios reconhecidos por Zweigert e Kötz para a distinção entre tipos de sistemas jurídicos, há pouco a comentar que não foi já dito. Com relação aos institutos, há peculiaridades que o *civil law* herdou do direito romano: o conceito de ato jurídico, o de enriquecimento sem causa, dentre outros persistentes no direito atual. Por outro lado, o *common law* tem institutos rígidos importantes, como *trusts*, *deeds* etc., que não têm correspondência exata para o *civil law*.

Acerca das fontes do direito, novamente ressalta-se que o civil law é bastante baseado na legislação promulgada pelo Legislativo e normalmente codificada; e o *common law* serve-se majoritariamente de precedentes e costumes. A ideologia é o último critério de diferenciação a ser mencionado, pois *civil* e *common law* não são tradições jurídicas herdeiras de ideologias com diferença importante.

Do momento presente em diante, é incerto como cada um dos sistemas irá se desenvolver – ou mesmo se um ou outro acabarão ou se fundirão. A globalização progressiva tem feito com que os funcionamentos de um e de outro modelo sejam divulgados mundialmente; afinal, o direito é assunto de interesse indiscutível para os sujeitos desses direitos. O caso brasileiro, analisado ao longo deste trabalho, é exemplo da tendência de incorporação de práticas de um sistema em outro, questão que será mais bem respondida no item 3.7.1 deste trabalho, após a análise dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

¹⁶² Ibid., p. 303. Tradução nossa.

3.3 A diferença entre o conceito de precedente e a jurisprudência dominante

Diferenciar precedente da jurisprudência é, segundo José Rogério Cruz e Tucci, discutir as fontes do direito e contrapor os sistemas legais do *common law* e *civil law*¹⁶³. O precedente significa uma ruptura com o método hermenêutico da época clássica do direito romano e da supremacia da lei escrita para atentar-se em um primeiro plano às circunstâncias fáticas da controvérsia e ao princípio jurídico desenvolvido na motivação do ato decisório.

Hermes Zaneti Júnior expressamente estabelece que entre precedente e jurisprudência não há sinonímia. Jurisprudência é uma fonte indireta, secundária e material do direito que não possui força vinculante ou a capacidade normativa de uma força primária. Representa uma tendência, o posicionamento de determinado tribunal sobre tema jurídico específico, sem que ocorra vinculação. Para o autor, precedente são o resultado da “densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”¹⁶⁴, resultado de uma atividade argumentativa do intérprete do direito, que é vinculativa. Trata-se uma decisão que racionalmente vincula a atividade jurisdicional futura, independente de quantas decisões tiverem sido proferidas sobre aquele determinado assunto¹⁶⁵.

Michele Taruffo, a seu turno, diferencia jurisprudência e precedentes com base na quantidade de julgados produzidos sobre determinado assunto e, via de consequência, na qualidade do resultado da prestação jurisdicional, em razão de não se basearem em enunciados abstratos de direito. Seu conceito não está atrelado à clássica diferenciação de que precedentes se formam no sistema *common law* ao passo que a jurisprudência, no sistema *civil law*, se forma a partir da interpretação da lei escrita. Essa classificação advém da aproximação entre os dois sistemas (tratadas no item 2.2 deste trabalho) e na percepção dos impactos inerente a ela, que ocorrem em duas dimensões: teórica e prática.

¹⁶³ Ob. p. cit. p. 9-10.

¹⁶⁴ Ob. p. cit. p. 323-324.

¹⁶⁵ Ob. p. cit., p. 319-320.

No âmbito prático, o doutrinador estabelece como característica predominante do precedente as circunstâncias fáticas, pois o precedente se imiscui de maneira profunda à *fattispecie*, tornando-o, sempre, uma solução particularizada. A decisão não se tornará precedente em razão da particularização, mas, sim, da capacidade de projetar efeitos prescritos ou normativos para casos sucessivos e semelhantes. Uma regra é extraída do caso particularizado da qual se propõe uma solução universal para casos que partem das mesmas premissas fáticas.

A jurisprudência, por sua vez e tal qual adiantado no início deste tópico, diferencia-se acima de tudo em razão dos critérios quantitativos e qualitativos. Se o precedente é único, a jurisprudência sempre será plural. Se o precedente demonstra como determinada situação deve ser tratada quando repetida, a jurisprudência produz enunciados, regras jurídicas que de certo modo se distanciam dos fatos que lhe deram suporte para se aproximar da norma abstrata (melhor interpretação).

Além disso, o precedente tem como característica a incidência de seus efeitos no plano vertical, sempre de cima para baixo, cujo objetivo é o efeito vinculativo. Quanto maior for o grau do Tribunal que prefere o precedente, tanto maior será a força daquele precedente para o sistema jurídico no qual está inserido. Na direção horizontal, no entanto, o precedente é, a princípio, dotado apenas de força persuasiva e, nesta categoria, encaixar-se o auto precedente. Sob os efeitos em sua direção horizontal, para Taruffo e outros doutrinadores, a força vinculativa do autoprecedente (precedente cuja referência é o próprio órgão julgador que analisará o caso sucessor) não se aplica em razão do argumento de autoridade daquele determinado tribunal, mas existe em razão de outro princípio jurídico, o da igualdade.

Já em sua dimensão teórica, o precedente se “caracteriza de maneira peculiar a estrutura de argumentação jurídica em ordem à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja quando o precedente vem trazido em sede de análise doutrinárias, seja quando faz referência no âmbito da interpretação judicial

do direito”¹⁶⁶. O doutrinador, ainda, esclarece que a aproximação entre os dois sistemas coloca o precedente no topo das regras interpretativas que devem ser desenvolvidas na argumentação da decisão judicial (critério tópico), colocando, inclusive, em segundo plano as estruturas silogística-dedutiva e dogmática-sistemática.

Evaristo Aragão Santos entende que precedentes têm dois sentidos, amplo e estrito¹⁶⁷. No sentido amplo, trata-se da potencial influência que exerce sobre outros precedentes. No sentido estrito, trata-se de um pronunciamento judicial que deve ser adotado para casos semelhantes em razão da autoridade do órgão prolator e da consistência do pronunciamento.

Portanto, para Santos, considerando que a jurisprudência também é um termo polissêmico e da sua concepção de precedente é que atualmente não há diferenças relevantes porque na prática qualquer decisão capaz de influenciar outras decisões, de maneira vinculante ou não, precedente se diferencia de jurisprudência sob o viés negativo, ou seja, aquilo que o precedente não é. Para o doutrinador, a mais relevante distinção se encontra na pluralidade de decisões necessárias à sua formação, inerente à jurisprudência¹⁶⁸.

Luiz Henrique Volpe Camargo, em sentido similar a Santos, entende que a definição básica de precedente a partir da dinâmica do sistema romano-germânico passa pela não vinculação e jurisprudência representa pluralidade. Um é substantivo singular e a outra substantivo coletivo¹⁶⁹.

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, vol. 199, set/2011, p. 139-140.

¹⁶⁷ Essa distinção é feita com ressalva porque, a despeito que a faça no artigo de sua autoria sobre este tema, esclarece que “Havendo um significado ‘amplo’ para o termo precedente judicial, é de se supor existir, também, um ‘estrito’. Sim e não. Na verdade, acredito que o significado do termo precedente judicial, no atual estágio do nosso ordenamento jurídico e da nossa prática judiciária, não tenha como ir além de sua acepção ampla. Precedente judicial, como disse, é normalmente empregado para designar qualquer decisão prévia possivelmente relevante para influenciar no julgamento de um caso posterior”. Todavia, conclui que “Isso, porém, não nos impede de conjecturar a respeito de uma acepção ‘estrita’ para o termo precedente judicial. Sim, porque cada vez mais essa expressão tem sido empregada entre nós para designar algo além de uma mera decisão potencialmente persuasiva.” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

¹⁶⁸ Ob. p. cit. p. 141-142.

¹⁶⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 555-556.

Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, adota os critérios quantitativos e qualitativos de Taruffo para diferenciar jurisprudência de precedente, mas entende que entre jurisprudência dominante e precedente há características muito comuns que permitem assemelhar os institutos e, portanto, acabam por influir na conceituação dos institutos.

Para tanto, parte da premissa que a Justiça Estatal é ofertada (na medida em que existem outras opções – como a conciliação, mediação, Tribunais Administrativos e etc.) e que para entender o atual papel do Judiciário passa por considerar objetivos inerente ao processo, como o de pacificação da Jurisdição (art. 3º, 2º, CPC¹⁷⁰), e, por outro lado, lidar com a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF¹⁷¹) e o excesso de demandas, cujo índice de congestionamento, apesar de resultados positivos no ano de 2019 (ano base 2018) ¹⁷², permanece alarmante e não soluciona de maneira real o problema.

Essas premissas têm especial relevância para definir a jurisprudência, na medida em que, considerando que ação é um direito e jurisdição é um poder (vide item 1.2 deste trabalho), há uma correlação desses termos com a jurisprudência. Afinal, se a jurisprudência é o resultado da atividade jurisdicional por meio do exercício do direito de ação, evidentemente que se trata de parte essencial da semântica referente ao objeto de análise, o ponto de partida.

A redefinição do conceito de jurisdição trouxe, para o produto (leia-se, decisão), a necessidade de alinhamento com anseios sociais. A partir de critérios comuns e reiterados, chega-se ao conceito de jurisprudência, mas cujo conteúdo vem sendo paulatinamente alterado em razão da descentralização dos conflitos e

¹⁷⁰ O estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

¹⁷¹ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁷² Segundo relatório produzido pelo CNJ, “O estoque processual diminuiu em mais de um milhão de processos nos últimos dois anos (-1,4%). Esse resultado foi extremamente positivo, pois, até 2016, o aumento do acervo era recorrente. Em 2017 houve estabilização do estoque, culminando com a queda verificada em 2018. Os dados são reflexo do aumento no total de processos a mais que os ingressados. Cabe pontuar que tal resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve sua produtividade em que pese a redução de 861 mil novos processo, ocasionando queda, somente neste segmento de justiça, de 656 mil casos pendentes.” (Relatório acessado em 6.10.2019, às 13:53, por meio do seguinte endereço eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/>)

até mesmo do compartilhamento da Jurisdição com órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário¹⁷³.

A releitura de seus institutos fundantes, inclusive e especialmente o interesse de agir, denuncia a intenção de descentralização da Justiça. Ao assim proceder, ressignifica-se o conceito de jurisprudência e se acresce a ele o potencializador adjetivo dominante, que amplifica os efeitos jurisprudências, às vezes a altos custos¹⁷⁴.

Essas regras jurídicas, todavia, têm força normativa menor do que a própria lei – ainda que adjetivadas como dominantes ou mesmo quando sumuladas ou ainda quando a própria lei conferir a necessária obediência – simplesmente porque podem ser alteradas a qualquer tempo, sem maiores formalidades. Contudo, isso não afasta o fato de que, de forma crescente, a jurisprudência, especialmente a dominante, tem assumido importância de destaque e que a sua observância seja exigida, como se vinculativa fosse¹⁷⁵.

Ainda analisando a jurisprudência dominante, Mancuso esclarece que a sua formação ocorre de maneira indutiva, do caso específico para a hipótese geral, em um processo que denomina pirâmide escalonada da jurisprudência. O processo de formação da jurisprudência segue as seguintes diretrizes: (1) reconhecimento de determinado tema em julgados que funcionará como marco inicial, (2) agrupamento de decisões cujos processos tenham sido julgados por meio da dinâmica de

¹⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes. Natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

¹⁷⁴ A adoção da jurisprudência dominante e a concretização dessa jurisprudência em enunciados sumulares traz, por vezes, o que se convencionou denominar jurisprudência defensiva, ou seja, a adoção da técnica para impedir o fluxo de processos e a redução do estoque correspondente por meio da valorização de decisões que nem sempre representam critérios justos. A redução pela redução não se mostra adequada, seja do ponto de vista institucional, seja pela adoção de técnica que não correspondem primariamente a um sistema de precedentes de verdade.

¹⁷⁵ “De tudo resulta que, tirante os usos atécnicos ou impróprios da palavra *jurisprudência* (como também ocorre com a palavra *jurisdição*), é inegável a tendencial expansão da eficácia do direito pretoriano dentre nós, em que pese nossa filiação à família romano-germânica dos direitos codicísticos, e ainda, sem embargo de a jurisprudência, não vir elencada, *expressis verbis*, dentre os meios de integração de nosso Direito, referidos no art. 4º do Dec. Lei 4.657/1042 (texto legal renomeado *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, pela Lei 12.376/2010). Fato é que a jurisprudência, mormente quando qualificada como *dominante* ou *sumulada*, consente uma irradiação de efeitos nos planos endo e panprocessual, e mesmo, em certa medida, ao interno da coletividade, neste último caso operando uma sorte de *efeito preventivo geral*, ao *dissuadir* atos e condutas contrários ao entendimento assentado, e, bem assim, ao desestimular o ajuizamento de pretensões em descompasso com o direito pretoriano assentado.” (ob. p. cit. p. 129-130)

processos repetitivos no âmbito de Tribunais Superiores, (3) organização a partir do quadro formado de decisões e catalogação daquelas que apresentem razoável duração (continuidade) e que tenham orientação similar, (4) se a orientação se mostrar preservada e aplicada a casos relevantes, adjetivação como dominante e, por fim, (5) transformação do precedente dominante em enunciado normativo da súmula dos respectivos tribunais¹⁷⁶.

O autor conclui que a cultura da pirâmide escalonada de jurisprudência e diversos dispositivos legais inerentes ao sistema processual brasileiro, ainda que respeitadas algumas características inerentes ao precedente (como o volume), permite correlacionar precedente e jurisprudência dominante, inclusive em razão dos efeitos pan-processuais na mesma proporção e abrangência que os precedentes, até mesmo no que se refere a garantir a obediência. Essencialmente, aqueles julgados que detêm um caráter qualitativo (relevância, atualidade e consistência) se tornam obrigatórios. Ao tornarem-se enunciados, ganham além dos efeitos pan-processuais, efeitos preventivos, o que, segundo Mancuso, faria ampliar o marco regulatório normativo de direitos e obrigações, exatamente como ocorre com o precedente (art. 332¹⁷⁷ e art. 932, IV¹⁷⁸, ambos do CPC).

Daniel Mitidiero propõe a distinção entre precedentes, jurisprudência e jurisprudência uniformizadora. Para o autor, os precedentes são “razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado *a partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para a sua *previsibilidade*”¹⁷⁹. Ou seja, é um

¹⁷⁶ Ibid. p. 141.

¹⁷⁷ O artigo 332 do Código de Processo Civil garante o efeito preventivo à jurisprudência, na medida em que enunciados de súmulas, acórdãos julgados perante a dinâmica de repetitivos ou decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas permitem ao juiz o julgamento liminar de improcedência. Registre-se que o autor tece e reproduz duras críticas ao referido dispositivo legal (ob. p. cit. p. 149-151) inclusive sob a perspectiva de participação do Réu no processo. Ressalva, contudo, que o equilíbrio do sistema processual encontra guarida na fundamentação da decisão judicial, pois, de maneira sistêmica, o Código de processo civil impede que os paradigmas sejam utilizados sem a correta identificação dos fundamentos determinantes e sem demonstrar o ajustamento do caso concreto aos respectivos fundamentos (art. 489, § 1º, V, CPC).

¹⁷⁸ O artigo 932, IV, do Código de Processo Civil também garante o efeito preventivo à jurisprudência ao determinar que o relator possa negue provimento ao recurso que afrontar enunciados de súmulas, acórdãos julgados perante a dinâmica de repetitivos ou decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 91.

discurso que se forma a partir de outro discurso (motivação da decisão paradigma), cuja autoridade não emana da decisão, mas do próprio órgão prolator, que interpreta o direito naquele caso concreto e torna o resultado da interpretação vinculante.

Quanto à jurisprudência, Mitidiero não faz a diferencia do precedente em razão da vinculação (apesar de reconhecê-la no caso de jurisprudência “tradicional”, ao contrário da jurisprudência vinculante), mas a caracteriza como a atividade reiterada que gera uniformidade e parâmetros. Para o doutrinador, a jurisprudência é um método de trabalho.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez¹⁸⁰, adiciona às questões acima debatidas que precedentes não se relacionam à experiência prévia porque o precedente é dela autônomo. Ainda que a experiência traga ao presente algo do passado, é possível que um precedente seja contrário à experiência prévia, sem que com isso se descaracterize.

O precedente, também, não se confunde com o exemplo, na medida em que o precedente poderá ser revogado independente que o exemplo passado, evidentemente, persista. O fato de que um precedente possa ser revogado apenas demonstra a sua desvinculação ao exemplo.

Marinoni, ainda, diferencia precedente de costume, tendo-os como independentes, mas observa que há uma relação histórica entre eles, de modo que no sistema *common law* aqueles solidificam estes¹⁸¹. Costumes são historicamente anteriores à doutrina de precedentes e desde antigamente comportavam a autoridade legal necessária para que fossem observados.

Portanto, das diversas conceituações acima trazidas, é possível concluir que a jurisprudência tem como características essenciais a pluralidade e a perspectiva hermenêutica da norma aplicável ao caso concreto. Torna-se um elemento de persuasão. O precedente, por lado, parte de um processo particularizado e focado nas premissas fáticas para a construção de uma solução que se pretenda universal

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 85-87.

¹⁸¹ Nesse sentido também, José Rogério Cruz e Tucci, ob. p. cit. p. 15.

para um determinado tipo de problema, reproduzível toda vez que aquela circunstância se fizer presente. Desse modo, a sua observância é obrigatória.

Todavia, a jurisprudência dominante – sumulada ou não – acaba por percorrer processos bastante parecidos ao do precedente, conforme bem convencionou Mancuso. A consequência, independentemente de preservar as particularidades expostas acima, é que a jurisprudência dominante tem potencial para projetar efeito vinculante e repressivo, tal qual um precedente.

As conclusões sobre o conceito de precedente e jurisprudência nos levam ao próximo tópico, a necessidade de entender os elementos que compõem o precedente, do que ele, na prática, é formado.

3.4 *Stare decisis et non quieta movere* e os métodos de aplicação

Em tradução livre, *stare decisis et non quieta movere* significa “mantenha-se a decisão e não disturbe o que foi decidido”. Esse conceito se trata da técnica básica de um sistema de precedentes, do elemento de estabilidade que busca o tratamento igualitário e a previsibilidade necessária ao sistema jurídico, ferramenta técnica que – ao lado dos métodos de superação e aplicação – permite sustentar um sistema de precedentes e a sua vinculação a casos futuros¹⁸².

¹⁸² Interessante notar que as categorizações vinculativa e persuasiva não refletem bem a riqueza teórica do instituto, ainda que demonstre a abordagem usualmente praticada. D. Neil MacCormick e Robert S. Summers esclarecem que os precedentes na Europa continental têm admitido efeito vinculante do precedente de maneira diferente do quanto admitido pelos Estados Unidos da América. Nesse aspecto, não há distinção entre conceitos jurídicos como adstrição, força, função suporte ou exemplificação do precedente. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, não se discute a adstrição ou a força do precedente de maneira explícita, preferindo utilizar os termos precedente obrigatório ou precedente persuasivo. Na Europa, França e Espanha também não fazem distinções, sendo que na Espanha o jurista se limita a discutir se o precedente fonte do direito ou não. Mesmo na Alemanha, que historicamente tem uma abordagem bastante teórica do direito, não se percebe na prática a observação (e tratamento) de outros critérios. Na Polônia, por exemplo, nem os catedráticos têm utilizado essa abordagem mais rica. Essas questões práticas foram levadas em considerações para o desenvolvimento da técnica do *stare decisis* e a discussão do *stare decisis* como técnica e os métodos de aplicação partem da abordagem usual do instituto (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents. A comparative study*. New York: Routledge, 2016, 460-463).

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a regra do *stare decisis* tem origem em 1861¹⁸³, mas apenas ganha corpo definitivo em 1898, com o julgamento do caso inglês *London Tramways Company vs. London County Council*, já citado neste trabalho, no qual houve o reconhecimento da extensão dos efeitos das decisões a outros casos¹⁸⁴. Essa força obrigatória do precedente veio estruturada em uma “hierarquia funcional muito bem articulada”¹⁸⁵ amparada na legislação de organização judiciária que foi promulgada entre os anos 1873 e 1975. Como consequência, o precedente obrigatório alcança dimensão vertical aos órgãos inferiores e eficácia horizontal, para o próprio Tribunal prolator do precedente.

Luiz Henrique Volpe Camargo esclarece que a técnica consiste em identificar na decisão a razão de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) e entender as considerações periféricas (*obiter dicta*), cujo resultado é a extração de um enunciado universal por meio de uma tarefa bastante complexa (inclusive se comparada ao processo hermenêutico de interpretar a lei¹⁸⁶). A *ratio decidendi* está representada pelo arcabouço de premissas fáticas que são relevantes para estabelecer o princípio por detrás do precedente e que estão diretamente ligadas à solução do caso. Por exclusão, *obiter dicta* são os demais fatos (relevantes, mas não essenciais à construção da norma)¹⁸⁷.

¹⁸³ O doutrinador relata o caso *Beamish v. Beamish*, no qual ficou estabelecido que os precedentes firmados pela House of Lords deveriam ser obedecidos, sob pena de que o Poder Judiciário se arvorasse de uma autonomia que não lhe pertence (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 102).

¹⁸⁴ “LONDON TRAMWAYS COMPANY v. LONDON COUNTY CONCIL. Prática – Decisão da House of Lords – Até que ponto é vinculante para a House – Uma decisão da House of Lords sobre uma questão de direito é definitiva e vincula a House nos casos sucessivos. Uma decisão errada somente pode ser revista mediante uma lei do Parlamento.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 161)

¹⁸⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 104.

¹⁸⁶ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 560-561.

¹⁸⁷ Essa simplicidade não retrata bem a realidade porque nem sempre é fácil qualificar os fatos relevantes e irrelevantes para a decisão. Essa questão se tornou tomentosa desde o início do século XIX (poucas décadas após a consolidação do instituto). Nesse sentido, Arthur Lehman Goodhart esclareceu que a acuidade técnica com relação à *ratio decidendi* nunca foi uma preocupação da doutrina. Segundo ele, nos casos práticos era difícil identificar e isolar fatos relevantes, pois comumente as decisões eram omissas sobre a importância de determinado fato ou, pior, os relatavam de maneira imprópria. Como forma de sistematizar a identificação a *ratio decidendi*

Na opinião de Daniel Mitidiero, a técnica se baseia na alteração de perspectiva lógico-argumentativa em detrimento de uma perspectiva cognitivista, uma mudança referencial¹⁸⁸, cuja utilização promove um estado de adensamento da segurança jurídica para garantir igualdade e liberdade (princípios regentes do *stare decisis*). Ao identificar os fatos juridicamente relevantes do precedente, o julgador passa a compará-los às premissas fáticas do caso que será julgado.

Portanto, no campo prático de sua aplicação, o *stare decisis* representa o ponto de partida da atividade cognitiva do juiz, que passa pela identificação da autoridade do precedente invocado e, após a sua validação, a comparação entre os fatos da decisão precedente e a identidade da causa de pedir remota do precedente e os fatos que dão suporte ao pedido do caso comparado.

O curioso é que a decisão judicial sobre determinado tema (ainda que esteja diante de um *leading case*) não busca, por princípio, a constituição de um precedente, ainda que desejado e necessário. Todo processo busca a solução de um litígio, e sendo assim é seu objetivo principal ofertar a prestação jurisdicional aos indivíduos que compõem a relação jurídico processual de forma adequada. A formação do precedente é um efeito incidental obtido a partir da aplicação da técnica do *stare decisis*¹⁸⁹.

Em razão disso, tal qual esclarece Henry Campbell Black, citado por Edward D. Re¹⁹⁰, o processo de validação e aplicação não reconhecerá autoridade às questões de direito que não foram levadas em consideração pelo juiz, ainda que pudessem ter sido consideradas em decorrência lógica quando do julgamento do

Goodhart tratou de estabelecer duas premissas (que são identificadas em diversas regras): se não houver opinião na decisão sobre determinados fatos relacionados às pessoas, período de acontecimento dos fatos, locais dos fatos, presume-se que são desimportantes. Qualquer fato destacado será relevante, independentemente do seu conteúdo (GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. Yale: Yale Law Journal, dez./1930, p. 161-183).

¹⁸⁸ Ob. p. cit. p. 88.

¹⁸⁹ Brumbaugh, citado por Edward D. Re, esclarece que, no sistema *common law*, “As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.” (RE, Edward D. *Stare decisis*. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 31, nº 122 (mai./jun. 1994), p. 283)

¹⁹⁰ Ob. p. cit. p. 283.

caso. Como efeito contrário, ao não terem sido analisadas tais questões, o precedente deixa de possuir caráter vinculativo, para tornar-se, apenas, persuasivo ou possuirá uma limitação expressa a respeito de sua adequação aos próximos casos (vinculação condicionada).

Esse processo de descarte de questões importantes, porém não essenciais, ou de questões relevantes não abordadas na decisão é fundamental para a higidez do sistema de precedente, pois o princípio atrelado ao *stare decisis* estará vinculado aos fatos indispensáveis para a solução do caso.

Outra particularidade interessante é que a técnica do *stare decisis* não exige obediência irrestrita às decisões que formam o precedente. A desobediência não contrasta com vinculação porque a exceção para que o precedente não seja utilizado ocorrerá apenas nos casos em que o princípio obtido para o caso concreto se mostrar desarrazoado ou equivocado. Essa desobediência é justificada e aceita pelo sistema.

Conforme conclui Edward D. Re, para a técnica de aplicação do *stare decisis* a concretização da justiça é um grande balizador, inclusive pelo reconhecimento de que soluções passadas podem se tornar – em razão de alterações legislativas¹⁹¹ ou mesmo de mudança de perspectiva social ou moral – inadequadas¹⁹².

Portanto, resta claro que a técnica do *stare decisis* obrigatoriamente exige que os critérios utilizados para estabelecer o precedente sejam constantemente

¹⁹¹ Evidentemente, o sistema *common law* puro não é calcado nas leis escritas. Todavia, não só pela aproximação gradual que esse sistema tem realizado do sistema *civil law*, mas especialmente pela noção que o Poder Judiciário age em completude ou criação interpretativa de normas e que o marco legal não pode ser, apenas, o precedente.

¹⁹² “Um tribunal pode preferir *estender* um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal *estreitará* ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso. Por isso, é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança do progresso.” (ob. p. cit. p. 285). A partir dessa conclusão, Edward Re cita o caso *Girouard vs. United States*, de 1946. Nesse caso, o cidadão estrangeiro pleiteou a cidadania americana e, para tanto, respondeu negativamente à pergunta contida no formulário de aplicação, se estaria disposto a pegar em armas para a defesa do país. A negativa foi justificada em razão das limitações da sua religião (Adventista do Sétimo Dia) e nos conflitos morais que os atos de defesa do país possam significar. O tribunal negou a cidadania com base em casos precedentes (*Schwimmer, Macintosh e Bland*), mas teve sua decisão reformada pela Corte Superior porque os casos paradigma não deduziriam corretamente a norma legal para o caso concreto.

analisados e relidos. Uma vez constatada a identidade ou a sua inadequação, há necessidade de que sejam superados, conforme a seguir descrito.

3.5 Métodos de superação e distinção

Conforme foi construído ao longo do primeiro capítulo deste trabalho, a decisão é produto de um processo interpretativo que envolve igualmente juiz e jurisdicionados. A utilização de precedente, por sua vez, significa que essa interpretação ocorrerá com base no texto proferido em uma decisão para sua adequação ao caso concreto, ao invés dos processos indutivos e dedutivos vinculados estritamente à lei.

A adequação de um precedente – e daí impor sua vinculação ou não ao novo caso, conforme melhor debatido abaixo – dependerá justamente desse processo comparativo e identitário, o método de distinção (*distinguishing*). Apuradas as técnicas de identificação da razão da decisão paradigma e das considerações periféricas, estabelecem-se parâmetros que servirão de modelo comparativo. Seu principal objetivo é evitar a automação de decisões e ao mesmo tempo permitir que o precedente alcance sua vocação, que é a de se tornar vinculante aos casos sucessivos (próximo item a ser tratado neste trabalho). Corresponde a uma declaração negativa, a de que aquele novo caso não se amolda às premissas fáticas essenciais do precedente.

Para que essa distinção corra de maneira adequada, Luiz Guilherme Marinoni recomenda prudência e defende a adoção de critérios bem estabelecidos para a aplicação do *distinguishing*. O primeiro critério a ser observado é o de que nem sempre a comparação de premissas fáticas é suficiente para se identificar a aplicabilidade ou não do precedente. É preciso que o magistrado, ao identificar uma situação fática que talvez faça não incidir aquele determinado precedente, também justifique em suas razões que aquela falta similitude é material e essencial¹⁹³.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 232. Em igual sentido, Otávio Verde Motta (Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 205).

O segundo critério a se destacar trata da não emissão de valor a respeito do precedente utilizado como paradigma, quando realizar o método de distinção. Quando se está diante da não aplicação do precedente, não há inadequação do precedente inutilizado. Ocorrerá, apenas, o reconhecimento de sua inaplicabilidade. Todavia, quando a inaplicabilidade se tornar frequente, há de se ponderar se esse determinado precedente perdeu significativamente a sua autoridade, que é justamente aquilo que faz dele obrigatório. O inverso também é verdadeiro. Quanto maior for a sua aplicabilidade a outros casos, maior será a sua autoridade dentro do próprio sistema jurídico.

E é, inclusive, possível que ao realizar o *distinguishing* ocorra o incremento dos requisitos autorizadores do precedente para adequação a determinado caso (terceiro critério). Portanto, o método de distinção não só permite a aplicação de determinado precedente ao fato concreto, como, por vezes, permitirá até mesmo a adequação da *ratio decidendi* para que ela se torne mais ajustada à realidade¹⁹⁴. É uma forma de corrigir eventual imprecisão ou desvio, ainda que isso restrinja a sua aplicabilidade futura¹⁹⁵. Quanto maiores as alterações, menor sua projeção futura.

Tornando-se impossível aplicar o precedente, mesmo após a correção por meio do método de distinção, faz-se necessário superá-lo por meio da técnica denominada *overruling*. A superação do precedente ocorre a par da identificação das questões fáticas de identidade, aliás, que estarão presentes, mas que diante de questões muito relevantes, não permitem a incidência do precedente.

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que a técnica do *overruling* ganha corpo em 1966 na Inglaterra com a *Practice Statement* admitiu a revisão de seus precedentes quando diante de circunstâncias especialíssimas e apenas em casos de flagrante injustiça. Nos Estados Unidos da América, nunca houve a necessidade de um ato formal para a admissão do *overruling*, que naturalmente detém inclinação para deixar de aplicar precedentes que estejam desalinhados com a realidade,

¹⁹⁴ Daniel Mitidiero esclarece que a alteração do precedente pode ser total ou parcial. Se a alteração é integral, estaremos diante do *overruling*. Se a alteração, no entanto, for parcial, chamar-se-á *overriding* ou *transformation* (MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 115).

¹⁹⁵ “a ideia de extensão ou de incremento do precedente exige a consciência de que se aplica o direito impresso no precedente a caso constituído por elementos fáticos que se agregam aos tomados em consideração no caso anterior [...] Por exigir outros fatos materiais, a nova *ratio decidendi* é aplicável a um número reduzido de casos” (Ob. p. cit., p. 233)

social ou tecnológica. Em ambos os cenários, todavia, há necessidade de que a superação seja extremamente bem fundamentada.

José Rogério Cruz e Tucci, apoiando-se na pesquisa de Patrícia Perrone Campos Mello, entende que a fundamentação da superação deve ocorrer com base em vícios processuais insanáveis no momento da formação do precedente (como a inobservância do contraditório ou premissas fáticas equivocadas), o anciloso das premissas do precedente e sua inadequação à realidade ou ainda a partir das alterações jurídicas¹⁹⁶.

A aplicação da técnica de *overruling* pressupõe uma transição segura e não surpresa aos jurisdicionados, por meio da sinalização de que aquele determinado precedente não deve persistir nos próximos tempos ou julgados (*technique of signaling*) e a sua efetiva superação deve ocorrer, em regra, de forma explícita, revogando os efeitos da *ratio decidendi* anterior, podendo, no entanto, ocorrer de forma implícita (*implied overruling*).

Segundo Luiz Henrique Volpe Camargo, é possível que quando o precedente seja superado seus efeitos sejam modulados, projetando-os retrospectiva ou prospectivamente¹⁹⁷. José Rogério Cruz e Tucci esclarece que o efeito retrospectivo alcança os casos anteriores pendentes de decisão, enquanto o efeito prospectivo operaria de forma contrária, alcançaria apenas novos casos e não aqueles já existentes e que estejam pendentes de julgamento. O doutrinador ainda acresce uma hipótese, a da revogação antecipatória, a qual ocorre quando as cortes inferiores não mais reconhecem como boa norma aquela estabelecida no precedente, a partir de alterações da jurisprudência nos Tribunais Superiores¹⁹⁸.

Daniel Mitidiero discorda expressamente dessa conclusão, pois representaria insegurança jurídica incompatível com a estabilidade que se busca aferir com o sistema de precedentes¹⁹⁹. O doutrinador ainda diferencia a aplicação

¹⁹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. in Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.108.

¹⁹⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. in Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 569.

¹⁹⁸ Ob. p. cit., p. 109.

¹⁹⁹ Ob. p. cit., p. 122.

dos efeitos se houver alteração, revogação ou mesmo formação do precedente. Para o doutrinador, em um primeiro plano existe a decisão do caso *sub judice*, que obedecerá aos critérios próprios de efeitos da decisão, inclusive no que se refere ao direito aplicável (por meio do precedente). Em um segundo momento, todas as situações consolidadas (decisões que estejam imunizadas pelo trânsito em julgado) permanecem inalteradas. Em terceiro, deve-se verificar para os casos ainda não julgados, mas que já existiam à época da formação do precedente se os argumentos jurídicos articulados eram razoáveis ou não. Se razoáveis, entende que há um cenário consolidado que deve ser respeitado²⁰⁰.

As técnicas de superação e distinção, portanto, fazem parte daquilo que se espera do precedente: que ele traga estabilidade, mas não se dissocie do seu caráter de justiça. A aplicação cega ou desatenta de um precedente, sem que o operador do direito se atente para as particularidades que o fizeram nascer, desnatura justamente o processo de edificação indutivo, de que um princípio jurídico universal nasce de condições fáticas específicas as quais, quando presentes, se projetam e garantem ao jurisdicionado igual decisão, independentemente de particularismos do julgador. Mais do que isso, demonstram uma íntima relação do fundamento e do ônus argumentativo, os quais, a partir da estrutura da decisão, tornam o precedente apto a ser considerado uma fonte de direito duradoura e segura.

Sendo assim, são a ratificação da técnica de precedente e a justificativa para que a sua aplicação possa ocorrer em uma sociedade dinâmica, que tem pressa, por vezes, em se atualizar e reinventar, pois garantem a atualidade e a identidade do método.

3.6 Força Vinculante

²⁰⁰ Ob. p. cit., p. 121.

Conforme descrito, um dos elementos mais característicos do precedente é o seu poder de vinculação das decisões proferidas por órgãos hierarquicamente inferiores e, horizontalmente, a persuasão em razão do princípio da igualdade.

Vincular é, literalmente, retirar a liberdade típica e própria do sistema *civil law*, a possibilidade de deduzir a norma livremente, o que, via de consequência, impõe uma releitura sobre os limites decisórios do juiz²⁰¹.

Essas alterações são sentidas expressamente no texto do atual Código de Processo Civil que privilegia, como se verá, a fundamentação da decisão a partir de um processo dialético. A questão está justamente em entender se o sistema processual brasileiro comporta a vinculação, sendo que na realidade, desde a República até a legislação de 1973 esse tipo de predeterminação do alcance da norma não foi admitido.

Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia e Diogo Bacha e Silva contestam expressamente a força vinculante no sistema de precedentes previsto no novo Código de Processo Civil. Há, na visão dos doutrinadores, um mal entendido em razão de que no Brasil o método de aplicação do precedente é muito recente (última década) e pode resultar em problemas de duas ordens: a diminuição artificial de litigiosidade e o obliteração de hipóteses argumentativas (teses) não se adequem

²⁰¹ Apenas a título de nota, a respeito da crescente necessidade de readequação do ato de decidir, cumpre destacar que o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 (fundamento legal do princípio do livre convencimento motivado) prescrevia que o juiz “apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos” desde que indicasse “os motivos que lhe formaram o convencimento”. Esse artigo foi substituído pela norma prevista no atual art. 371, o qual não reproduziu a palavra “livremente”. O atual texto condiciona a decisão às provas que estão nos autos e ao ato de fundamentar, este sim, princípio que ganha bastante relevância por meio da atual legislação processual. E do ponto de vista legislativo, a exclusão pode ter um real significado: tornar indesejada a liberdade absoluta no ato de decidir. Nesse sentido, Gabriela Oliveira Freitas e Sérgio Henriques Zandona Freitas, citando Dierle Nunes, entendem que “A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.” (FREITAS, Gabriela Oliveira; ZANDONA FREITAS, Sérgio Henriques. A superação do livre convencimento motivado no código de processo civil de 2015: uma análise do dever de fundamentação das decisões *in* Revista de Estudos Jurídicos UNA, V. 3, nº 1, 2016, p. 252). Segundo os autores, há uma forte vinculação do atual Código de Processo Civil, no que se refere à fundamentação, ao princípio do contraditório (inteligência dos arts. 10 e 11 da Carta Processual, bem como das diretrizes previstas no art. 489, § 1º, do CPC). Este é um claro exemplo de como a atividade de decidir isolada (ainda que motivada) não se adequa aos ditames atuais.

ao modelo de processo constitucional e a utilização da *ratio decidendi* para aplicar o precedente a casos que não se adequam à hipótese dos autos.

Essas problemáticas acabaram por refletir no processo legislativo da atual codificação processual, pois a preocupação direcionada à força vinculante não foi qualitativa (melhores decisões e estabilidade do sistema), mas quantitativas²⁰² (vide item 4.1 deste trabalho). A opção legislativa de segurança jurídica para estabilidade do sistema estaria calcada na fundamentação da decisão judicial e nas regras estabelecidas no parágrafo 1º do art. 489 do CPC, sendo que a adequação do sistema *civil law* para fazer valer a interpretação oficial dos Tribunais Superiores não significa a adoção de um sistema de precedente e, via de consequência, não se pode falar em força vinculante de um processo que não produziria um princípio universal²⁰³.

Nesse aspecto, os doutrinadores afirmam que não existe, na sistemática processual brasileira, o processo argumentativo que crie a força gravitacional do precedente porque é o próprio órgão jurisdicional que define o que é e o que não é importante para decidir determinado caso²⁰⁴. Além disso, a obrigatoriedade do precedente, constituído a partir de caso no qual aquele determinado jurisdicionado não fez parte, violaria o contraditório²⁰⁵, a capacidade de que a parte daquele novo litígio possa influir a decisão.

²⁰² BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28-29

²⁰³ “Ora, se a mera citação de lei não é capaz de cumprir a exigência constitucional de fundamentação, a mera citação de súmula ou de precedente também não o é (art. 489). Para se considerar justificada uma decisão, o julgador terá de mostrar como as circunstâncias fáticas do caso se ajustam à súmula/precedente e, para isso, não é possível continuar a práxis desenvolvida no Brasil de uso de súmula desvinculada dos casos que lhe deram origem. Uma súmula é o extrato de um entendimento reiterado em vários casos; contudo, ela é apenas isso: o extrato de um entendimento, a ponta do *iceberg*, por assim dizer. Não é uma norma geral e abstrata, independente e autônoma, mas o resultado de um grupo de casos. Assim com a aplicação de um precedente, em países de *common law* – e também aqui deveria ser –, apenas é possível com a comparação entre as razões de fato e de direito entre os casos passado e presente, de igual modo a aplicação de uma súmula deve guardar relação com os casos que lhe deram origem [...] Desde já, alertamos que qualquer tentativa de configurar nosso sistema processual como se ele estivesse caminhando rumo ao *common law*, apenas porque adotamos súmulas (vinculantes ou não), filtros recursais e jurisprudência dominante, desconsidera as matrizes históricas, metodológicas e filosóficas de nosso sistema processual e também toda a construção do pensamento jurídico nacional.” (ob. p. cit., p. 35 e 41, respectivamente)

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 41.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 45.

Daniel Mitidiero entende diferente. A divergência maior reside no fato de que para Mitidiero ocorreu a superação da teoria cognitivista da interpretação, considerando, no processo decisório, o que significa uma abordagem bastante diferente daquela classicamente estipulada no sistema *civil law* (e encampada nas nossas conclusões). E quanto à interpretação oficial dos Tribunais Superiores, como argumento de autoridade suficiente para constituição de um precedente, o doutrinador ratifica que a sua higidez se encontra justamente nos métodos de superação e distinção²⁰⁶ e ônus argumentativo, o que acaba também por responder à crítica sobre lesão ao contraditório e incompatibilidade com o sistema de precedente de Alexandre Bahia e Diogo Silva.

Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da vinculação sob o viés das Súmulas, coloca os enunciados normativos em patamar intermediário, no qual possuem menor abstratividade normativa do que a lei, porém maior do que a concretude das decisões judiciais. De qualquer modo, mesmo que em uma posição intermediária, admite que a decisão sumulada projetará efeitos para além das partes, de maneira vinculativa, como verdadeira fonte primária do direito, inclusive dotadas de um processo administrativo próprio que se difere da prolação natural de decisões²⁰⁷.

Teresa Arruda Alvim Wambier, por sua vez, entende que a vinculação de um precedente deve ser abordada sob dois vieses, o da identidade absoluta e o da vinculação por identidade essencial. Para a doutrinadora, a sociedade moderna tornou-se cada vez mais complexa e, via de consequência, mais complexos os litígios engendrados entre as partes. A identidade absoluta de um caso a outro, de modo a proporcionar a exata vinculação de um precedente, demanda cada vez mais que as técnicas de superação e distinção desenvolvidas no *common law*

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 137.

²⁰⁷ “Ao editá-las a Corte Suprema não institui preceitos inteiramente novos, equiparando-se ao legislador; o que lhe toca fazer é, partindo de uma lei já existente e pondo-a em confronto com a Constituição Federal, decidir que ela é válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, ou que ela deve ser interpretada de determinado modo e não diferentemente. Nesses limites as súmulas vinculantes impõem-se a todos tanto quanto a lei, indo além dos sujeitos das causas ou recursos dos quais se tiveram originado [...] até porque as súmulas vinculantes constituem autênticas *fontes do direito*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume I. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p 482)

sejam bem utilizadas²⁰⁸. A partir daí, desenvolve o método de identidade essencial, e não o de identidade absoluta, para estabelecer uma sinonímia suficiente aos casos e para que possa ser aplicado o sistema de precedente.

A técnica de identidade essencial considera os aspectos jurídicos e políticos de uma decisão em *hard cases* para evitar efeitos em cascata indesejados a partir da aplicação de precedentes inutilizáveis²⁰⁹ e eleva as particularidades do caso a um grau de abstratividade coerente, para que entre os casos não haja necessidade de identidade absoluta.

A regra de identidade ganha maior sentido quando estamos diante de *hard cases* ou quando é preciso dar conteúdo a normas gerais ou que contém preceitos indeterminados, nos quais essas ponderações são naturalmente feitas²¹⁰.

Independentemente da técnica utilizada, o que se não se afasta é justamente o fato de que o sistema processual atual – de maneira expressa – busca na solução típica do precedente, ou seja, a vinculação das decisões proferidas por órgãos superiores. Esse tema, que será desenvolvido a partir de agora, realmente nos faz questionar se o Brasil adotou um sistema de precedentes ou não. Caso a resposta seja positiva, a adoção de um sistema de precedentes obrigatoriamente fará com que exista obrigatoriedade no pronunciamento e a negativa de efeitos vinculantes aos precedentes (ou jurisprudência dominante) mero inconformismo. É do que se passa a tratar neste trabalho.

²⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e a evolução do direito *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

²⁰⁹ Os exemplos citados são da intervenção e fechamento de cadeia pública por condições desumanas (e conseqüentemente a realocação do contingente de pessoas para outras cadeiras, piorando a qualidade de vida naqueles locais) e o da concessão de remédio não listado pelo Sistema Público de Saúde, consumindo verba que deveria ser utilizada para a aquisição dos remédios comuns listados e que atingem uma maior parte da população (Ob. p. cit. 58)

²¹⁰ Ao especificamente exemplificar a técnica de identidade essencial, Teresa Arruda Alvim Wambier cita o caso *Donghue v. Stevenson*, julgado em 1932. No referido caso, apurou-se a responsabilidade de um fornecedor de produto em checar e garantir a higidez de seus fornecedores (uma Sra. havia ingerido veneno a partir de uma garrafa de bebida alcóolica que foi fabricada por terceiros e continha restos de uma serpente). O essencial do precedente estabelecido em *Donghue v. Stevenson* se refere no *dute to take a reasonable care* na prestação do serviço ou fornecimento de produto. Tal precedente foi aplicado no caso *Jaseldine v. Daw* (conserto mal feito de um elevador), no qual a única identidade se encontrava no dever do fornecedor do produto ou prestador do serviço de tomar os devidos cuidados na exploração de sua atividade comercial.

3.7 Desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro

Existe uma correlação entre o processo constitucional e a construção de um sistema de precedente brasileiro pelo reconhecimento da judicialização das relações e políticas sociais, que exigem do aparato Judiciário maior eficiência e o atendimento a relações jurídicas cada vez mais complexas. Há necessidade de que as decisões alcancem dimensões pan-processuais e, por ser o elemento de concretização desses objetivos, a discussão sobre o papel do juiz para a estabilidade das decisões é elemento essencial para garantir a segurança e isonomia para o sistema jurídico.

Em uma comparação inicial, isso significa aproximar dois sistemas que detêm características históricas muito diferentes. Conforme já visto neste capítulo, enquanto o *civil law* se desenvolveu pelas perspectivas do Império da Lei e da perda de credibilidade do Poder Judiciário especialmente no século XVIII d. C., o sistema *common law* inglês não enfrentava qualquer das duas perspectivas, resumidas pela ruptura com o sistema vigente²¹¹.

As particularidades a respeito de cada um desses sistemas – que foram tratadas no capítulo inicial deste trabalho – surgem de maneira a antagonizar os diferentes sistemas, em um admitindo-se determinada liberdade e noutro a rigidez de um sistema legal expressamente constituído, com menor margem para que o juiz trabalhe.

A partir daí, Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que o sistema brasileiro detém perfil jurídico-político legicêntrico e, naturalmente, haverá defesa de um sistema adstrito à lei, que privilegia o princípio da legalidade²¹², sendo que até trinta

²¹¹ Nesse sentido, Délio Mota de Oliveira Júnior afirma que “Diferentemente do contexto histórico-social da França, na Inglaterra, o Poder Judiciário foi fundamental para fortalecer os ideais progressistas que visavam a proteger os cidadãos perante o monarca. Os juízes também desempenharam relevante papel na centralização do poder e na superação do modelo feudal” (Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 277). Mais do que isso, as ações de fortalecimento do Parlamento inglês ocorrem para reafirmar a Inglaterra com relação às suas colônias e não para criar a supremacia da lei, em contenção à atividade do Judiciário (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42).

²¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes. Natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 591-592.

anos atrás muito pouco se falava sobre a jurisprudência e seus reflexos nesse sistema jurídico²¹³. Tal concepção, inclusive, fez com que muito embora não se possa negar o papel da jurisprudência como fonte de direito²¹⁴, o legislador não a tenha incluído como meio integrativo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, redação alterada pela Lei 12.376/2010²¹⁵).

Em nosso entendimento, a despeito da falha da redação, que reflete o pensamento a respeito do sistema jurídico brasileiro na década de quarenta do século XX, fato é que o reconhecimento da complexidade normativa atual – que pressupõe que mesmo normas claras devem ser interpretadas – a concepção *civil law* pura começou, na prática, a apontar problemas sistêmicos diante do conflito de posicionamentos entre Tribunais, o excesso de trabalho que assola o Poder Judiciário e outras questões que demandam uma solução que traga eficiência e coerência ao sistema.

Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, traz dificuldades aparentes para a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law*: a imprescindibilidade da técnica do *stare decisis* ao sistema *civil law* clássico e a incompatibilidade teórica das funções do magistrado brasileiro com relação ao juiz criador, bem como a não aplicação da referida técnica. Essa dualidade, que na verdade representa visões distintas sobre o conteúdo da segurança jurídica, torna em um primeiro momento

²¹³ Como exemplo, o doutrinador cita que nos diplomas e lei, os dispositivos que tratam do papel dos julgados perante os Tribunais foram muito recentemente inseridos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, cita que a primeira referência da nossa Constituição republicana (1891) teve distanciamento relevante até a Consolidação das Leis Trabalhistas, de 1943, a qual previa a jurisprudência como fonte normativa, na ausência de norma escrita. Após, houve a criação de Súmulas pelo STF em 1963 e na codificação processual de 1973 dos incidentes de uniformização de jurisprudência.

²¹⁴ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “Antes de decidida orientação desenvolvida ao longo das últimas cinco décadas no direito positivo brasileiro e consistente na valorização dos precedentes judiciais era destoante do sistema a afirmação de que neste país a jurisprudência fosse uma fonte do direito. Já àquele tempo havia porém uma forte tendência no sentido oposto e essa tendência repercutiu intensamente no Código de Processo Civil de 2015, minando a tese da não inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito e favorecendo a tese de sua inclusão.”. O comentário ganha ressalva de que a jurisprudência não detém e, sua totalidade a força vinculante de uma fonte do direito porque poderia, o magistrado, declinar da norma por detrás da jurisprudência sob fundamentação adequada e suficiente (Instituições de direito processual civil. Volume I. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 157 e 161, respectivamente)

²¹⁵ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

incompatíveis os dois sistemas, ou melhor dizendo, torna distópica a experiência do precedente no Brasil²¹⁶.

Em resposta a essas dificuldades, inicialmente, destacamos que o *common law* se desenvolve com base em duas teorias, a declaratória e a constitutiva (ou positivista).

No primeiro caso, pautado na premissa de que o sistema se desenvolve com base em costumes, sobressai o aspecto declaratório, não competindo ao juiz criar o direito. Ele apenas o revela a partir das experiências passadas e os admite no formato de precedentes.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que o *common law* sempre teve como principal característica ser uma fonte do direito, e não o seu caráter vinculante. Essa característica decorre de que a declaração do direito reconhece e dá valor de norma ao costume percebido pelo magistrado²¹⁷.

No segundo caso, reconhece-se que a estrutura dos precedentes não só é revelada pelo magistrado como por ele criada a partir de sua autoridade estatal (*law-making authority*) e da técnica do *stare decisis*. O âmbito de atuação é maior porque encontra na omissão legislativa (desejada ou não) espaço para a atividade criadora.

A maior crítica à teoria declaratória cria um falso senso de conforto ao não assumir a responsabilidade pela revogação de precedentes. A possibilidade de

²¹⁶ “A segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, faz surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*). Embora deva ser no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamento não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui uma piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito.” (MARINONI, Guilherme Luiz. Precedentes obrigatórios. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82-83)

²¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e a evolução do direito. *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 20-21.

overruling é a princípio contraditória com a teoria de que o juiz não cria (ou modifica) o direito.

Para aqueles que defendem a natureza declaratória, a revogação de um precedente não é contraditória, pois, na prática, o que se está a declarar é que determinado precedente é absurdo ou injusto (o precedente que se revoga é mal constituído, não revelou o direito de maneira correta).

Marinoni afirma que independentemente da vertente seguida, cuja polémica não foi pacificada, “tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva, adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes”²¹⁸. Nesse sentido, existem uma anacronia que permite, sem sombra de dúvidas, afirmar que *common law* não é sinónimo de *stare decisis* e que se diferencia de precedente obrigatório²¹⁹. Afirma também que no sistema *common law* o papel do judiciário é complementar ao papel do legislativo, ocupando lacunas cujas omissões são, após o precedente, eventualmente aprimoradas (observando-se, sempre, o princípio obtido do precedente e de seu papel como fonte do direito).

Essa constatação, de que o juiz do *common law* assume um papel verdadeiramente criador (*law making authority*) e que isso seria incompatível com o juiz brasileiro, por exemplo, é uma premissa falsa, especialmente se considerado que são admitidas diversas intervenções do julgador inserido no sistema *civil law*, seja para aferir a higidez de normas infra constitucionais, seja para lhe dar completude, quando houver cláusulas gerais ou imprecisões técnicas²²⁰.

O império da supremacia da lei, há muito desafiado pela evolução do nosso sistema jurídico²²¹, restará relido sob os auspícios do processo constitucional. A

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

²¹⁹ “Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*. Assim, a circunstância de o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* não é a única distinção entre ambos.” (ob. p. cit., p. 32)

²²⁰ Ob. p. cit., p. 36.

²²¹ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier: “Cultivava-se a ilusão, harmônica com o contexto das ideias que prevaleciam à época, de que a lei escrita, seria capaz de abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo empírico. A aplicação da lei nada mais deveria ser do que a

clássica concepção de que o *civil law* se apoia na tríade separação dos poderes, lei escrita e ideologia da Revolução francesa não se adequa a releitura de institutos jurídicos por meio do constitucionalismo e tampouco à complexidade jurídica da sociedade atual.

Sobre a comunicação entre os dois sistemas e a adoção de um sistema de precedentes, William Pugliese afirma que não existe incompatibilidade na aplicação de um sistema de precedentes ao sistema *civil law* porque, independentemente da aproximação dos referidos sistemas, a técnica de *stare decisis* não se mostra incompatível com a tradição brasileira²²², especialmente após a inserção de dispositivos como o art. 926 do Código de Processo Civil, neste caso que formalmente defende a uniformização da jurisprudência e estimula a adoção de técnicas que transformem os julgados em normas de orientação para juízes e jurisdicionados.

Nesse sentido, a sobreposição do direito constitucional e a concepção de que as normas nele previstas têm eficácia normativa garantida, é fundamental para atender que, mais do que um Estado Legal, vivemos uma sociedade que relê o papel da Jurisdição e, ao assim fazer, coloca o juiz do *civil law*, no exercício da jurisdição, mais próximos do juiz previsto no *common law*. E isso significa valorizar as premissas normativas fixadas pelos Tribunais que vem sendo construídas antes mesmo do advento da atual legislação processual.

Esses conceitos foram bem percebidos pelo legislador brasileiro e reverberaram de maneira bastante sólida especialmente a partir da década de 1990²²³. Exemplo disso se encontrou na Lei 8.038/1990, que dava ao relator poder

subsunção lógica dos fatos à literalidade do dispositivo legal aplicável [...] Hoje, entende-se que o direito vincula o juiz, mas não a letra da lei, exclusivamente. É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos, é a jurisprudência e a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, deste conjunto, emergem as *regras* que o jurisdicionado tem que seguir.” (Ob. p. cit., p. 26-27)

²²² PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira. Interpretação de aplicação do novo Código de Processo Civil. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47-49.

²²³ Cândido Rangel Dinamarco nota que se a alteração legislativa se deu apenas na década de noventa do século XX, desde a década de sessenta, por meio de alteração no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, havia sido introduzida a súmula da sua jurisprudência (ob. p. cit., p. 158).

para negar seguimento ao recurso cujas razões fossem contrárias as “Súmula do respectivo Tribunal” (art. 38)²²⁴.

Norma de conteúdo semelhante foi promulgada oito anos após o marco da lei supra citada, ao promulgar a Lei 9.756/1998, a qual alterou a legislação processual vigente à época (Lei nº 5.869/73 ou Código de Processo Civil de 1973) para introduzir o parágrafo 1º-A do art. 557, o qual permitia o provimento do recurso, caso de acordo com súmula ou com a jurisprudência dominante, e o parágrafo 3º do art. 544, que permitia o provimento de recurso de agravo de despacho denegatório de recurso especial ao Tribunal Superior. As medidas, que se pautava em súmula ou jurisprudência dominante, representavam economia processual e segurança a partir da valorização dos julgados pelo Tribunal, como se norma fosse.

Na primeira década do século XXI, duas normas relacionadas ao tema são produzidas. A Lei 10.352/2001, que autorizava o relator do Tribunal Estadual a negar provimento ao recurso que estivesse em desacordo com o art. 557 do Código de Processo Civil (novamente, defesa da estabilidade do sistema por meio de inadmissível confronto a súmula ou jurisprudência dominante) e a Lei 12.322/2010, que mais uma vez tratava dos poderes do relator para negativa de provimento ou provimento a recursos que desafiassem entendimentos firmados em jurisprudência dominante ou súmulas.

Em 2004, surgiu uma importante alteração legislativa por meio da Emenda Constitucional nº 45, que atribuiu o caráter dominante às súmulas do Supremo Tribunal Federal. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, antes desse advento, nunca havia se falado que era preciso “afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual”²²⁵.

Por fim, em 2016, foi editada a Lei 13.256 que ampliou a hipótese de ação rescisória por meio da inclusão dos parágrafos 5º e 6º ao art. 966 do Código de Processo Civil²²⁶. Referida norma amplia o excepcional cabimento da Ação

²²⁴ Referido dispositivo legal foi revogado pelo atual Código de Processo Civil, que contém dispositivos que ratificam normas semelhantes, como o art. 332 do Código de Processo Civil.

²²⁵ Ob. p. cit., p. 309.

²²⁶ Segundo os comentários de Luiz Dellore ao artigo 966 do Código de Processo Civil, “a rescisória não tem por finalidade primordial substituir uma decisão por outra, mas sim verificar a regularidade

Rescisória à decisão contrária aos enunciados de súmula ou das decisões que tenham sido fixadas por meio da dinâmica de recursos repetitivos.

A referida lei também introduziu maior disciplina à Reclamação, mecanismo próprio para garantir a autoridade do Tribunal Superior²²⁷, por meio da complementação das suas hipóteses de cabimento para que sejam observados os precedentes fixados em súmula vinculante ou de julgados realizados pela dinâmica de demandas repetitivas (incisos III e IV do art. 988 do Código de Processo Civil).

A despeito desse aparato técnico todo, a principal crítica feita por Marinoni é a de que, pela prática do direito brasileiro, não foram adotados de início os valores contidos na técnica da *stare decisis*, superação e distinção, invertendo-se uma preciosa ordem de análise, que é típica do *common law*. Se no sistema *civil law* a interpretação parte do abstrato para o concreto, no sistema de precedente, há a compreensão do fato para se chegar ao princípio (ou norma). E essa alteração de método se não é considerada realizada implica na impossibilidade de construção de um sistema de precedente, de modo que “Em suma, o repertório de súmulas transformou-se num mero ‘guia de interpretação’, sem qualquer correspondência com os casos de onde afloraram e coma própria prática do direito”²²⁸. Aliás, esse seria o motivo pelo qual a alteração legislativa trazida pela Emenda Constitucional

na formação da coisa julgada” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 738). Essa regularidade, após o advento da Lei 13.256/2016, adequou à hipótese de violação da norma jurídica e, a princípio e para o que interessa a esse trabalho, ratificou a importância da distinção expressa, ou seja, da obrigatoriedade dos precedentes.

²²⁷ Segundo os comentários de Zulmar Duarte de Oliveira Júnior ao artigo 988 do Código de Processo Civil, a Reclamação surge em decorrência de poderes que implicitamente devem ser outorgados ao órgão jurisdicional que é investido para realização de um fim específico, pois “A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. – A criação de dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel de suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 867). Sua função principal é preservar a função interpretativa nomofilática, ou seja, “aquela (interpretação) derivada e construída no órgão com competência constitucional para fixação de seu sentido e alcance, perante o qual se deve buscar eventual alteração na interpretação. Noutro plano, com a aplicação dos precedentes se pretende expandir a eficácia das decisões prolatadas no exercício da função nomofilática, para que todos os padrões decisórios estabelecidos sejam aplicados indistintamente para situações sem diferenças juridicamente relevantes.” (ob. p. cit., p. 869).

²²⁸ Ob. p. cit., p. 310.

nº 45 foi tão importante: o caráter obrigatório do precedente inserido nos enunciados da súmula do Tribunal Superior já o era em razão de sua hierarquia e autoridade. A ratificação legislativa por meio de um aparato específico ocorreu porque justamente os enunciados regulares não estavam produzindo resultados suficientes.

A atual legislação processual, conforme esclarecido no início deste capítulo, mirou diretamente na necessidade de obter um “grau mais intenso de funcionalidade”²²⁹ e a conclusão de que “Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cujo base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores”²³⁰, admitindo, portanto, que o precedente e as suas funcionalidades são desejados pelo nosso sistema processual²³¹.

Em sua fase de processamento legislativo, com base nas razões já expostas, os juristas que formavam o comitê técnico trouxeram no anteprojeto da Carta Processual a inovação do art. 847, que reproduzia parte da evolução normativa acima citada e trazia como dever dos Tribunais velar pela preservação e estabilidade da jurisprudência. Tal dispositivo foi alterado e deu origem aos novéis artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil. Sobre eles, trataremos mais especificamente nos subitens seguintes.

No entanto, importa desde já dizer que, diferentemente da norma produzida sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a atual legislação atribui imperatividade à atividade criadora do magistrado, exigindo-lhe aquilo que o sistema jurídico brasileiro vinha esparsamente pregando a tempos: o valor obrigatório do precedente e a formação de um sistema brasileiro de precedentes.

²²⁹ Exposição de motivos do anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil acessada em 11.10.2019, às 14:45, p. 22 *in* <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²³⁰ Ob. p. cit., p. 29.

²³¹ Isso não nos impressiona, na medida em que, dentre o corpo técnico de juristas que formaram a comissão responsável pela elaboração do Código de Processo Civil atual, estava a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, a quem fizemos referência durante este trabalho e é, de modo geral, referenciada nas obras sobre o tema citadas neste capítulo. Há pelo menos uma década a professora, ao lado de muitos outros doutrinadores, incumbe-se de defender e promover um sistema de precedentes brasileiro.

3.7.1 Os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil

Nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, há a obrigação de que os Tribunais uniformizem seus precedentes²³² por meio de súmula e a mantenham “estável, íntegra e coerente” (*caput* da referida norma). Tal uniformização se dará com o estímulo à edição de enunciados de sua súmula (parágrafo primeiro da referida norma) e à adstrição às “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação” (parágrafo segundo da referida norma).

O art. 927 estabelece em seus cinco incisos que os juízes e Tribunais devem respeitar a vinculação dos precedentes, no plano horizontal e vertical (*caput* da referida norma), garantindo que as decisões sejam dialógicas por meio da obrigatória participação das partes e até mesmo da sociedade civil (parágrafos primeiro e segundo da referida norma) e que decisões com base em precedente sejam expressas no que se refere às questões fáticas determinantes para a sua aplicação (parágrafo primeiro da referida norma). Estabelece, também, que os efeitos em razão da superação de um precedente possam ser modulados, tendo como valor a segurança jurídica e a isonomia (parágrafos terceiro e quarto da referida norma).

Para Direle Nunes, o disposto no art. 926 do Código de Processo Civil é um convite para que os operadores do direito adotem definitivamente o sistema de precedentes porque, nos termos do dispositivo legal citado, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Partindo das premissas de Dworkin, o doutrinador entende que esse convite se pauta no dever de construir o direito de acordo com a sua teoria geral e alcançar sobreditos valores, de que se entenda o processo para além de seus sujeitos²³³.

²³² A norma expressamente trata de jurisprudência, e não precedente. A acuidade técnica do legislador será abordada ao longo desta digressão.

²³³ “A tese de unidade do valor de guarda, portanto, uma consequência teórica fundamental: a integração entre a moralidade e a ética. Se cada um de nós tem alguma razão para pensar que sua própria vida é importante, isso seria motivo o bastante para que cada um também se importasse com a vida alheia? De acordo com o princípio kantiano (aceito por Dworkin) segundo o qual é impossível a cada um respeitar a própria humanidade sem, ao mesmo tempo, respeitar a humanidade dos outros, então a resposta à pergunta deve ser, necessariamente positiva [...] O

Hermes Zaneti Junior, a seu turno, partindo da positivação do princípio da não surpresa (art. 10, CPC) e outros princípios processuais, entende que a adoção do sistema de precedentes está formalmente positivada em nosso ordenamento jurídico, pela inserção dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil. O doutrinador afirma que as regras estatuídas pelos respectivos artigos de lei, par e passo com o dever de fundamentação, representam “o núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro”²³⁴. As disposições seguem alinhadas com um sistema de controle forte de direito, ao prever mecanismos de impugnação direcionados aos Tribunais Superiores, como por exemplo a Reclamação (art. 7º da Lei 11.417/06²³⁵).

Na opinião do doutrinador, o art. 926 do Código de Processo Civil adota a técnica de *announcement* ao estabelecer que as circunstâncias fáticas do precedente serão expressamente vinculadas e levadas em consideração. Ao assim realizar, organiza-se um método de trabalho que garante a vinculação horizontal e vertical, típica dos precedentes obrigatórios. Tais valores estão previstos nos adjetivos escolhidos e inseridos na norma, cuja estabilidade, integridade e coerência constituem premissas que só podem ser superadas se superado o ônus argumentativo por meio de critérios muito bem identificados (revestidos de fundamentação “adequada e específica”)²³⁶.

Importante destacar que o ônus argumentativo foi bastante regulamentado pela atual codificação processual, que inclusive prevê a ausência de descrição

sistema processual jamais será eficiente (e legítimo) se aceitarmos os desvios de comportamento de todos os sujeitos processuais a partir de supostas práticas incrustradas e repetidas, contrárias à normatividade e à própria Constituição, ou de uma presumida incapacidade de mudar vícios percebidos pelo senso comum e naturalizados de acordo com pretensas heranças e peculiaridades especialíssimas do Brasil. Caso tais responsabilidades não sejam percebidas: a) cada juiz continuará julgando como se estivesse em um grau zero de interpretação, em que seus posicionamentos pessoais que desconsideram a lei (e os precedentes) contaminam a eficiência qualitativa do sistema ao se manter uma anarquia interpretativa que acaba fomentado o demandismo desprovido de fundamentos; e b) cada advogado continuará postulando e militando num sistema desprovido de qualquer previsibilidade” (NUNES, Dierle. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. in A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. Coordenação: Dierle Nunes, Fernando Gonzaga Jayme, Aluisio Mendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 313-316)

²³⁴ JUNIOR, Hermes Zaneti. O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 369.

²³⁵ “Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.”

²³⁶ Ob. p. cit., p. 373-376.

fática suficiente como omissão passível de oposição de recurso voltado ao esclarecimento da decisão (natureza integrativa própria do acolhimento dos Embargos de Declaração²³⁷), conforme previsão do parágrafo único do art. 1.022 do Código de Processo Civil²³⁸. Tal disposição reforça a obrigatoriedade do precedente tornando-a formalmente vinculante, considerando-se omissa a decisão que não o considerou.

Quanto ao artigo 927 do CPC, José Rogério Cruz e Tucci aponta inconstitucionalidade do dispositivo legal²³⁹ porque feriria a separação de poderes estatais e o princípio da legalidade. No pensamento de suas obras, resta claro que o professor defende a existência do sistema de precedentes. Todavia, entende que o rol previsto no dispositivo de lei padece de vício pois não difere a força vinculante das diversas hipóteses arroladas em seus dispositivos e, pautando-se na Constituição Federal, esclarece que a vinculação resta reservada apenas às súmulas vinculantes, conforme alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o que tornaria inconstitucional as hipóteses previstas nos incisos III a V, que preveem obrigatoriedade, respectivamente, aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos, enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal quanto a matérias constitucionais e do Superior Tribunal

²³⁷ Ainda que não seja esse tema deste trabalho, é interessante notar que o Código de Processo Civil previu em seu artigo 1.025 que, mesmo no caso de rejeição, haverá a integração de seus elementos fáticos à fundamentação do acórdão. Como consequência, além de haver a coerência com o sistema de precedente, há a possibilidade de sua revisão por meio do sistema recursal próprio e da superação técnica de dois óbices que têm se tornando intransponíveis para a admissibilidade de recursos especiais: a omissão que se perpetua em uma decisão a despeito da formulação de argumentos sobre o tema e a impossibilidade de se tratar fatos em sede de recurso excepcional que não tenham sido fixados no acórdão (enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). A disposição legal abre espaço, inclusive, para a discussão se o prequestionamento previsto para os recursos excepcionais ganha, a partir da dinâmica do artigo 1.025, caráter subjetivo.

²³⁸ Art. 1.022. Parágrafo único, inciso I. Considera-se omissão a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

²³⁹ “Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõem ao magistrado, de forma cogente – ‘os tribunais observarão’ -, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. in Precedentes. Coordenadora Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior e Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 454)

de Justiça, quanto às matérias infraconstitucionais e as orientações proferidas pelos órgãos plenos e especiais dos Tribunais de Justiça, para aqueles juízos vinculados àquela determinada competência.

Hermes Zaneti Junior, por sua vez, entende que a discussão sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo de lei remonta a própria Emenda Constitucional nº 45/2004 e que não prospera por uma fundamental diferença: a regra estabelecida no art. 927 do CPC não autoriza que os magistrados produzam normas gerais e abstratas indistintamente, de competência do Poder Legislativo. Os precedentes obrigatórios fixados no referido dispositivo legal partem de premissas fácticas (como é próprio do precedente) para a construção de normas gerais e concretas²⁴⁰ segundo um método de decisão.

O doutrinador, ainda, esclarece que a vinculação prevista nos incisos III a C do art. 927 do CPC²⁴¹ decorre de uma construção que se inicia com a legislação processual de 1973 e alcança maturidade no Enunciado nº 45/2004. A vinculação estrita, a qual trata o art. 927, refere-se a uma estabilidade de sistema voltada ao Poder Judiciário. De juiz para juiz, determina a técnica do *stare decisis* para produzir suas decisões.

A complexidade normativa que existe nos interstícios da norma exige a participação do juiz para a sua completude. É na ausência de legislação ou na vagueza de conceitos que a atividade criadora do juiz se revela e é ela que está protegida pela norma prevista no artigo 927 do Código de Processo Civil.

Não haverá inconstitucionalidade – porque não haverá criação – naquilo que estiver bem definido e amparado pela lei. Também não haverá inovação para aquilo que não dialogar com a inteireza do sistema normativo, suas diretrizes, seus princípios. Daí porque as técnicas de *ouverruling* e *distinguishing* são essenciais ao sistema de precedentes, justamente por afastarem a obrigatoriedade do precedente invocado que seja equivocado ou que se mostre injusto com o passar do tempo. Portanto, não se trata de mera repetição, pelo hábito de repetição. Não

²⁴⁰ JUNIOR, Hermes Zaneti. O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 398.

²⁴¹ Ibid., p. 399-400.

se trata de criação livre e desimpedida pelo Tribunal cuja decisão se tornará referência (e obrigação para os demais órgãos).

De fato, tal qual discutido nos itens 2.2.1 e 2.2.2 deste trabalho, a constitucionalização do processo traz *standards* principiológicos que correspondem ao mínimo aceitável. Como consequência, esse mínimo aceitável se traduz na possibilidade de adoção de soluções jurídicas que atendam aos anseios da população e, sendo assim, o juiz performará atividade criadora. Essa atividade criadora, evidentemente, está sujeita à crítica da comunidade científica e aos valores normativos que já se encontram no ordenamento jurídico (ainda que em um plano maior, como o constitucional). O precedente deve ser, sempre, fruto de uma atividade plural e sempre pautado na lei.

Sendo assim, o artigo 927, por sua vez, não rompe essa lógica porque parte de outra premissa, a da segurança jurídica. Se todos os passos acima foram respeitados e seguidos (como construção plural e autoridade do órgão prolator, bem como preservados os métodos de superação e distinção), a decisão, além de justa, é seguramente reproduzível e, partindo da premissa de segurança jurídica, deve ser respeitada.

A questão, portanto, não se trata apenas de estabelecer o caráter vinculante à decisão por meio de lei, posto que sempre esteve presente a necessidade de coerência do sistema normativo, o que via de regra se faz por meio da interpretação feita em decisões judiciais. O caminho bastante longo de se respeitar a hierarquia e a autoridade de um órgão judicante que detém maior autoridade, mais experiência, não se trata de atribuir competência legislativa ao Poder Judiciário, mas de ratificar proposta que já há muito é praticada (inclusive pelos auspícios da Carta Processual anterior).

3.7.2 Breves considerações sobre a incidência do art. 927 na prática forense

Conforme esclarecido, faz parte da dinâmica do sistema de precedentes adotar a interpretação normativa feita a partir de normas fixadas em enunciados de

súmula vinculante ou não, bem como observar as soluções que se apresentarem em julgamento de demandas repetitivas (art. 927, CPC).

O dever de publicidade para que, de fato, os efeitos almejados pela norma sejam alcançados está presente na própria estrutura dos Tribunais Superiores, a exemplo da disponibilização de ferramenta específica de consulta em seu sítio eletrônico para a busca de temas que estão sendo tratados como uma base de dados para que os julgados se tornem paradigmas²⁴². A catalogação de julgados repetitivos, no sistema do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, prevê a identificação do tema específico (tratado como questão submetida a julgamento) e do órgão julgador, sua catalogação (numeração para fácil identificação) e a tese firmada.

Exemplo disso é o tema 235, julgado em setembro de 2010 pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, cuja norma que se pretendeu fixar se refere à possibilidade ou não de inclusão dos expurgos inflacionários nos cálculos da correção monetária, ainda que não tenha havido pedido expresso do Autor da demanda sobre esse acréscimo específico.

A tese firmada por meio do julgamento do Recurso Especial 1.112.524-DF é a de que a correção monetária integra o pedido de forma implícita e o seu reconhecimento prescinde de pedido expresso, sem a ocorrência da sentença *extra* ou *ultra petita*. É interessante notar que o acórdão relatoriado pelo Ministro Luiz Fux se caracteriza pela expressa citação de diversos precedentes do próprio Tribunal, cujos julgamentos ocorreram entre os anos de 2005 a 2009.

Dentre os argumentos utilizados no apelo extremo, a Recorrente aborda justamente a aplicabilidade de normas do Código do Processo Civil de 1973 que não detêm completude necessária à realização da justiça. De fato, alegou-se

²⁴² Acessado em 1/1/2019 por meio do seguinte sítio eletrônico: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/

violação aos arts. 2^o²⁴³, 128²⁴⁴, 460²⁴⁵ e 471²⁴⁶ da Carta processual para entender que haveria, no caso preclusão para requerimento do referido acréscimo e que ele não fazia parte do pedido expressamente formulado pela parte.

Como solução, além de afastar expressamente as teses, o referido recurso aproveitou para ratificar na fundamentação os índices oficiais para recomposição dos expurgos inflacionários²⁴⁷. A fundamentação, também, faz grande exercício para demonstrar pelo resultado de outros casos (citando trechos dos referidos acórdãos) a tese que entendeu prevalecer. Demonstrou, portanto, coerência com o passado de decisões e a estabilidade do próprio sistema.

Outro tema interessante no âmbito dos julgamentos repetitivos é o 915, que se baseia em julgado ocorrido em fevereiro de 2016 pela Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça, cuja norma que se pretendeu fixar é o interesse de agir em ações que buscam a exibição de documentos relativos aos critérios de *scoring* de entidades de proteção ao crédito (sistema *Crediscore*).

A tese firmada por meio do julgamento do Recurso Especial 1.304.736-RS é a de que o interesse de agir existe, mas está condicionado à tentativa amigável de receber as informações e de que a nota que lhe foi atribuída pelo sistema de proteção ao crédito tenha efetivamente lhe causado prejuízo. O acórdão relatoriado

²⁴³ Art. 2^o. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

²⁴⁴ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

²⁴⁵ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁴⁶ Art. 471, I e II. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; nos demais casos prescritos em lei.

²⁴⁷ “A Tabela única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) OPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de 1996” (trecho da ementa do recurso supra citado).

pelo Ministro Luis Felipe Salomão também identifica a prévia discussão, “notadamente por ter a controvérsia ganhado relevo após o julgamento do REsp 1.419.697/RS”²⁴⁸.

A relevância da matéria posta para julgamento está bem definida pela extinção de uma vez só de mais de cinquenta e cinco mil processos no Estado de Santa Catarina a partir da fixação da tese a partir do julgamento do Recurso Especial 1.419.697-RS. Bastante interessante notar que há dialeticidade neste caso, com a admissão do Banco Central do Brasil como *amicus curiae* e do respectivo parecer técnico, o qual foi adotado no corpo do acórdão e corroborou, como argumento de autoridade, com o entendimento de que o interesse de agir, neste caso, está condicionado à tentativa amigável de recebimento das informações.

Outra ferramenta importante é a da Jurisprudência em Teses, também como ferramenta do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁹. Ao utilizar a ferramenta, localizamos a Edição nº 35, cujo tema de fundo é a Recuperação Judicial. Nela, a partir do julgamento de diversos recursos, firmou-se a interpretação a respeito de dispositivos que estavam incompletos na norma positivada. É o caso da definição do principal estabelecimento (art. 3º, Lei 11.101/05²⁵⁰) que não se confunde com o endereço da sede constante no estatuto social²⁵¹, da definição de competência para decidir sobre a constrição de bens que não estejam abrangidos no plano de recuperação judicial²⁵² e da impossibilidade de retomada das execuções individuais movidas contra a Empresa em Recuperação Judicial após o decurso do prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/05²⁵³.

No primeiro exemplo citado acima, a norma disse menos do que o valor normativo atribuído pelo Tribunal. Não há definição do conceito de principal

²⁴⁸ Trecho do relatório do acórdão supra citado.

²⁴⁹ Acessado em 1/1/2019 por meio do seguinte sítio eletrônico: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>

²⁵⁰ Art. 3º. É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil.

²⁵¹ O enunciado normativo é justificado pela citação de acórdãos, decisões monocráticas e periódico de informação sobre a jurisprudência do Tribunal.

²⁵² Esta norma é justificada pela citação do Enunciado nº 480 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

²⁵³ Novamente, o enunciado normativo é justificado em acórdãos, decisões monocráticas e periódicos de informação sobre a jurisprudência do Tribunal.

estabelecimento e afastou-se, depois de amplo debate, a presunção de que o endereço identificado como sede nos atos constitutivos seria necessariamente o estabelecimento de maior pujança para a atividade. O segundo exemplo, por sua vez, trata-se de interpretação sistêmica e teleológica da lei específica que rege o procedimento de recuperação judicial. Não havia um dispositivo específico. A última interpretação, a seu turno, é decorrente da prática forense que se mostrou contrária ao próprio texto da lei.

O Supremo Tribunal Federal tem ferramenta semelhante. Em seu sítio eletrônico²⁵⁴ é possível localizar ferramenta para a localização de teses com e sem repercussão geral, um dos requisitos de admissibilidade do recurso excepcional (art. 1.030, I, “a”, CPC). O sistema indica o tema, o acórdão paradigma (referência), a tese e a data em que a tese foi fixada.

Todas essas decisões (e ferramentas tecnológicas) têm, sensivelmente, a função de que se tornem obrigatórias pela sua autoridade ou mesmo pela vontade do legislador. Mesmo antes da dinâmica estipulada pelo art. 927 do CPC, conforme já se esclareceu por meio do histórico legislativo brasileiro, torna-se obrigatória que a *ratio* identificada na fundamentação do julgado seja adotada nos próximos julgamentos, horizontal ou verticalmente. Ao menos, é isso que o sistema pretendeu ao tornar pública e operacionais tantas ferramentas no sentido de identificação do entendimento a respeito de uma determinada norma, bem como da cuidadosa necessidade de ratificação de sua autoridade pela identificação de outros julgados no mesmo sentido.

Além de uniformizar as decisões futuras, trazem conceitos normativos importantes e têm potencialmente a aptidão de reduzir o número de processos, a partir da limitação do convencimento motivado, utilizando, obrigatoriamente, decisões anteriores.

3.7.3 Aproximação do sistema *common law*?

²⁵⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>

A princípio, a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* esbarraria nos fatos de que os juízes em cada sistema funcionam de maneira diferenciada e que o *stare decisis* seria incompatível com a sistemática dedutiva do *civil law*.

Cumprе esclarecer que não há sinonímia entre precedente e *common law*. Vimos, no histórico relatado neste capítulo, que o precedente (e até mesmo a sua obrigatoriedade) constituem elementos muito recentes na história desse sistema, não podendo, via de consequência, constituir a sua substância essencial.

O ponto de conexão reside no fato de que a eficiência da *stare decisis* está vinculada à autoridade da decisão, autoridade esta que no sistema *civil law* decorre da lei. E assim, a segurança jurídica – valor defendido e buscado pelos dois sistemas – se pauta em premissa diferentes, ora considerando a historicidade das decisões como pilar da segurança jurídica, ora defendendo a norma escrita e as hipóteses bem definidas pelo legislador como seu sustentáculo.

Essa diferença, no entanto, parte de premissas históricas completamente distintas. A Revolução Inglesa, de 1688, foi um movimento de ratificação da legalidade (*common law*) frente ao monarca²⁵⁵, enquanto a Revolução Francesa teve de construir a legalidade e limitar a liberdade dos juízes²⁵⁶. Tanto o direito

²⁵⁵ Quanto ao processo histórico do precedente, importante destacar os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, o qual faz referência à Revolução Gloriosa para entender que seu papel não foi de dotar o parlamento de um poder absoluto com relação à produção do direito. Em suas palavras, “Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. Assim, a ideia de ‘*supremacy of the English Parliament*’ não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo parlamento, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme à *common law* [...] O princípio da supremacia do parlamento, na Inglaterra, esteve muito longe da ideia de supremacia da lei sobre o juiz, tendo significado, na verdade, supremacia do direito sobre o monarca e sobre as próprias leis, inclusive as das colônias. Nessa perspectiva, quando se controlava a legitimidade da lei colonial a partir do direito inglês, afirmava-se o *common law* e não a lei, nos moldes do *civil law*. E o juiz, nessa dimensão, já se sobrepunha ao elaborador da lei destoante.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *in* Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, nº 49, p. 25)

²⁵⁶ Para maior detalhamento, conferir item 2.1 deste trabalho, no qual se descreve marcos históricos importantes para a hermenêutica jurídica, para o ato de decidir. Porém, neste momento, importa recapitular que Revolução Francesa teve como objetivo justamente limitar o poder do magistrado, mas também teve como ideologia a negação do direito comum, que naturalmente continha lacunas e era preciso interpretar. Nesse sentido, importante reproduzir os artigos 10 e 12 do Título II, que correspondia às normas inerentes aos julgamentos em geral, referente à Lei Revolucionária de 1790, *in verbis*: Article 10. Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif,

histórico inglês quanto o direito legislado buscavam o mesmo objetivo: um sob uma perspectiva conservadora e o outro sob a perspectiva de novidade.

Outro ponto importante, vinculado à história recente, diz respeito ao papel do juiz (tema já bastante discutido no item 2.2.3 deste trabalho). Em brevíssima retomada, o exercício da jurisdição de maneira cooperativa e plural ressignifica a atuação do juiz e a função da própria decisão. Há uma perda de individualidade no ato de decidir e uma alteração substancial para entender a transposição do modelo de juiz passivo, que apenas dá voz à lei, que não mais se enquadra na realidade. É necessário (e desejado) que a interpretação ocorra para que o conteúdo normativo se alinhe com valores constitucionais e que essa interpretação, quando dotada de autoridade suficiente, reverbere em todos os órgãos jurisdicionais.

O resultado de ambas as premissas, no entanto, sofreu alterações substanciais²⁵⁷, especialmente com o advento do constitucionalismo (já tratado no item 2.2.2 deste trabalho). E o Brasil, nesse contexto, seguiu a tradição do *civil law* com adaptações relevantes. Aliás, desde a sua primeira Constituição Federal, adota expressamente alguns elementos característicos do sistema jurídico *common law*, tais quais o *judicial review* e o sistema de *checks and balances* em harmonia com a adoção de um sistema pautado no princípio da legalidade.

Sendo assim, com a evolução do direito, os elementos que compõem a unidade da racionalidade do sistema jurídico *common law* e que fazem parte da concepção de um sistema de precedentes vinculativo, vertical e horizontalmente, não permitem que apenas consideramos uma perspectiva formalista da

sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. Article 12. Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. Texto acessado em 1/1/2020 por meio do seguinte sítio eletrônico: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000704777>

²⁵⁷ E dentre elas, importante destacar a crítica de Luiz Guilherme Marinoni, ao analisar o papel do juiz após o distanciamento desse período inicial, que buscava limitar a sua interpretação: “Embora a praxe tenha constatado que nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isto não significa a negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões, e das interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.” (ob. p. cit., p. 35)

interpretação das normas jurídicas, como se vivêssemos em um Estado Legal de pura adstrição à lei e indiscutível vinculação da atividade interpretativa do magistrado ao dispositivo legal.

Desconsiderar a força vinculante do precedente ao sistema *civil law* – independentemente do sistema classificatório – é ignorar que o nosso sistema processual há muito o aplica a partir da complexidade atual do ordenamento jurídico, constatação que está cada vez mais clara com a adoção de critérios para pautar o ônus argumentativo que são típico da superação e distinção, que são tão caros à adoção de um sistema de precedentes²⁵⁸. A autonomia metodológica completa dos métodos indutivos e dedutivos, respectivamente característicos do sistema *common law* e *civil law*, não mais se sustenta, especialmente a partir da constatação que juízes vinculados ao primeiro sistema não ignoram a lei em seu processo de decisão (e inclusive vivem cada vez mais uma realidade codificada), sendo que os juízes do segundo sistema se veem cada vez mais na obrigação de repensar a formatação de suas decisões para que elas alcancem efeitos extra processo.

Importante esclarecermos que esse hibridismo não significa promiscuidade entre os dois métodos, criando em síntese algo novo, mas da constatação de que a técnica indutiva é, sim, realizada no sistema *civil law* brasileiro e que se busca a universalização das normas extraídas de decisões em *hard cases* e a partir de casos que versem sobre normas abertas e gerais.

Sendo assim, a universalização do conceito normativo, típico da atividade legislativa, e a prospecção dos efeitos da decisão para a sua consideração em casos futuros traz uma característica fundamental para que possamos com coerência defender a existência de um sistema de precedentes brasileiro.

Longe de uma imprecisão terminológica crônica, o atual Código de Processo Civil emprega de maneira distinta os conceitos de jurisprudência e precedente. Aliás, o inciso V do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC é exemplo disso, tornando absolutamente equivocado entender que o legislador não quisesse (a seu modo) introduzir expressamente um sistema de precedente. Diz-se a seu modo

²⁵⁸ Este tema será tratado no próximo capítulo.

porque a adoção de um sistema de precedente não foi realizada de maneira a romper com o passado, renunciando à nossa tradição legalista e vinculação à norma escrita. Trata-se de um processo vivo e que vem acompanhando as alterações processuais pelo menos desde a década de 1990.

Além disso, o Código de Processo Civil privilegia essa conferência ao estabelecer como um dos seus nortes a conciliação de suas regras com os valores constitucionais que acabaram por permear e ratificar que vivemos uma fase do processo constitucional, na qual as decisões devem ser pensadas a trazer estabilidade ao sistema e garantir os princípios maiores da Carta Magna, seja no âmbito do procedimento, seja no âmbito da concretização do direito material.

Essa conciliação entre a fundamentação da decisão judicial para a formação de um precedente, no sistema *civil law*, acabou sendo projetada para as regras de fundamentação previstas no parágrafo primeiro do art. 489 da atual codificação processual. Essa prospecção nos parece no mínimo lógica e é a discussão a ser travada no próximo capítulo.

4. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL²⁵⁹ E A SUA RELEVÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Toda a historiografia processual até aqui relatada culmina no dever de fundamentação e no atual regramento previsto na legislação processual brasileira. Ao tratarmos do papel político que a fundamentação exerceu durante o seu processo de consolidação, tratamos também do seu poder transformador, por meio dos precedentes, para o ordenamento jurídico dos países de herança *common law* e, atualmente, a inserção da sistemática para regramentos processuais pautados no *civil law*.

Ao trilhar essa trajetória, a perspectiva particularizada da fundamentação, seu caráter endoprocessual, venceu obstáculos enormes. Até o final do século XVIII, além de uma inclinação ao segredo, a publicidade era proibida. Nesse sentido, conforme ensina Francesco Conte²⁶⁰, a legislação da Áustria de 1781 expressamente proibia a fundamentação em seu artigo 261. Essas amarras foram apenas rompidas na Itália em 1774 por meio da promulgação da norma que readequou a administração da Justiça em Nápoles. A França, já citada no início deste trabalho, recebeu a norma que garantiria a fundamentação em 1790 e a Prússia em 1793.

Os séculos XIX e XX foram marcados por essa ideologia de codificação detalhada e rica cujo eixo central nos parece ser sustentar a ordem jurídica por vezes imatura, como se servisse de reprimenda ou bitola àqueles que ainda não aprenderam a conviver com os seus ditames principiológicos²⁶¹, com os valores

²⁵⁹ As decisões de um juiz dividem-se em decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Como regra, todas as questões neste trabalho debatidas se aplicam às espécies de decisão. O enfoque, todavia, são as decisões tal qual definidas no item 4.2 deste trabalho, aquelas que são capazes de alterar o estado das coisas e produzir efeitos para o processo. Não serão consideradas particularidades a princípio irrelevantes para o que se está debatendo, como por exemplo a dispensa de relatório (elemento essencial da sentença) prevista no art. 38 da Lei nº 9.099/95 e cuja ressalva também será feita no item supra citado.

²⁶⁰ CONTE, Francesco. Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016, p.53-55.

²⁶¹ Digno de nota, cumpre-nos trazer as imortais palavras de Caio Mario da Silva Pereira sobre o assunto, com cuja sobriedade se concorda em gênero número e grau. Conforme pontuou o professor, às vésperas dos seus noventa anos, fez uma análise crítica do processo de codificação e como ele se relaciona ao ordenamento jurídico brasileiro. Em resumo, “Não se pode, em verdade, ignorar o direito positivo, o direito legislado, a norma dotada de poder cogente. Ele é necessário.

maiores de uma sociedade plural. Há uma clara função dúplice da codificação: prever e limitar.

Não vivemos, evidentemente, em uma era de direito descodificado e muito menos a história do *common law*. O nosso formalismo e o apego às leis escritas estão atrelados a razões históricas e à opção sistêmica, afinal, nosso passado e nosso presente são vinculados ao *civil law*.

No entanto, vivemos uma fase de processo constitucional e uma sociedade altamente complexa. Dos litígios massificados aos contratos atípicos, o sistema jurídico demanda que esse regramento se compatibilize cada vez mais com as adaptações da realidade e com a sua adequação a ditames principiológicos. E consolidada, a fundamentação modernamente busca outro escopo: além de exercer a função de legitimação da atividade estatal, estabilizar e pacificar a aplicação do direito material nos casos concretos.

Neste capítulo, analisaremos a decisão judicial em seu aspecto técnico e o franco diálogo entre o sistema de precedentes brasileiro e as regras de fundamentação previstas na decisão judicial.

4.1 Evolução legislativa da fundamentação da decisão judicial

José Rogério Cruz e Tucci, em sua célebre obra “A motivação da sentença no processo civil”, estabelece uma cronologia histórica da fundamentação que remonta o direito romano e segue até o período de Brasil República. Tal

Reprime os abusos, corrige as falhas, pune as transgressões, traça os limites à liberdade de cada um, impedindo a penetração indevida na órbita das liberdades alheias. Não é aceitável, porém, que o Direito estatal se esgote na manifestação poder estatal. Para desempenhar a sua função básica de ‘adequar o homem à vida social’, como eu o defini, há de ser permanentemente revitalizado por um mínimo de idealismo, contribuindo para o equilíbrio de forças e a harmonia das competições. Assiste-se, por outro lado, à evolução do direito legislado, na expressão morfológica de sua elaboração, como tendente a perder cada vez mais o exagerado tecnicismo de uma linguagem esotérica, posta exclusivamente ao alcance dos iniciados. Sem se desvestir de uma linguagem vernácula, há de expressar-se de tal modo que seja compreendido sem o auxílio do misticismo hermenêutico dos especialistas [...] Devemos, portanto, assumir a realidade contemporânea: os Códigos exercem hoje um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sócio-político.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Prefácio de todas as edições. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Editora Forense, p. 10 e 17)

historiografia é chancelada por outras tantas vozes, todas a reportar os mesmos fatos históricos²⁶².

No período romano²⁶³, a fundamentação passou por três momentos distintos: ações da lei (*legis actiones*), formular (*per formulas*) e extraordinário (*extraordinaria cognitio*). No período das ações da lei, cujo famigerado²⁶⁴ processo era complexo, ritualístico e rígido, a fundamentação era vista como desnecessária e a ideia era a de que houvesse a menor publicidade possível. Tal período perdurou desde o início de Roma (754 a. C.) até o final da república (44-27 a. C.).

Neste período, preponderava o misticismo e era representado pela íntima relação entre direito e religião, o qual era administrado pelo *rex* (sacerdotes e, após, magistrados públicos), aquele que era legitimado para tratar de assuntos religioso, bélicos e resolução dos conflitos entre os romanos.

No período formular²⁶⁵, os procedimentos ganharam certa flexibilidade e adicionam um novo elemento, o *iudicatum*, que retirava do magistrado e incorporava a eficácia da sentença que seria prolatada neste ato. Tal período perdurou do advento da *lex Aebutia* (149-125 a. C.) até o fim do Império de Diocleciano (285-305 d. C.).

Neste período, o julgamento feito pelo magistrado era executado pelo *iudex*, ao declarar a absolvição ou condenar o réu à prestação objeto da ação, sendo que neste caso o *iudex* também não apresentava motivação, em que pese recebesse

²⁶² Nesse sentido: CONTE, Francesco. Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016, p. 35-76. LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 91-95. ZAVARIZE, Rogério Bellentani. A fundamentação das decisões judiciais. Campinas: Editora Millennium, 2004, p. 27-38.

²⁶³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 25-34.

²⁶⁴ “Importante testemunho é fornecido por Gaio (*l.* 4, 30 e 31), ao elucidar que o exacerbado formalismo das *legis actiones* viria, com o passar do tempo, torná-las odiosas, razão pela qual acabaram sendo abolidas pela *lex Aebutia*, e, mais tarde, pelas leis Júlias; não obstante, as ações por dano iminente, a *in iure cessio* e, ainda, aquelas que se processavam perante os tribunais dos centúviro, continuaram a regular-se pelo antigo sistema.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40)

²⁶⁵ “*Fórmula*, diminutivo de forma, é palavra grega que significa *modelo*. *Fórmula*, portanto é um autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito pretor.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.p. 73-74)

do magistrado uma fórmula prescrita. Havia adstrição às opções refletidas na fórmula, mas não havia necessidade de expor o raciocínio para se chegar a uma delas.

Quanto ao período extraordinário (época pós-clássica), que parte do principado de Otaviano Augusto no século 17 a. C., conforme tratado no item 3.1 deste trabalho²⁶⁶, a *lex Julia iudiciorum privatorum* ganha especial relevância. Com o advento da lei, a solução não parte mais de um particular, mas da figura de um juiz investido como poder estatal, uma autoridade que se justificava na adoção de requisitos formais tidos como obrigatórios. Não há também a bipartição do procedimento, sendo que o juiz que avalia as provas é o mesmo que profere a decisão. Há também a criação de um sistema de revisão da decisão e de estruturação hierárquica (uma organização judiciária no tempo do império). Tal período é uma transição entre o marco temporal da *lex Julia iudiciorum privatorum* até o final do império Romano do Ocidente.

José Rogério Cruz e Tucci, a partir disso, categoricamente afirma que as decisões proferidas no período extraordinário eram motivadas²⁶⁷. No entanto, esclarece que durante o período de consolidação da ocupação visigótica na península Ibérica, a estrutura germânica de processo, destacando-se o *Liber Iudiciorum*, impunha um retrocesso no que se refere à fundamentação da decisão judicial, cuja publicidade do ato foi apenas parcialmente restaurada posteriormente pela proibição de decisões que não fossem proferidas perante as parte²⁶⁸, mas não em seu sentido original.

Esta ausência de obrigação para a motivação se estendeu pelo período medieval no sistema conhecido como direito comum, caracterizado pela interação do direito *ius civile* e *ius canonicum*²⁶⁹. Apesar do esforço dos juristas ibéricos em incorporar o direito comum como fonte subsidiária do direito, restou mais forte

²⁶⁶ Referido item trata do precedente como fonte do direito e perfaz o caminho histórico para tanto. Não se confunde, no entanto, com a matéria ora tratada, cuja contextualização e abordagem se dá única e exclusivamente com relação às regras de fundamentação.

²⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 33.

²⁶⁸ Ob. p. cit., p. 34-37.

²⁶⁹ As razões históricas e políticas que privilegiaram que a motivação não fosse exigida – aliás, indesejada – durante o período medieval foram destacadas no decorrer do primeiro capítulo deste trabalho, especialmente no item 2.1: O Estado de Direito e a fundamentação da decisão judicial.

a crença de que as decisões poderiam ser imotivadas. Na Espanha, somente a partir do *Libro del Fuero*, em 1254, o dever de fundamentação restou previsto.

Em Portugal, a fundamentação acabou concretamente por se refletir em primeiro lugar nas Ordenações Manuelitas, em 1521, pois a legislação trouxe em seu Livro III, Título L, § 5º, a motivação das sentenças definitivas como obrigatórias aos juízes, corregedores e ouvidores²⁷⁰. Disposição semelhante constou nas Ordenações Filipinas, em 1603, título LXVI, vinculando a fundamentação ao direito inerente das partes de recorrer²⁷¹.

No Brasil, após nossa independência, a legislação do Reino continuou a vigorar, mas houve necessidade de complementação normativa para reforçar o dever de fundamentação. Assim, em 31 de março de 1824, foi editada a Portaria nº 78 a qual estabeleceu que “os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente, as razões, e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado n §7º da Ord. Do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado”.

Oito anos após, o Código de Processo Criminal do Império, Lei de 29 de novembro de 1832, trazia disposições preliminares sobre as funções dos serventuários e das pessoas encarregadas da administração da justiça, do processo penal, funcionamento do júri etc. Nada disse sobre a fundamentação da

²⁷⁰ Liv. 3, L, § 5º. “Mandamos, que daqui por diante todos os Noffos Defembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fóra, pofto que cada huu dos fobreditos Letrados nom fejam, e quaefquer outros Julguadores, que Letradores forem, que fentenças definitivas pofere, declarem em fuas fentenças (affi na primeira infancia, como na cafa d’apellaçam, ou agravo, ou na caufa da reuifta) a caufa, ou caufas, per que fe fundam a condenar, ou abfolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo efpecificadamente o que he, que fe prova, e por que caufas do feito fe fundam a darem fuas fentenças” (Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Livro III. Coimbra: Na real imprensa da Universidade, p. 192. Obra acessada em 10.1.2020 às 22:26 por meio do seguinte endereço eletrônico <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17841>.

²⁷¹ Liv. 3, t. 50, §5. “E para as partes saberem se lhes convém appellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamento, porq eu os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças diffinitivas (2), assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolber, ou a confirmar, ou revogar.” (Código Philippino ou Ordeações e Leis do Reino de Portugal Recopiladas por Mandado del-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, p. 669. Obra acessada em 10.1.2020 às 22:30 por meio do seguinte endereço eletrônico <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>.

decisão judicial, mas, é claro, também não afastou as disposições de fundamentação previstas nas Ordenações Filipinas.

O Regulamento 737 de 1850, por meio de disciplina comercial, foi a primeira legislação brasileira a expressamente prever a fundamentação em seu art. 232, do qual se extraía que “A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão os eu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”. Tal dispositivo reflete, a seu modo, os requisitos essenciais da decisão que são atualmente admitidos (relatório, fundamento e dispositivo). Em 1890, foi promulgado o Decreto 763 de 1890 que estendeu a aplicação do Regulamento 737/1850 às causas cíveis em geral, ratificando, portanto, a fundamentação da decisão judicial.

Cumprir destacar que, após, houve o Decreto nº 5.561/1905 para regulamentação da Lei 1.338 de 9 de janeiro de 1905, a qual criou a Justiça no âmbito do Distrito Federal, após o advento da unidade administrativa, em 1891. Nele estavam previstos os arts. 232, 234 e 235, os quais estabeleciam os elementos essenciais da decisão, bem como reputava nulas as decisões não fundamentadas ou que se reportassem somente às alegações das partes ou se referisse às razões de outra decisão.

Sob o viés dualistas, compreendido no período entre 1891 e 1934, codificações processuais Estaduais também ganharam destaque no que se refere à motivação da decisão judicial, destacando-se: Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 65 de 16 de janeiro de 1908), Espírito Santo (Decreto nº 28 de 2 de dezembro de 1930, art. 259), Distrito Federal (mais uma vez, Decreto 16.752 de 31 de dezembro de 1924, art. 273), Rio de Janeiro (Lei 1.580 de 20 de janeiro de 1919, art. 1.355), Santa Catarina (Lei 1.640 de 3 de novembro de 1928, art. 794), Paraná (Lei 1.915 de 23 de fevereiro de 1920, art. 231), Bahia (Lei Estadual 1.121 de 21 de agosto de 1915, art. 308), Ceará (Lei nº 1.952 de 30 de dezembro de 1921, art. 330), Maranhão (Lei 65 de 16 de janeiro de 1908, art. 332)²⁷².

²⁷² CONTE, Francesco. Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016, p. 161.

Após a unificação da competência legislativa sobre a matéria processual, em 1934, foi promulgado do Código de Processo Civil de 1939, o Decreto-lei nº 1.608. O CPC de 1939 previu em seu art. 280 os elementos essenciais: relatório, fundamentação e a decisão propriamente (parcela dispositiva). Interessante destacar que o parágrafo único do art. 287 considerava “decididas todas as questões que constituam premissa necessária para a conclusão”. Essa intangibilidade dos motivos não expressos que se constituam premissa para a parcela dispositiva, como bem ensinou Botelho de Mesquita citado por José Rogério Cruz e Tucci²⁷³, decorriam, na realidade, da coisa julgada que recaía sobre a parcela dispositiva em razão da óbvia subordinação.

Em 1973, uma nova legislação processual foi promulgada. A fundamentação estava presente como norma geral (art. 165), como dever do Tribunal para uniformização da jurisprudência (art. 476). Além disso, nos mesmos moldes da Codificação de 1934, previu os elementos essenciais da decisão em seu art. 458.

Ainda com relação ao período Brasil República, apenas houve a previsão expressa de fundamentação na Constituição Federal de 1988²⁷⁴. Além da norma prevista no art. 93, IX²⁷⁵, é possível encontrá-la expressamente no art. 5º, LXI²⁷⁶.

Com exceção à Lei 11.105/2015, esses correspondem aos fatos históricos a respeito da fundamentação judicial como regra jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se, desses fatos, que no Brasil República a fundamentação da decisão judicial sempre foi uma preocupação do próprio sistema, a qual ganha um

²⁷³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 65.

²⁷⁴ A Constituição Federal de 1946 previu no art. 127 a estabilidade de membros do Ministério Público. A referida norma previa que a demissão via processo administrativo prescindiria do devido processo legal e as remoções deveriam ocorrer por representações “motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço”. Essa mesma disposição se repetiu na Constituição Federal de 1967 (art. 138, § 1º). Evidentemente, em que pese contenha elementos do dever de fundamentação, não se trata da obrigação em sua natureza e amplitude a que nos referimos neste capítulo.

²⁷⁵ IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²⁷⁶ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

contorno muito mais nítido (e outro significado) a partir do Atual Código de Processo Civil.

4.2 Natureza jurídica da decisão judicial

Antes de adentrar nos elementos essenciais e na conceituação contemporânea da fundamentação, cumpre abordar primeiro o enquadramento da decisão judicial como ato do processo. A fundamentação é um dos elementos essenciais para as espécies de decisão judicial e, antes de descer às especificidades, há de se entender adequadamente o conceito de decisão judicial²⁷⁷, sua natureza jurídica e características.

Segundo professor Cândido Rangel Dinamarco, os atos processuais são condutas humanas, declarações de vontade voluntárias praticadas por algum dos sujeitos do processo que têm como objetivo a alteração do estado das coisas, produzir efeitos para a criação de uma situação jurídica nova, a partir de uma entidade complexa que é o processo²⁷⁸.

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, ratifica que o ato processual é toda manifestação de vontade praticada no processo que potencialmente projetam efeitos nele. No entanto, os diferencia de fatos processuais, que também projetam efeitos para o processo, porque os fatos, tais quais o falecimento de alguns dos sujeitos processuais e a ocorrência da interrupção do serviço forense etc., mas não ocorrem a partir da intenção das partes²⁷⁹.

Essa é a exata descrição da norma positivada no art. 200 do Código de Processo Civil, a qual, todavia, está voltado exclusivamente às partes. A despeito que essa definição não se encontre refletida nas espécies de pronunciamentos do juiz definidas pelo art. 203 da Carta Processual, evidentemente, também se aplicará

²⁷⁷ Conforme já esclarecido, a sentença é uma espécie de decisão judicial. A análise de suas características será feita sob enfoque dessa espécie especialmente porque os critérios ou características são comuns a todas as espécies de decisão judicial.

²⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. In Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 547-550.

²⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil. Parte Geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 619-620)

às declarações de vontade praticadas pelo magistrado (sentenças e decisões interlocutórias). Nesse sentido, a natureza jurídica das decisões judiciais é a de ato processual volitivo que carrega em si, ao menos em um primeiro momento, a capacidade de projetar efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de direitos processuais.

Dentre os atos processuais praticados pelo juiz, a sentença o é de maneira bastante sensível²⁸⁰, pois encerra uma fase cognitiva do procedimento ou encerra o procedimento de execução (dicção do §1º do art. 203 do Código de Processo Civil), além, é claro, de gerar a norma jurídica individualizada (em tese, ápice da prestação jurisdicional, a própria concessão ou negativa da tutela almejada²⁸¹)²⁸². Seus efeitos, projetados ainda no início da ação, a partir dos pedidos formulados, materializam no mundo real consequências práticas, justamente aquilo que uma parte ou a outra quis fazer valer pelas próprias forças quando instaurado o litígio.

Apoiando-se exatamente no conteúdo do parágrafo 1º do art. 203, Cássio Scarpinella Bueno²⁸³, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²⁸⁴ conceituam a sentença.

²⁸⁰ Para maior detalhamento, em complementação a identificação dos elementos essenciais da decisão que consta neste item, consultar item 4.3 deste trabalho.

²⁸¹ Exclui-se do conceito, é claro, as falsas sentenças de mérito e as decisões terminativas. Em ambos os casos, por questões próprias, não se analisa o mérito e, sendo assim, a tutela jurisdicional deixa de ser oferecida. Não representa o ápice da tutela jurisdicional.

²⁸² Sobre os diversos conceitos de sentença no tempo, Cândido Rangel Dinamarco pontua que “O conceito de sentença variou muito, ao sabor das sucessivas mutações do sistema positivo brasileiro de direito processual. Sob o regime do Código de Processo Civil de 1939 muito se discutiu sobre esse conceito, chegando-se em dado momento ao entendimento de que sentenças seriam somente as decisões sobre o mérito da causa (Liebman). O Código de 1973 resolveu eliminar dúvidas dessa ordem, o que fez ao conceituar expressamente a sentença como o ato com que o juiz, com ou sem o julgamento do mérito, põe fim ao processo de conhecimento (art. 162, §1º). A partir do ano de 2005, com o advento da Lei do Cumprimento de Sentença e do processo sincrético por ela instituído, o conceito já não poderia ser esse, porque o processo não tinha fim quando pronunciada a sentença. Veio então a estapafúrdia definição da sentença como ‘o ato do juiz que *implica* alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei’ (art. 162, §1º, nova redação). O Código de Processo Civil de 2015 voltou a alterar o conceito de sentença ao defini-la adequadamente por um modo compatível com a estrutura desse processo sincrético, associando-a à *extinção da fase cognitiva do processo*, como acima se vê (art. 203, § 1º).” (Instituições de Direito Processual Civil. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 763)

²⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 300-301)

²⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.417-418)

Fredie Didier Junior, Rafael Alexandria de Oliveira e a Paula Sarno Braga definem decisão como uma norma jurídica individualizada que se diferencia das demais normas jurídicas pela sua aptidão de se tornar imunizada pelos efeitos da coisa julgada²⁸⁵. A norma jurídica concreta é, pela distinção feita pelos próprios autores, o resultado da prestação jurisdicional como solução ajustada para as partes a partir do caso específico e não se confunde com a completude do ordenamento jurídico que foi tratada no item 3 deste trabalho.

Nagibe de Melo Jorge, ao delimitar conceitualmente a decisão judicial, a define como um ato argumentativo-pragmático. Em suas palavras, “é um ato linguístico, ou um ato comunicativo, em que o órgão judicial comunica às partes uma ordem e a justificativa para a ordem”²⁸⁶. Trata-se de um ato argumentativo, pois reflete os debates realizados em contraditório durante o processo por todos os sujeitos processuais e, pragmático, porque deve necessariamente levar em consideração o contexto que é trazido pelas partes²⁸⁷.

Luiz Fux, a seu turno, entende a decisão por sua aptidão de trazer solução concreta ao litígio. É um ato de “concreção” cujo resultado é a norma jurídica que encerra um “juízo jurídico de valor” sobre determinada questão²⁸⁸.

Para Teresa Arruda Alvim, quanto à natureza jurídica, a decisão é um provimento lógico, alcançável por meio de um raciocínio expresso, ou seja, é o discurso que presta contas aos jurisdicionados dos porquês necessários ao entendimento da tutela jurisdicional concedida²⁸⁹. É um ato de inteligência e vontade que não se confunde com abuso ou voluntariedade e particularismos.

Todavia, diferentemente do que ocorre com outros atos processuais, Teresa Arruda Alvim esclarece que quanto a esse ato processual específico não vigora a

²⁸⁵ JUNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Pala Sarno. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Salvador: Editora Podivm, 2015, p. 309.

²⁸⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Uma Teoria da Decisão Judicial: legitimidade, fundamentação e justiça. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 38.

²⁸⁷ “A decisão judicial é um ato praticado em uma argumentação ou processo argumentativo, que somente pode ser adequadamente compreendido se levarmos em conta o ‘contexto pragmático’. Isso diz mais que simplesmente dizer que a decisão é produto de um diálogo. O contexto pragmático é próprio de toda atividade comunicativa ou da argumentação; ainda assim, parece necessário destacar o termo, dado que esse aspecto tem sido negligenciado nos estudos acerca da decisão judicial.” (Ob. p. cit., p. 41)

²⁸⁸ FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 269-270.

²⁸⁹ Ob. p. cit., p. 77.

norma prevista no artigo 277 do Código de Processo Civil, a qual preserva a higidez do ato quando, por outro meio, alcançar a sua finalidade²⁹⁰. Conforme lições de Galeano Lacerda, reproduzidas pela professora Teresa Arruda Alvim, as nulidades de sentença são absolutas²⁹¹ e, portanto, não comportam o princípio da preservação que é destinado a categorias de vícios menores.

Conforme se pode perceber de todas as conceituações acima, que em nossa visão se complementam, parte-se de um elemento central para a identificação da natureza jurídica: ato processual que potencialmente encerra o procedimento para que o processo, em determinados casos, possa adentrar em uma nova fase. A perspectiva funcional, da projeção de efeitos, são características próprias do ato, ora descrevendo o procedimento em contraditório (pressuposto para a prolação de decisão), ora os resultados sensíveis da decisão.

4.3 Elementos essenciais da decisão judicial

Partindo da natureza jurídica da decisão judicial, de ato volitivo que carrega em si, ao menos em um primeiro momento, a capacidade de projetar efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de direitos processuais, cumpre-nos analisar seus elementos essenciais, os quais, se ausentes, implicarão em consequências específicas.

Os elementos essenciais da decisão judicial são tratados nos parágrafos 1º e 2º do art. 203 do Código de Processo Civil. Nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil, compõem como elementos essenciais das sentenças, o relatório, o fundamento e a parte dispositiva.

O relatório consiste na descrição do histórico relevante do processo, os fatos e atos processuais que potencialmente detêm condição de alterar substancialmente a relação jurídico-processual, bem como que potencialmente detenham consequência jurídica para o pedido formulado ou para as questões que precisam ser superadas para o julgamento do processo.

²⁹⁰ Ibid., p. 85.

²⁹¹ Ibid. p. 137.

Dentre os requisitos do inciso I do artigo 489 do Código de Processo Civil estabelece dentre os requisitos do relatório que deve conter o nome das partes, a identificação do caso com a suma do pedido e da própria contestação e do registro dos atos (e fatos) relevantes que tenham ocorrido no processo.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior, trata-se de elemento que perdeu relativamente a força, tanto para relações autorizadas em lei, como pela própria jurisprudência construída a partir da codificação processual de 1973²⁹², cada vez mais se passou a dispensar a parte descritiva pormenorizada da decisão com relação aos fatos e atos pretéritos sobre os quais a decisão se debruçava.

A exemplo disso, o art. 38 da Lei 9.099/1995²⁹³, que institui o procedimento especial para os Juizados Especiais Cíveis, dispensa a apresentação de relatórios, desde que os fatos relevantes que tenham ocorrido durante a apresentação de defesa ou instrução sejam corretamente identificados. Esse dispositivo se insere no contexto de um procedimento especial e se justifica por meio dos objetivos principais desse processo: casualidade, simplicidade e informalidade (art. 2º da referida lei). Faz parte de uma exceção legalmente admitida por disposição expressa em lei.

Importante observar que a jurisprudência sobre o relatório, sob a vigência do diploma processual de 1973, foi construída no sentido de que o juiz não é obrigado a rebater um a um os argumentos das partes²⁹⁴ e na possibilidade de utilizar o relatório *per relationem*²⁹⁵. Portanto, quando não era obrigado a rebater um a um os argumentos das partes, o Judiciário, por lógica, não precisava relatoriar todos os fatos ou atos processuais para sustentar a o dispositivo da sentença, especialmente quando entendia que não seriam tratados na fundamentação. Da

²⁹² JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Salvador: Editora Podivm, 2015, p. 312.

²⁹³ Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

²⁹⁴ Esse ponto se encontra superado e será tratado no decorrer deste capítulo, quando tratarmos especificamente da fundamentação.

²⁹⁵ O relatório *per relationem* está “limitado a referir-se ao relatório de outra sentença constante dos autos. Isso se dá ordinariamente nos tribunais, onde o relator se limita a adotar o relatório da sentença recorrida, acrescentando somente os fatos subsequentes a ela (a interposição do recurso, os fundamentos e o pedido formulado pelo recorrente, o conteúdo das contrarrazões etc.); bem como em caso de uma segunda sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, havendo sido anulada a precedente.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 768).

mesma forma, se corretamente identificados os fatos que serviram para a decisão em outra decisão e se eram suficientes ao ato de decidir, não havia necessidade de tratar de outros temas.

A crítica feita pelo doutrinador se refere ao prestígio de um sistema de precedentes brasileiro, cujos fatos relevantes (*material facts*) têm de ser corretamente relatoriados como parte do processo indutivo²⁹⁶. O relatório, portanto, é elemento essencial e indispensável para que se possam aplicar regras como aquelas previstas e já debatidas neste trabalho (inteligência dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil, vide item 3.7.1 deste trabalho).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que os três requisitos gerais para a prática do ato do processo em geral são também requisitos obrigatórios da decisão²⁹⁷, de acordo com a regra geral para atos processuais. Como requisito de modo, a decisão deve ser escrita e em vernáculo nacional e, é óbvio, conter todos os elementos previstos no art. 489 do Código de Processo Civil. Tais elementos, segundo Cândido Rangel Dinamarco, constituem a regularidade formal da decisão que é um ato processual intimamente ligado à cláusula constitucional do devido processo legal²⁹⁸. E isso assim ocorre porque a harmonia entre esses elementos é pressuposto de coerência interna que, conforme já visto no primeiro capítulo deste trabalho, é condição essencial para evitar a arbitrariedade por meio da decisão judicial, arbitrariedade essa que em um primeiro momento resta contida no silogismo da própria decisão²⁹⁹.

²⁹⁶ JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Ob. p. cit., p. 313.

²⁹⁷ Apenas recapitulando: requisitos de modo são intrínsecos do ato, as diretrizes estabelecidas pela própria lei como obrigatórias; requisitos quanto ao lugar são, conforme o próprio nome diz, aqueles que determinam a prática de determinado ato em um local específico, como a sede do juízo, local dos bens para realização de construções etc.; e os requisitos de tempo que rege o tempo em que o ato é considerado tempestivo e, portanto, gera os efeitos correspondentes (Instituições de Direito Processual Civil. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 765 e Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 631-640.)

²⁹⁸ Ob. p. cit., p. 766.

²⁹⁹ “ Posto que o juiz se pautar por regras silogísticas em seu *iter* mental de formação da sentença, esse processo inclui a passagem por alguns pontos mais ou menos constantes e mais ou menos conscientizados pelo prolator, consistentes em: a) interpretar o pedido feito pelo autor, com suas especificações e observadas as regras vigentes para essa interpretação (*supra*, n. 1.191); b) examinar os pressupostos de direito material indispensáveis para o acolhimento do pedido, definindo e dimensionando as normas existentes nos textos de direito positivo e identificando os fatos necessários para a sua aplicação; c) analisar os fatos alegados pelas partes e verificar se estão provados; d) concluir, em face desse exame, se a demanda é fundada ou infundada (decisório)

Quanto ao dispositivo, ele é o preceito da norma jurídica concreta, a parcela imperativa que resolve a lide ou extingue a relação jurídico-processual que detém intrínseca correlação com a fundamentação da decisão judicial e cujos fatos são juridicamente relevantes são, justamente, aqueles relatorizados. Sua previsão está contida no inciso III do art. 489 do Código de Processo Civil na qual o juiz decidirá as questões que lhe foram apresentadas.

Alvo de algumas críticas, o legislador optou por utilizar o vocábulo questões de maneira polissêmica no art. 489 do CPC. No inciso III, que versa sobre a parte dispositiva da decisão, ele o faz com sentido de pedido, de objeto da ação. No entanto, para o inciso II, que trata da fundamentação, o legislador estabeleceu sentido similar a ponto controvertido prévio a decisão meritória, conforme ensina Teresa Arruda Alvim³⁰⁰. Partindo dessa premissa, a doutrinadora divide as questões de fundamentação em prejudiciais e preliminares, sendo as prejudiciais as questões que influenciarão o modo pelo qual a lide deve ser solucionada e preliminares aquelas que devem ser solucionadas antes das questões de mérito.

Caso não sejam superadas as questões prejudiciais ou preliminares, ocorrerá a sentença terminativa, com fundamento no art. 485 do Código de Processo Civil. Caso sejam superadas as questões prejudiciais ou preliminares, o juiz passará aos fundamentos da sentença³⁰¹.

Quanto aos fundamentos, vigorava no Brasil, até o advento da atual lei processual, a certeza de que o conceito de fundamentação não obedecia a critérios objetivos. A doutrina especializada muito falava sobre os requisitos da

[...] *Depois de redigida*, porém, a sentença apresenta-se realmente como um silogismo e como tal deve guardar coerência lógica entre seus elementos constitutivos, sendo imperfeita quando a decisão da causa não corresponder aos fundamentos adotados na motivação; como em todo silogismo, a conclusão não será legítima se não tiver apoio nas premissas assumidas como corretas” (Ob. p. cit., p. 767-768)

³⁰⁰ Ob. p. cit., p. 88.

³⁰¹ “Havendo dúvidas (questões) sobre a admissibilidade do julgamento do mérito, antes de apreciar as questões referentes a este, o juiz as solucionará, sempre ao motivar (carência de ação, falta de pressuposto processual, incompetência absoluta etc.). Ao buscar a solução para essas questões, que podem ser de fato ou de direito, ele levará em conta fatos, provas, leis, doutrina, jurisprudência etc. tanto quanto ao examinar as de mérito. Se a solução dada implicar negativa do julgamento do mérito, as questões referentes a este não serão examinadas e o juiz passará desde logo ao dispositivo, proferindo sentença terminativa. Em caso contrário, havendo sido rejeitadas todas as preliminares, é necessário examinar as questões de mérito, o que será feito na continuação dos fundamentos da sentença” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Volume III. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 773)

fundamentação, mas nada definia, sempre se pautando na ideia de que o juiz, em um processo racional e coerente, faria a escolha dos argumentos, fatos e provas suficientes para se chegar à solução do caso.

Todas essas conclusões eram fruto de um sistema processual mais antigo e da interpretação de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, como por exemplo os arts. 130³⁰², 131³⁰³, 165³⁰⁴, 458, II³⁰⁵, e 535, I e II³⁰⁶.

Construiu-se, assim, o princípio do livre convencimento motivado que encontrava na coerência interna da decisão e no convencimento do magistrado o espectro de fatos e provas que deviam ser analisados pelo magistrado³⁰⁷. O juiz como único destinatário da instrução processual e epicentro de todas as atividades do processo, cuja contraprestação era a motivação, mas a qual não detinha regulamentada uma estrutura mínima³⁰⁸.

O parâmetro correto se baseava na suficiência de argumentos (a partir da clareza e lógica razoável). E, em sentido contrário à insuficiência, Cândido Rangel Dinamarco ensinava que pontos de pequena relevância e que não seriam suficientes à alteração das conclusões do juízo³⁰⁹.

³⁰² Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁰³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento

³⁰⁴ Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

³⁰⁵ Art. 458, II. São requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

³⁰⁶ Art. 535, I e II. Cabem embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

³⁰⁷ Nesse sentido, em obra pautada nas regras contidas no Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra afirmavam que “O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPD, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Editora Malheiros, 2008, p. 74)

³⁰⁸ Registre-se a crítica feita por Pontes de Miranda, citado por Cândido Rangel Dinamarco à época: “O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é ode aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 941)

³⁰⁹ Ob. p. cit., p. 944.

Portanto, comumente, supostos vícios de fundamentação não eram tratados porque, de forma acertada, analisados sob a perspectiva do juiz e da prestação jurisdicional efetivamente oferecida. Justificado o raciocínio por meio da motivação, a decisão estava validada (era justa). A completude da decisão se baseava apenas na sua coerência e eficiência^{310 311}.

Essa premissa, no entanto, mudou. Desde a releitura do papel do juiz e da construção de mecanismos para a estabilidade e para um sistema de precedentes (tratados nos capítulos 2 e 3 deste trabalho), até a aceitação da plena participação

³¹⁰ Apenas exemplificativamente, com base na norma processual do Código de Processo Civil de 1973, citamos trecho o Acórdão proferido no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 187.035-RN, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, cujo julgamento ocorreu em 6/3/2018: “Importante registrar que diante do princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), o magistrado aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo tão somente que indicar os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC) [...] A arguição do recorrente neste específico mostra-se insubsistente quando confrontada ao princípio da inércia, princípio do livre convencimento motivado, e princípio do juiz como destinatário da prova.”.

³¹¹ Ainda que se tratasse do pensamento predominante à época, é importante destacar que não se tratava de posição unânime. Uadi Lammêgo Bulos, ao tratar da livre convicção judicial (identificando-a no modelo civil e penal), questionava se a atividade interpretativa do juiz se apresentava suficiente, especialmente quando diante de casos difíceis. A pergunta que buscou responder era se a intuição do juiz se tornaria suficiente para tudo. Calcado nos ensinamentos de Pontes de Miranda, entendia como muito difícil à atividade inerente ao livre convencimento motivado porque “Interpretar é eliminar idéias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esgota as normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, ‘se lhe juntem conceitos e correções de *lege ferenda*’” (BULOS, Uadi Lammêgo. O livre convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal *in* Revista da EMERJ, V.3, nº 12, 2000, p. 186). Essa é uma tarefa hercúlea e às vezes se mostra uma condução errática especialmente por se calcar em critérios subjetivos. Nesse sentido, Regina Lucia Teixeira Mendes, pesquisadora da Unversidade de Brasília, apresentou em 2010 dados de seu trabalho empírico, que constituiu em conciliar três discursos narrativos: a doutrina, a lei e os julgadores. O resultado demonstrou que o juiz para atingimento do livre convencimento motivado comumente imiscui-se na atividade probatória, tentando se aproximar da verdade real. Para alcançar esse nobre objetivo, a sua conclusão é a de que “dada a variação de entendimentos relativos ao *livre convencimento acerca da verdade real do caso concreto*, geralmente provocam a distribuição desigual de justiça para os jurisdicionados, que experimentam conflitos semelhantes em suas vidas cotidianas. Essa situação, ainda que não afete internamente o campo jurídico, não contribui para a credibilidade do Judiciário na sociedade. A fragilidade do reconhecimento atribuído aos tribunais contribui para aumentar o afastamento entre o direito, a Justiça e a sociedade no Brasil. As garantias e os direitos fundamentais, particularmente aqueles que asseguram o direito do cidadão ao processo, são, por sua vez, frágeis em efetividade de modo geral. A presença do cidadão no processo judicial é praticamente invisível, já que ela só se manifesta quando e se autorizada ou requisitada pelo juiz. A sua oralidade direta é suprimida, uma vez que o que consta dos autos não é o seu depoimento literal, e sim aquilo que o juiz dita para o escrivão” (MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica *in* Revista de Conflitos e Controle Social, V. 5, nº 3, Jul./Ago./Set. de 2012, p. 479). Como resultado, o juiz passava a julgar sem qualquer critério consensual.

da parte para a construção da decisão judicial (questão a ser tratada no item 4.5 abaixo), não se pode conceber um processo que não seja dialógico e que não leve em consideração especialmente a perspectiva das partes.

Exemplo disso se encontra no atual art. 370 da Carta Processual, que substituiu o citado art. 130 da Codificação anterior. O texto atual determina que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, mas não permite que essa escolha seja feita sem considerar a intenção das partes e a justificativa que têm para que determinada prova seja produzida. Propositalmente, o legislador alterou e excluiu parte da redação anterior, a qual autorizava que o juiz apreciasse “livremente a prova”, mas que indicasse, ao fazê-lo, “os motivos que lhe formaram o convencimento”. O juiz, nesse particular, se indeferir o requerimento de prova, o fará “em decisão fundamentada” (parágrafo único do art. 370 do CPC, novidade legislativa).

O art. 371 do CPC, por sua vez, suprimiu a palavra “livremente” que constava do art. 131 do CPC-73. Evidentemente, o juiz ainda é um dos destinatários da prova e é livre para apreciá-la. A supressão, no entanto, reforça que essa apreciação de forma participativa, levando em consideração a posição de cada uma das partes.

Todas essas questões reverberam bastante no ato de fundamentar. Se antes se admitia legalmente determinado subjetivismo ou melhor dizendo, apenas a perspectiva do juiz para o entendimento dos melhores motivos ou da melhor forma de provar determinado fato (aqueles que se tornam juridicamente relevantes para a decisão), hoje, ao se eliminar a parte do comando normativo que regia essa lógica, reforça-se o ônus argumentativo do juiz.

Outra alteração interessante ocorre com a revogação do art. 165 do Código de Processo Civil de 1973, que não encontra exato correspondente na atual legislação e foi substituído pelo vigente art. 11, o qual estabelece que serão “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Comparado ao texto do art. 165 do CPC-1973, há a supressão da possibilidade de motivação concisa para as decisões interlocutórias, não havendo mais autorização legal para as diferentes densidades no que se atribui como dever de fundamentação. Tal afirmação é válida independentemente da espécie de decisão judicial.

Nesse sentido, conforme adiantado no início deste item, uma grande inovação legislativa surgiu a partir dos incisos contidos no parágrafo primeiro do art. 489 do CPC. Pela primeira vez³¹², o legislador optou por definir quais as hipóteses em que a fundamentação não se consideraria corretamente construída.

Segundo Zulmar Duarte de Oliveira Jr., a decisão passou “a ter uma estrutura formal típica quanto ao conteúdo mínimo a ser observado no provimento”³¹³. Trata-se de uma novidade porque quebra uma premissa bastante importante, a do livre convencimento motivado do juiz (inteligência do art. 371, CPC).

Especificamente com relação à novidade legislativa, o inciso I do parágrafo 1º do art. 489 do CPC prevê que não será considerada fundamentada a decisão que se limitar à indicar ou reproduzir ou parafrasear um ato normativo, sem explicar a sua correlação com a causa ou questão debatida. O texto legal não deixa margem para dúvida. O que a norma realmente busca é um processo de concretização e ratificação da lógica interna da decisão judicial.

A simples referência a um texto normativo – como se fosse permitido a simplificação do ato de decidir – não representa economia processual e há muito não serve para a realização do direito. O silogismo inerente ao ato de decidir deve ser completo, não só com a identificação das premissas menores, mas subsumindo os fatos à norma, às premissas maiores. Esse é o estágio inicial do ato de decidir, obrigatório.

Ainda nesse sentido, a norma prevista nos incisos II e III da norma ora tratada se refere à proibição à invocação de conceitos jurídicos indeterminados ou que se prestem a justificar qualquer decisão. Conforme já esclarecido no item 2.2.3 deste trabalho, que trata da discricionariedade, cada vez mais a técnica legislativa

³¹² Para maior acuidade, cumpre esclarecer que esta é a primeira vez que o legislador federal, desde a codificação de 1939, se dispôs a elencar os requisitos da fundamentação. Todavia e tal qual consta no capítulo relativo ao histórico legislativo da fundamentação da decisão judicial, o Decreto nº 5.561/1905 regulamentou a Lei 1.338/1905, o Código Processual do Distrito Federal. Referida norma previa nos artigos 232, 234 e 235 diversas obrigações aos magistrados, dentre elas seriam consideradas não fundamentadas as decisões que se limitassem apenas à reportar alegações das partes ou mesmo se referissem a outra decisão, sem que esclarecessem a correlação entre o que se estava decidindo e os parâmetros utilizados para decidir.

³¹³ OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 547.

acordada com princípios constitucionais tem adotado conceitos jurídicos indeterminados em prol do interesse público. A tarefa do juiz, a partir desses conceitos, é justamente dar conteúdo à norma, adaptando-a ao caso concreto por meio de processos hermenêuticos ou da construção de normas gerais universais a partir de precedentes.

A existência de um sistema normativo mais aberto, e por isso menos sujeito às intempéries do tempo, adaptável por natureza aos valores sociais, apenas ratifica o dever do juiz de que esses conceitos a princípio indeterminados sejam subsumidos ao caso em questão, dando-lhes substância, definição. Aliás, o próprio sistema de precedentes parte dessa premissa, de que esses conceitos indeterminados sejam complementados por meio da atividade judicante e construam a sua definição por meio da decisão. A utilização da norma aberta sem a correta identificação de sua extensão não é admitida, sob pena de se autorizar um “curinga”³¹⁴ para o ato de decidir. A sua flexibilidade terá contornos bem definidos pela prática do judiciário e isso requer que a aplicabilidade desses conceitos normativos abertos seja obrigatoriamente acompanhada de sua adequação e individualização.

O inciso IV traz conteúdo bastante interessante por ser contrário à Jurisprudência pacífica sobre a temática. Nesse sentido, não se considerará fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos da parte que sejam, em tese, capazes de alterar a conclusão do juiz. A temática é tão relevante que será tratada em item 3.5 deste trabalho (Sujeitos processuais envolvidos na fundamentação da decisão judicial), mas importa destacar, desde já, que a opção legislativa criou um impasse do ponto de vista prático.

Era remansosa a jurisprudência de nossos tribunais no sentido de que o magistrado “não é obrigado a rejeitar um a um os argumentos das partes”. Quando da tramitação do projeto de lei que daria vida à norma em questão, processualistas correram a ratificar o teor da disposição, o que acabou por gerar incontáveis

³¹⁴ A carta do baralho denominada curinga tem, para determinados jogos, a capacidade de mudar seu valor a depender da combinação de cartas que o jogador possuirá. Assume várias posições sem ter ao certo uma própria. Serve, analogamente, à justificativa genérica que a princípio para tudo serve, mas na realidade não tem utilidade nenhuma. A alteração de significados sem parâmetros apenas contribui para a insegurança jurídica.

manifestações contrárias, quase sempre pautadas em suposta lesão à celeridade. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis acabou por editar o enunciado nº 523, do qual se extrai que “O juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentaram”.

Em nosso entendimento, a interpretação do Fórum Permanente de Processualistas Civis é acertada porque o texto normativo expressamente retirou do juiz a possibilidade de escolha a respeito de quais argumentos são suficientes à decisão e quais argumentos não o são. Ao consignar na lei que os argumentos deduzidos que precisam ser tratados (acolhidos ou rejeitados) são aqueles que em tese podem significar a rejeição da tese adotada pelo magistrado, o juiz não é obrigado a tratar de todas as questões suscitadas pelas partes, mas será obrigado a tratar daquelas que potencialmente sejam óbice para a conclusão exposta na decisão.

Demonstrado que o argumento da parte possui, em tese, possibilidade de criar, extinguir, modificar o direito invocado em seu desfavor, torna-se igualmente obrigatório que a sua rejeição (se for o caso) ocorra de maneira expressa e completa. O argumento da parte se trona, portanto, parte obrigatória da fundamentação, desde que seja capaz (em tese) de infirmar a conclusão do julgado³¹⁵, pois deve ser incorporado por força do inciso IV do parágrafo 1º do art. 489 do CPC.

Os incisos V e VI estão evidentemente ligados ao sistema de precedentes que o Código de Processo Civil pretende criar. Nesse sentido, a norma estabelece que não se considerar fundamentada a decisão que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula sem a identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração do porquê àqueles determinados fatos se ajustarem à hipótese dos autos. De igual maneira, não será fundamentada a decisão que não seguir

³¹⁵ Nas palavras de Zulmar Duarte de Oliveira Junior, “O juiz não pode se abster de analisar o fundamento, sob o argumento de sua improcedência. A improcedência do argumento não exclui a necessidade de sua análise, somente a sua irrelevância para o contexto da causa, ou seja, aqueles argumentos que, mesmo sendo procedentes, não alterariam a conclusão do julgado.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2018.553)

precedentes, enunciados ou súmulas que tenham sido invocados pelas partes, sem demonstração a superação do entendimento, podendo até dar origem à ação rescisória prevista no parágrafo 5º do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Este talvez seja, para o sistema de precedentes, o inciso mais emblemático porque reforça textualmente na lei a necessidade de sistematização da técnica de decisão. Em que pese todos os demais incisos sirvam para a construção do precedente através da técnica de aplicação, estes incisos são direcionados à estabilidade do sistema pela observância dos padrões decisórios que foram fixados pelo órgão do qual emana a respectiva autoridade. Mais uma vez, à parte é dado especial papel ao invocar o precedente e, assim, necessariamente o argumento (para rejeitá-lo ou acolhê-lo) deve ser incorporado à fundamentação.

Essas novidades legislativas representam grande inovação no sistema processual. Desde o início da República, o Brasil se viu afastado da doutrina de precedentes, abraçando a pureza de um sistema jurídico que não é mais alcançável. O *civil law* tem clara inspiração política, é um recado à arbitrariedade, mas exige por outro lado que a atividade legislativa seja mais do que completa, seja perfeita. A efervescência da sociedade atual e a sua complexidade jurídica exigem um distanciamento da pureza desse sistema jurídico, incorporando, por outro lado, novas técnicas capazes de tornar a prestação jurisdicional mais contemporânea.

Por outro lado, a legislação processual está vigente há poucos anos, fazendo com que determinadas análises ainda não tenham sido maturadas pelos órgãos do Judiciário, especialmente pelos órgãos de sobreposição. O artigo 11 do CPC, acima citado, indica pelo sistema de busca jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça³¹⁶, traz resultados inconclusivos. Isso porque a análise dos julgados não

³¹⁶ A pesquisa foi realizada às 10:48 do dia 29 de dezembro de 2019 por meio do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. A referência de pesquisa foi a mais aberta possível, sem restringir resultados pelo método de “Pesquisa Livre” (utilização de palavras ou termos para a localização de decisões que as contenham). Como critério, indicamos apenas a norma em comento e todos os resultados catalogados pelo Superior Tribunal de Justiça: (1) Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 25.014-DF, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, (2) Agravo em Recurso Especial nº 1.523.995-SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, (3) Recurso Especial 1.814.271-DF, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, (4) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, (5) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.750.110-PE, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, (6) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.297.598-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, (7) Recurso Especial nº 1.765.579-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, (8) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.310.848-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, (9)

indica preliminares critérios suficientes para traçar a abrangência da norma a partir da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se óbices de toda natureza. Percebeu-se, da análise atenta dos julgados, que os requisitos especiais de processamento ou da proibição da reanálise de fatos e documentos (Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça³¹⁷) têm sido impeditivos para um pronunciamento mais robusto sobre o “novo” dever de fundamentação da decisão judicial.

No entanto, dessa pesquisa, destaque se faz para a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.814.271-DF, proferida no julgamento realizado em 11 de junho de 2019, que repete em sua ementa a seguinte premissa: “Não é órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram”.

Na origem, tratava-se de Mandado de Segurança impetrado por Carlos Saraiva Importação e Comércio S.A. cuja autoridade coatora era o Delegado da Delegacia Fiscal Distrital de Brasília e que buscava a declaração de impossibilidade de realizar compensação automática de créditos tributários (ICMS) e, via de consequência, fazer jus à restituição tributária.

Em sentença, não houve rejeição ou acolhimento do objeto do Mandado de Segurança porque, sob a perspectiva do magistrado que julgou o feito, o art. 166 do Código Tributário Nacional³¹⁸ exigiria para discutir a restituição tributária (um dos pedidos expressamente formulados) que se apresentasse toda a documentação referente à compensação, sem a qual não há legitimidade para pleitear a restituição. A partir da sentença, Carlos Saraiva Importação e Comércio S.A. passou a discutir, primeiro por meio de embargos de declaração opostos contra a

Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.712.570-RS, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, (10) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.191.458-SP, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, (11) Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.718.489-RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, (12) Recurso Especial 1.700.272-PE, de relatoria do Ministro Herman Benjamin e (13) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.153.267-RS, de relatoria do Ministro Marco Buzzi. Todos os acórdãos que se enquadraram nos critérios da pesquisa, ou seja, cuja violação ao artigo 11 do CPC foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, correspondem a processos digitais de acesso público em sua integralidade:

³¹⁷ Súmula 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial. Súmula 7: A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.

³¹⁸ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

sentença e depois por apelação, as figuras que corresponderiam aos coobrigados para o recolhimento do tributo, bem como as figuras de substituto e substituído tributário (aplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional). Discutiu, também, a aplicação de precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849 por meio do regime de repercussão geral.

O acórdão da apelação reafirma a ilegitimidade reconhecida pela sentença. Em sua fundamentação, reconhece que a empresa varejista até poderia fazer jus à restituição do recolhimento da tributação mas, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional, haveria a necessidade de que comprovasse a inexistência de repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo que não teriam sido acostados quaisquer documentos aos autos, o que incluir a não comprovação de documento fiscal. Esclareceu também que o precedente citado seria inaplicável. Como consequência, novos Embargos de Declaração afirmando que a tutela declaratória não dependeria de documentação e inaplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional. O recurso foi rejeitado sob a premissa de que todas as questões específicas abordadas em apelação foram analisadas, que o recurso de esclarecimento tem aplicação estrita e taxativa e mesmo sob a premissa de prequestionamento, não há nada a complementar se o acórdão analisou todos os termos propostos em apelação.

O recurso especial foi interposto para discutir a suposta omissão por parte do Poder Judiciário ao não rebater os argumentos suscitados pela recorrente, o que representaria falta de elemento essencial e, portanto, a decisão passível de nulidade (violação suscitada se referia aos arts. 11, 489 e 1.022 do Código de Processo Civil). O acórdão referente ao Recurso Especial, cuja conclusão já foi acima adiantada, deixa claro que a decisão judicial “Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua solução”.

Sem entrar na discussão sobre o mérito das teses formuladas, certo é que não é mais bem-vinda a repetição desse tipo conclusão, que se tornou um “jargão” jurídico (afinal, como já esclarecido, a lei processual a veda). No entanto, a partir da análise do referido acórdão é possível entender que a decisão em si não afronta a norma prevista no inciso IV do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC. De fato, o

argumento aduzido em sede de Embargos de Declaração referia-se a questões meritórias e não era capaz de infirmar as conclusões da decisão, de que o embargante não deteria legitimidade para a tutela almejada. O argumento, em si, não seria capaz de alterar a conclusão do julgado e o magistrado podia (e devia) se ater apenas à questão preliminar, sob a premissa da não apresentação de qualquer documentação.

Em verdade, melhor seria se a rejeição ocorresse sob o fundamento de que o juiz não é obrigado a analisar o argumento que não será capaz de alterar a conclusão do julgado, ao invés de simplesmente reverberar uma conclusão jurídica atualmente inadequada. Aliás, essa nos parece ser exatamente a conclusão exarada na decisão, pois o efeito declaratório pretendido pelo Impetrante, tema de fundo relacionado à possibilidade ou não de compensação em tese, não resistiu à análise de que neste caso, se possível em tese a compensação, ela não seria possível porque nenhum documento foi apresentado para, em tese, permitir a compensação.

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Agravo Interno em Agravo contra decisão denegatória de seguimento de Recurso Especial nº 1.191.458-SP, relatorado pelo Ministro Francisco Falcão, também não reconheceu vício na fundamentação da decisão, reforçando o jargão de que o juiz não é obrigado a rejeitar todos os argumentos das partes. Na origem³¹⁹, tratava-se de uma condenação contra a Fazenda Pública em que se buscou o cumprimento parcial da sentença³²⁰, tido, pelo Exequente, como definitivo em razão de possuir uma parcela incontroversa.

³¹⁹ O cumprimento de sentença em razão de acidente de trabalho, cujo exequente era o Michel Dias Reis e o executado, Instituto Nacional de Seguridade Social, INSS. A condenação se referia às verbas indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho e, em sentença, concisa, acaba por ratificar o laudo pericial produzido para constatação da redução da perda da capacidade laboral, julgando procedente o pedido com base no art. 86 da Lei 8.213/91 e na Lei 9.528/97. O recurso de apelação, por sua vez, se insurgiu contra o termo inicial para cômputo de correção monetária, baseado na Lei 9.528/97, artigo 1º-F, e com relação ao capítulo de fixação de honorários advocatícios. Os argumentos aduzidos com relação a esse último ponto remontam três parágrafos, os quais concluem (sem fundamentar) que os honorários devem ser majorados de 10% (dez por cento) para 15% (por cento).

³²⁰ A tese debatida pelo Tribunal foi a fixação dos índices de correção monetária (Taxa Referencial) a partir de preceitos constitucionais, como o direito à propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal), o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição Federal³²⁰) e o princípio da moralidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal³²⁰). Argumentou, também, que o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425 fixaram a tese de que a

O pedido de cumprimento da sentença foi rejeitado em primeiro e segundo graus de jurisdição porque não haveria possibilidade de cumprimento provisório de sentença e a sentença não teria transitado em julgado (art. 730 do CPC de 1973³²¹ e do art. 100, § 1º, da Constituição Federal³²²).

Opostos declaratórios para que se analise a questão do trânsito em julgado parcial e a dinâmica prevista no art. 356, § 2º, do CPC³²³, o Tribunal paulista ratificou que por se tratar de condenação em face da Fazenda Pública, por regramento legal específico, há necessidade de que ocorra o trânsito em julgado, fundamentando a decisão no art. 100, parágrafos 1º e 5º, da Constituição Federal³²⁴). Ainda, com relação ao suposto valor incontroverso, o acórdão

correção monetária pelos índices da poupança não é suficiente para recompor as perdas inflacionárias e, assim, que haveria lesão ao art. 60, caput e parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a apelação, majorou os honorários advocatícios (capítulo autônomo) e estabeleceu que não teria havido a modulação de efeitos para a tese fixada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima citadas, de modo que o precedente não seria, naquele momento, aplicável ao caso em questão. A partir desse ponto, o recorrente apresentou o pedido de cumprimento de sentença com relação à parte do crédito fixado em sentença.

³²¹ “Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.”

³²² “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

³²³ “Art. 356, § 2º. A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.”

³²⁴ “§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. § 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

esclareceu que sequer havia sido oportunizado ao ente público impugnar a planilha de cálculos acostada ao cumprimento de sentença.

O apelo extremo³²⁵, por sua vez, invocou vício de fundamentação (violação aos arts. 11 e 489 do CPC) ao não analisar a possibilidade de execução sob a premissa do art. 356, § 2º, do CPC, bem como pretendia discutir os elementos da coisa julgada e a possibilidade de imunização e execução parcial da sentença condenatória (arts. 356, § 2º, 502, 503 e 506 do CPC³²⁶).

O acórdão (cujo conteúdo foi reproduzido no julgamento do Agravo Interno) expressamente ratifica que a questão sobre a possibilidade de execução de condenações em face da Fazenda Pública obedece ao regramento previsto na Constituição Federal, cuja violação foge à competência do Superior Tribunal de Justiça. A insurgência, neste ponto, se referiria à existência de fundamentos infraconstitucionais: os arts. 502 e 356, § 2º, do CPC.

Outra decisão interessante se refere ao acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.765.579-SP³²⁷, que ratifica do dever de fundamentação a partir do

³²⁵ Além de recurso especial, foi interposto recurso extraordinário sob o fundamento de violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Há interpretação de que o parágrafo 8º do art. 100 da Constituição Federal não se aplica ao caso porque não se estaria a fracionar o valor para que ele se enquadrasse no conceito de ofício requisitório de pequeno valor.

³²⁶ “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” [...] “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.” [...] “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

³²⁷ “O § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem implicar a revogação de outros critérios de resolução de antinomias, tais como os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permanecem aplicáveis. 8. Apenas se configura nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador. 9. O exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite. 10. A pretensão de rever

todo unitário. Mais uma vez, a conclusão foi a de que o juiz não é obrigado a rejeitar todos os argumentos aduzidos, porém, neste caso, por exercício lógico e completude da própria decisão, invocando o parágrafo 3º do artigo 489 do CPC³²⁸. A fundamentação da decisão deve ser considerada completa se a sua estrutura permitir refutar outros argumentos, ainda que não tenham sido diretamente enfrentados.

Na origem, a Sociedade Beneficente Muçulmana distribuiu ação indenizatória contra a empresa Google Brasil Internet Ltda., a partir de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 5ª, VI, CF), cláusula geral de responsabilidade civil (arts. 186 e 927 do Código Civil) e a liberdade regulamentada de acordo com o marco civil da internet (art. 3º da Lei 12.965/2014). Em resumo, um videoclipe do gênero musical funk reproduziu frases do alcorão e, no entendimento da Autora, desrespeitou a comunidade muçulmana. A Ré, como provedora da internet, seria responsável e, sendo assim, requereu-se a proibição da veiculação do material e, em razão do ilícito já perpetrado, responsabilidade civil (danos morais).

A sentença ponderou os valores referentes à liberdade religiosa (e a proteção dos valores inerentes ao culto) e a liberdade de expressão, inclinando-se para o não reconhecimento de ilícito. Fundamentou a decisão nos arts. 5º, IV, VI e IX, e 220 da Constituição Federal. Por meio de Embargos de Declaração, a Autora entendeu ter ocorrido omissão, pois não se teria analisado a responsabilidade de provedores de internet, de acordo com o marco civil da internet. Rejeitados, foi apresentada a apelação que, dentre os argumentos já aduzidos, alegou nulidade da decisão por deixar de julgar um dos pedidos, o indenizatório.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o apelo, esclareceu que o julgador não precisava apreciar todos os pedidos (inclusive os argumentos inerentes a eles) porque ao reconhecer a inexistência de ilícito, não há necessidade de se avaliar o limite da responsabilidade civil e a eventual

o mérito da ponderação aplicada pelo Tribunal de origem não se confunde com a alegação de nulidade por ofensa ao art. 489, § 2º, do CPC/2015.”

³²⁸ Art. 489, § 3º. A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

coobrigação³²⁹. Foram opostos Embargos de Declaração, pois o acórdão não teria apreciado o uso desautorizado de trechos do alcorão, cuja decisão ratifica que não há o dever de analisar à exaustão todos os argumentos lançados pelas partes, especialmente os absolutamente impertinentes ou dissociados da questão que será decidida. Ratifica o livre convencimento motivado e o próprio juiz como a referência de quais argumentos são ou não são importantes para o deslinde da controvérsia.

A partir do Recurso Especial, invocou-se o vício da fundamentação pelas razões já esclarecidas e o acórdão produzido pelo Superior Tribunal de Justiça deixa registrado que o ônus argumentativo trazido pelo art. 489 do Código de Processo Civil não revoga o sistema de solução de antinomias previsto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Feita a ponderação e solucionada a questão de fundo, constatando-se que não há ilícito, não há porque analisar os demais argumentos.

Como esclarecido no início desta digressão, a legislação processual atual é muito recente e os acórdãos citados representam, apenas, a indicação de como o dever de motivação está sendo entendido pelo Poder Judiciário. A jurisprudência – sob os auspícios de novos ares – precisará ser reconstruída para entender justamente o limite da norma, e isso inclui também uma interpretação mais profunda sobre o ônus argumentativo que foi imposto pela lei. Todos os acórdãos acima citados demonstram que existe a tendência de conciliação da norma processual até agora com as diretrizes antigas, inclusive e especialmente a suficiência de argumentos sob a perspectiva do próprio magistrado, o que não nos parece adequado.

E por fim, quanto aos elementos essenciais da sentença, José Carlos Barbosa Moreira esclareceu que, a despeito de intrínsecos, eles não têm a mesma importância para a higidez da decisão. Segundo ele, a parcela dispositiva adquire maior importância, por ser justamente nela que a lide se resolve, e a sua ausência representa a inexistência da sentença como ato jurídico. Os vícios de fundamentação ocupam lugar de destaque, mas que representam menor impacto

³²⁹ Nos termos da sentença, “ao considerar inexistente o conteúdo apontado como ofensivo, implicitamente, está rejeitado o pedido de fornecimento de dados dos responsáveis, pois o reconhecimento prévio do caráter ilícito é condição *sine qua non* é a própria causa de pedir da obtenção de dados”.

que a inexistência de decisão. Serão considerados nulas de pleno direito as decisões que forem imotivadas (art. 93, IX, CF), mas existentes (e passíveis de imunidade, portanto)³³⁰.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini concordam com o mestre José Carlos Barbosa Moreira, pois “O dispositivo é o cerne da sentença”³³¹. Cassio Scarpinella Bueno, em sentido semelhante, indica que a parcela dispositiva é a evidência da regra aplicável, a partir da construção feita pelos demais elementos³³².

Efetivamente, todas as partes da sentença formam uma relação dependente e complementar. O dispositivo, todavia, tem como função a fixação de preceitos imperativos os quais, justamente, são o objeto da prestação jurisdicional invocada. Sem a parcela dispositiva, está-se diante de uma não decisão. Sem qualquer dos outros elementos, há, potencialmente, prestação jurisdicional, na medida em que da parcela dispositiva emanarão efeitos. O preceito imperativo fixado, no entanto, se calca em uma premissa nula (decisão sem fundamento).

Como conclusão, entendemos que para a correta formação de um sistema de precedentes há necessidade de que os fundamentos essenciais, os fatos jurídicos relevantes, sejam todos analisados, sob pena de não se poder invocar a natureza vinculante do precedente. O relatório ganha em importância, na medida em que condição *sine qua non* para traçar os elementos de identidade ou divergência suficientes a afastar ou aplicar determinado precedente. A fundamentação, ratificada, reforça o ônus argumentativo do juiz, fazendo com que práticas antigas e premissas consolidadas com o tempo tenham de ser necessariamente revistas. O dispositivo permanece com a mesma importância, como um dos elementos essenciais da decisão judicial e efetivamente a concessão da tutela almejada.

A inobservância de qualquer desses requisitos terá consequência importantes, as quais serão a seguir tratadas.

³³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença *in* Revista da EMERJ, n.8, 1999, p. 43-44.

³³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 436.

³³² BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 321.

4.4 Consequências da ausência de fundamentação da decisão judicial

Tal qual definido no item 4.2 deste capítulo, a sentença é um ato jurídico processual volitivo, o qual é construído a partir da cognição influenciada pelo contraditório. Conforme item 4.3 deste trabalho, constatou-se também que existem requisitos mínimos na estrutura da decisão judicial e que, dentre eles, a fundamentação exerce um papel central, pois se trata do elemento que cuida das questões prejudiciais e preliminares ao julgamento do mérito, bem como dá sustento à parte dispositiva.

Trata-se de um pressuposto inarredável de regularidade do ato jurídico e que confere racionalidade e coerência ao ato de decidir, o que significa, conforme já exposto, levar em consideração as informações trazidas pelas partes e que serão fruto do diálogo sobre os elementos fáticos, as provas, os conceitos normativos inclusive construídos por meio da atividade jurisdicional e a sua aplicabilidade desses conceitos ao caso concreto.

Portanto, importa neste item do trabalho analisar quais as consequências da incompletude da decisão judicial pela falta do elemento fundamentação, e de que maneira essa omissão se configura um vício do ato processual essencial. Serão analisados, também, os diferentes espectros do vício.

Sendo o ato perfeito e acabado, em um sistema formal como o processual, são as imperfeições que eventualmente impedem que ocorram os efeitos inicialmente projetados pelo legislador ou pelo praticante do ato. Essa correlação entre a regularidade formal do ato e a projeção de efeitos que lhe são inerentes foi o que Cândido Rangel Dinamarco denominou de perfeição-eficácia³³³. A princípio, a formalidade do ato traz a roupagem necessária para que ele produza os devidos efeitos, cuja negativa de efeitos só poderá ser declarada se decretada alguma nulidade pelo próprio Poder Judiciário.

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 686.

No entanto, a despeito da regularidade formal, essas formalidades também não serão suficientes, por si só, para que alcancem o resultado almejado, pois existem requisitos adicionais para a prática do ato que, apenas a partir dessa completude, o tornam adequado para o fim a que se propõe. Nesse sentido, tal qual qualquer ato jurídico pressupõe a capacidade do agente para a sua prática, que o objeto do ato jurídico seja lícito (ou melhor dizendo, obedeça aos critérios de legalidade vigentes) e que respeite a forma prescrita em lei (inteligência do art. 104 do Código Civil³³⁴), o ato processual também dependerá de que o agente seja dotado de competência e capacidade para praticá-lo, que a manifestação de vontade não contenha vícios e que os efeitos planejados sejam lícitos. Mas não só, o ato também será adequado tanto quanto se adequa aos objetivos que pretende alcançar, ou melhor, conforme denominação de Dinamarco, que respeite os seus requisitos não formais³³⁵.

Segundo Teresa Arruda Alvim, o processo é forma e essa é uma diretriz básica do sistema de nulidade processual. Sendo assim, as formas têm caráter instrumental e respeitam o princípio da conservação, mas, todavia, as formas não são um princípio em si mesmo – no sentido de que são normas prospectivas que buscam promover um estado ideal. Diferentemente de proteger-se um formalismo, cujo ganho ao jurisdicionado diz respeito à segurança e à previsibilidade, a formalidade estrita pode não se adequa aos fins processuais³³⁶ toda as vezes que o objetivo da norma adjetiva se mostrar frustrado.

Seja pela desobediência da forma, seja pela incapacidade de se alcançar o resultado almejado pelo ato processual, o trato dessas imperfeições, especialmente considerando que existe uma predisposição do sistema para conter as nulidades e preservar atos que alcancem seus escopos, passa por se analisar a intensidade dos efeitos de cada ato e, via de consequência, que se depure efetivamente o prejuízo pelo destinatário do ato jurídico viciado.

³³⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 141-143.

A possibilidade de saneamento por meio de complementação ou mesmo de seu destacamento para que possam ser refeitos o próprio ato e todos aqueles demais atos que ocorrerem a partir dele é a regra do sistema jurídico, que adota o princípio do *pas nullité sans grief*. Tal princípio, conforme ensinam Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona, tem origem no processo penal e exige sempre um prejuízo experimentado, e não potencial³³⁷. Atualmente, a regra se encontra positivada no art. 277 do Código de Processo Civil.

Zulmar Duarte esclarece que essa norma deixa claro que “Importa mais que o projétil (ato) acerte o alvo (objetivo) do que sua eventual trajetória”³³⁸. Segundo o doutrinador, há na atual redação uma amplitude maior do que aquela prevista na Codificação de 1973, pois, por omissão, retirou-se do texto a limitação de sanabilidade que condicionava o salvamento do ato ao fato de que ele não detivesse “cominação de nulidade”³³⁹. A conclusão do doutrinador é a possibilidade de saneamento se encontraria possível para todo e qualquer ato.

Cássio Scarpinella Bueno diz mais: não só a possibilidade de saneamento existe, como ela deve ser buscada essencialmente a partir do que chamou de “dever-poder geral de saneamento”³⁴⁰, cuja norma está prevista no art. 139, IX, do

³³⁷ “O princípio em comento exprime, sobretudo, normatividade para prescrever que no processo jurídico somente haverá o reconhecimento de nulidade (ou de anulabilidade) se houver, do ato ou da omissão questionados (para o processo administrativo, do ato administrativo produzido de modo irregular, contrário à lei), decorrido prejuízo a uma das partes processuais [...] O novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105/2015, também, de modo expresso, assentou a normatividade do princípio *pas de nullité sans grief* (princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado), ao enunciar em seu art. 277 que, ‘quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade’ (BRASIL, 2015). Trata-se, então, de se voltar a atenção não aos efeitos jurídicos dos atos processuais, mas sim às finalidades alcançadas, mesmo por efeito jurídico diverso, inesperados, imprevisíveis ou colaterais dos atos questionados.” (DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. O princípio *pas nullité sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 121-137, out./dez. 2016, acessado em 26.10.2019, às 04:49 in http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p121)

³³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Teoria Geral do Processo. Parte Geral. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2019, p. 833.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil. Parte Geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 660.

CPC³⁴¹. Para o doutrinador, toda e qualquer nulidade potencialmente pode ser consertada³⁴².

Por essa vocação de saneamento, Thotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca anotam que o art. 277, “Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual”³⁴³, verdadeira vocação do processo moderno.

Luiz Fux parece concordar todas as proposições acima. Nesse sentido, o magistrado reafirma a instrumentalidade das formas, esclarecendo que, diferentemente de atos materiais, cuja finalidade é a alteração da situação jurídica do agente ou de terceiros, os atos processuais são meios para se alcançar determinados fins. Daí porque a instrumentalidade das formas, abraçada pelo art. 277 do CPC, encontra respaldo no que denominou de princípio da finalidade³⁴⁴, cuja norma engloba diversos dispositivos legais (além do art. 277, a norma formase pelas disposições constantes nos arts. 282 e 283³⁴⁵, todos contidos na Carta Processual).

³⁴¹ Art. 139, IX. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

³⁴² Ao tratar sobre as diversas gradações de nulidade, classificando-as em absolutas e relativas, Cassio Scarpinella Bueno afirma que “Este *Curso*, deste suas edições anteriores ao CPC de 2015, sempre propugnou pelo abandono desta classificação, defendendo que o mais relevante par ao tema das nulidades processuais não é tanto a sua classificação, defendendo que o mais relevante para o tema das nulidades processuais não é tanto a sua classificação em uma variada gama de classes ou espécies – o que justifica os sinônimos do parágrafo anterior –, mas verificar em que medida o ato, embora viciado, isto é, praticado em desconformidade com o *tipo legal*, atingiu sua finalidade em causar prejuízo às partes, a eventuais intervenientes e, de maneira mais ampla, ao próprio processo, e, por isto, ele mesmo ou, quando menos, seus efeitos *devem* ser aproveitados [...] Assim, mais relevante que distinguir as espécies ou subespécies de nulidade é verificar em que condições há possibilidade de saneamento do ato processual ou, quando menos, seu aproveitamento”. (ob. p. cit., p. 662)

³⁴³ NEGRÃO, Theotônio. Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 346.

³⁴⁴ FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 210.

³⁴⁵ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Em que pese concordemos de maneira geral com Luiz Fux (e a bem da verdade, com todos os doutrinadores consultados sobre a fungibilidade dos atos processuais), há de se esclarecer que as decisões, especialmente as sentenças, em que pese não sejam um fim em si mesmas, comportam o encerramento da fase cognitiva em um processo de conhecimento (vide item 4.2 deste trabalho). Nesse sentido, representam uma declaração de vontade e repercute materialmente na vida dos litigantes e há, por maior aderência, uma proximidade aos atos materiais da vida comum, tais quais quaisquer negócios jurídicos capazes de produzir efeito. Além disso, a decisão é fruto de um procedimento em contraditório, sendo, em regra, o resultado da somatória de diversos atos processuais.

Feita essa ressalva, não é possível entender a sentença como um elemento isolado do processo, ainda que seja o ato mais importante do processo, sob o viés da prestação jurisdicional. E, sendo assim, como as sentenças são atos processuais, resultado da prática de diversos outros atos processuais, há uma menor predisposição para que a instrumentalidade da forma possa lhe ser aplicada justamente porque é difícil entender o objetivo alcançado pela sentença desconsiderando todos os atos previamente praticados.

O que determinará a aplicação ou não dessa instrumentalidade é a intensidade da consequência do ato tido como viciado, entender qual o elemento que lhe faltou, o seu contexto e de que maneira ele se relacionava com a finalidade do ato que se quis praticar.

Para a decisão, isso pode significar desde a falta de uma assinatura por parte do agente dotado de competência para a prática do ato até a sua inexistência, como é o caso da sentença que carece da parcela dispositivo ou, até mesmo, aquela que não detiver fundamentação.

Aliás, conforme bem pontuou José Rogério Cruz e Tucci³⁴⁶, sobre a instrumentalidade das formas lida sob a perspectiva da decisão judicial, a carência de fundamentação, há de se entender que desde a vigência da legislação anterior a jurisprudência a equiparava ao vício absoluto aquelas decisões cuja incompletude

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

³⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 141.

por contradição ou cujo exame das questões suscitadas seja muito breve a ponto de não se considerar tratado adequadamente os temas.

A atual legislação fez mais. Ao introduzir a norma prevista no parágrafo 1º do art. 489 do CPC, deixou claro que a ausência de um de seus elementos essenciais representa a não fundamentação. Conforme já visto neste trabalho, essa alteração legislativa se relaciona diretamente à positivação dos objetivos do contraditório substancial e da adoção do sistema de precedente como elemento obrigatório da própria sentença.

O vício de fundamentação (e a bem da verdade, de qualquer dos requisitos previstos no parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil) representará óbice insuperável, pois a princípio não existe mais um meio termo entre fundamentar e não fundamentar quando se trata de fundamentação incompleta ou que contenha antinomias internas. O campo de subjetividade para a escolha isolada de motivos determinantes nos parece que foi eliminado por meio da norma acima citada, afinal, quando a norma em questão determina que haja correlação entre a causa ou a questão decidida e a fundamentação, desde que capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, não quis (como de fato não fez) valorar a qualidade do argumento aduzido e tampouco a sua preponderância com relação a outros argumentos.

O que a norma fez, ao positivar os elementos da sentença, foi trazer luz a uma zona cinzenta entre o argumento válido e o argumento suficiente. Em outras palavras, afastou a máxima de que o juiz não é obrigado a rebater um a um os argumentos das partes, premissa esta que, do ponto de vista legal, não mais existe.

De igual maneira, o esclarecimento suscinto do conceito jurídico indeterminado pode representar vício de fundamentação insuperável, uma não fundamentação, além, é claro, da aparente subjetividade em identificar quais são os elementos que tornam um precedente aplicável ou não ao caso ou mesmo a decisão sobre quais argumentos que são ou não capazes de infirmar a conclusão exposta na fundamentação.

Feitas essas ressalvas e em regra superadas as zonas cinzentas dos critérios de fundamentação, cumpre-nos retomar e concluir que o nodo fulcral para

a determinação do tipo de vício e a sua eventual consequência está relacionado ao atingimento dos elementos essenciais do ato, o mínimo que se pretendia alcançar (normalmente, forma, sujeito e objeto). Em regra, será válido o ato que os alcançar e será inválido o ato que desafiar o modo, o tempo ou o lugar prescritos em lei para a sua prática. Qualquer decisão que desafie algum dos requisitos apontados pelo parágrafo primeiro do art. 489 do CPC é, portanto, inválida. Quando a decisão não alcança sequer o mínimo, tem-se que ela é inexistente.

Inexistência e nulidade não se diferenciam pela capacidade de produzir efeitos, mas pela necessidade ou não de que os efeitos projetados sejam declarados nulos. O ato inexistente não demanda desconstituição por meio de decisão e a declaração de sua inexistência, quando ocorre, apenas constata algo que já era sabido desde o início, que aquele determinado ato não produziu efeito, pois considerado um não ato.

Já a nulidade de um ato pressupõe a ocorrência de dois requisitos concomitantemente: inobservância de requisitos formais e prejuízo a alguma das partes. Quando não ocorrem concomitantemente, diz-se que se está diante de uma nulidade de natureza sistemática, pois ela agride o modelo de processo civil, uma colisão que não necessariamente agride a parte que é a destinatária daquele ato. E sem a ocorrência dos dois requisitos, o ato se conserva³⁴⁷.

Todavia, mesmo quando atingidos os dois requisitos, concomitantemente, o ato inválido permanece produzindo efeitos até que a sua nulidade seja reconhecida, ou melhor dizendo, até que finalmente seja decretado nulo. E isso assim ocorre porque existe uma presunção de regularidade do ato que há de ser afastada apenas pelo reconhecimento de uma imperfeição pelo próprio Judiciário, pois inexistente “nulidade de pleno direito no sistema processual”³⁴⁸, o que torna

³⁴⁷ “Nulo é o ato que cumulativamente se afaste do modelo formal indicado em lei, deixe de realizar o escopo ao qual se destina e, por meste motivo, cause prejuízo a uma das partes. A *invalidade do ato*, ou seja, seu vício decorrente da inobservância das formas, é indispensável para que ele seja nulo, mas não é suficiente nem se confunde com sua *nulidade*. O ato viciado poderá ser nulo se não prejudicar ou se, apesar do vício, seu escopo específico houver sido obtido.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 705)

³⁴⁸ Ob. p. cit., p. 697.

inadequado falar em anulação do ato viciado ou a declaração de nulidade para os atos absolutamente viciados.

Se a decisão mal fundamentada (por não analisar todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão do julgador ou porque incoerente) é absolutamente nula, o mesmo se aplicaria a equívoco maior, a falta completa de fundamentação? Como requisito nuclear da decisão e considerando que se trata de um ato incompleto sob qualquer perspectiva, nos pareceria a princípio que o ato poderia ser reputado, inclusive, como inexistente.

Não se nega que um ato teria sido praticado, ele somente não poderia ser classificado como decisão, já que toda decisão comporta, no mínimo de maneira concisa, a fundamentação e a parcela dispositiva. Essa conclusão se baseia em disposições da Constituição Federal (art. 93, IX) e da própria Carta processual civil (art. 11).

No entanto, não é essa a conclusão aceita pela doutrina majoritária.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴⁹, José Rogério Cruz e Tucci³⁵⁰, Cândido Rangel Dinamarco³⁵¹, André Pagani de Souza, Andrea Boari Caraciola, Carlos Augusto de Assis, Luiz Eduardo Simardi Fernandes e Luiz Dellore³⁵², a decisão que carece de fundamentação (art. 93, IX, CF) não é inexistente. Tratar-se-ia, na visão dos doutrinadores, de ato nulo. A conclusão dos doutrinadores se baseia no fato de que o plano de existência, o elemento nuclear seria o agente da

³⁴⁹ Ob. p. cit., p. 414.

³⁵⁰ Ob. p. cit., p. 139-140

³⁵¹ “Essa é uma nulidade absoluta, justamente porque, além de comprometer a segurança das partes em relação à idoneidade do julgamento (e especialmente da parte vencida), diz respeito diretamente à própria estrutura do sistema e à ordem pública: uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste à confiabilidade do próprio Poder Judiciário, que a emitiu, e da idoneidade das instituições processuais do país. Nisso consiste o caráter absoluto das nulidades. E, por ser absoluta, essa nulidade das decisões judiciais comporta exame por iniciativa da parte interessada ou mesmo de ofício pelos tribunais (CPC, art. 267, § 3º) [atual artigo 485, § 3º], na medida da devolução operada pelos recursos a eles endereçados (art. 515) [atual artigo 1.013].” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 945)

³⁵² PAGANI DE SOUZA, André; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto; SIMARDI FERNANDES, Luís Eduardo; DELLORE, Luis. Teoria geral do processo contemporâneo. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 435-436.

prolação da decisão. A decisão proferida por um juiz togado³⁵³ e que contém parcela dispositiva é sempre existente, ainda que absolutamente nula.

Teresa Arruda Alvim, no entanto, faz importante diferenciação entre sentença faticamente inexistente e sentença juridicamente inexistente³⁵⁴. Para a doutrinadora, uma sentença que não contenha seus elementos essenciais será uma não sentença, um ato jurídico, é verdade, mas que não pode ser classificado como decisão³⁵⁵. E em que pese possa até produzir efeitos, de maneira atípica, equiparar-se-ia a uma não sentença³⁵⁶.

Essas conclusões são bastante importantes porque a classificação do vício da sentença como ato nulo ou inexistente é a diferenciação primordial para avaliar as o meio de impugnação do ato judicial. Isso porque o ato inexistente não é capaz de transitar em julgado e o ato absolutamente nulo, ainda que não sofra os efeitos da preclusão, será capaz de se tornar imutável por força da coisa julgada.

Como consequência, para os atos nulos, o meio correto para impugnação será a via Rescisória, após a interposição dos recursos ordinários e eventualmente excepcionais. Para as não sentenças, abre-se a via da ação declaratória de inexistência jurídica.

Interessante notar, admitindo que a fundamentação incompleta ou inexistente é uma nulidade absoluta é que, diferentemente das nulidades relativas, não se sujeitam ao regime da preclusão e podem ser conhecidas de ofício (art. 278,

³⁵³ Aparente exceção se faz para o juiz leigo, previsto no art. 60 da Lei dos Juizados Especiais, nº 9.099/95. A admissão da regra a que se comenta como geral se baseia no fato de que o juiz leigo não detém toda a competência necessária para a prática dos atos processuais. A norma em questão permite que os juizados especiais serão providos de juízes togados ou togados e leigos. O juiz leigo participa de determinadas fases do processo, porém, conforme dicção do art. 7º da lei em questão, como auxiliar da justiça. São sujeitos processuais com atuação limitada. Mesmo as decisões referentes aos atos que podem praticar prescinde de chancela de um juiz togado (inteligência dos arts. 26, 37, 40 e 22, parágrafo único).

³⁵⁴ Ob. p. cit., p. 238.

³⁵⁵ De forma enfática, Teresa Arruda Alvim quanto ao pedido não decidido. Para a doutrinadora, “O pedido não decidido, quando, v.g., há mais de um pedido formulado, não gera sentença nula, mas sentença inexistente, no plano dos fatos. Esta sentença, por óbvio, não transita em julgado simplesmente porque não há o *que* transitar em julgado. Parece-nos, portanto, que a sentença *juridicamente* inexistente porque não tem *decisum* é, no fundo, situação que muito se assemelha à da sentença inexistente no plano fático. A distinção, nesse particular, todavia, é desnecessária porque, evidentemente, qualquer que seja a posição pela qual se opte, o tratamento de uma decisão com essas características deverá ser o que se dispensa à sentença juridicamente inexistente: não há coisa julgada. (ob. p. cit., p. 238-239).

³⁵⁶ *Ibidem*.

caput e parágrafo único, CPC). Assim, forçoso concluir que não se aplica ao caso as regras que vinculam a formulação da impugnação à decisão viciada às partes prejudicadas (art. 276, CPC)³⁵⁷, na medida em que podem ser conhecidas inclusive de ofício.

Quanto à formulação pelas partes prejudicadas (art. 276, CPC), André Pagani de Souza, Andrea Boari Caraciola, Carlos Augusto de Assis, Luiz Eduardo Simardi Fernandes e Luiz Dellore entendem que tal regra somente se aplica às nulidades relativas, cujas regras infringidas se baseiem em normas dispositivas.

Forçoso concluir também que a alegação de falta de fundamentação não demanda interesse processual para a sua alegação (utilidade e necessidade), ainda que, em nosso entendimento, trate-se de presunção absoluta. A função da fundamentação, como visto, não é apenas endoprocessual. Portanto, a não adoção de fundamentação na forma estipulada na lei representa lesão ao Estado democrático de Direito e, sendo assim, vício cuja constatação e correção é de interesse de todos os jurisdicionados.

A conclusão que se chega é a de que o sistema nulidade, a despeito de seu grande esforço para ratificação de atos (art. 277, CPC), recebe o vício de fundamentação como uma nulidade absoluta. A sentença é um ato complexo do ponto de vista de sua estrutura e, é claro, do ponto de vista de sua concepção. A sua mácula representa duro golpe para o processo civil e especialmente às partes. A fundamentação representa potencial vício absoluto (reputando-se em nossa opinião inexistente quando ausente) que não se convola com o tempo e é passível de impugnação a qualquer tempo e grau de jurisdição.

4.5 Sujeitos processuais³⁵⁸ e a fundamentação da decisão judicial

³⁵⁷ André Pagani de Souza, Andrea Boari Caraciola, Carlos Augusto de Assis, Luiz Eduardo Simardi Fernandes e Luiz Dellore entendem que tal regra somente se aplica às nulidades relativas, cujas regras infringidas se baseiem em normas dispositivas (ob. p. cit., p. 437).

³⁵⁸ Os sujeitos processuais para este trabalho são aqueles envolvidos no processo de criação da norma concreta. Não se ignora que, em um conceito amplo, estão inseridos como sujeitos processuais os auxiliares da justiça que servem a funções secundárias ou de apoio (oficiais de justiça, escrivães, peritos etc) ou mesmo aqueles que extraordinariamente estão legitimados para a postular direito alheio. Todavia, o enfoque deste capítulo está adstrito àqueles sujeitos que participam diretamente da fundamentação da decisão judicial (juiz e partes) e aqueles que são, cada qual sob sua perspectiva, titulares do direito material invocado.

Os sujeitos processuais, de acordo com a doutrina clássica, são aqueles que por meio de uma relação jurídica processual se interligam de maneira a comungarem obrigações, deveres e direitos entre si³⁵⁹ ou, como o próprio nome diz, aqueles que se sujeitam ao processo³⁶⁰. Pautados em um procedimento que prevê a coordenação de atos processuais para se alcançar a sentença de mérito, têm como uma de suas principais características a ampla participação durante o desenvolvimento da cognição para a construção da convicção do juiz, suprapartidário.

Nesse sentido, dentre as figuras que têm participação na fundamentação da decisão judicial, o juiz, evidentemente, está inserido como o centro de toda a atividade jurisdicional. É em sua direção que caminham os argumentos, teses, a construção das provas. Trata-se do historiador de um evento jurídico específico³⁶¹, cujas consequências são moduladas a partir das normas que regem o caso e do exercício do contraditório realizado pelas e com as partes.

Como sujeito processual, o papel do juiz para a fundamentação se torna absolutamente claro porque é destinada a ele a função de proferir a decisão e, por meio do convencimento que lhe é próprio, concretizar a norma que rege aquele determinado procedimento por si dirigido (art. 139, CPC). Relidos os conceitos e o papel da Jurisdição, contestada a sinonímia do ato de julgar e a figura de deuses e semideuses, restou à ciência entender a coerência do ato de decidir para evitar arbitrariedades. Disto tratamos nos itens 2.2 e 2.2.3 deste trabalho.

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2019, p. 225-226.

³⁶⁰ Nas palavras de José Eduardo Carneira Alvim, os sujeitos processuais dividem-se em parciais (partes, definidas no decorrer deste item) e imparciais (juízes). A sujeição ao processo funciona para ambos, respeitadas as diferenças de funções e interesses (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 217-218).

³⁶¹ “É oportuno trazer à baila essa clássica comparação do juiz com o historiador para compreender o papel que a cognição desempenha na atividade jurisdicional em contraste com o caráter que ela assume na vida comum [...] A primeira diferença que se pode estabelecer entre esse conhecimento comum, cotidiano, e aquele do historiador que e do juiz reside em que a atividade cognitiva desses últimos desenvolve-se de modo sistemático, organizado, em vista de objetivos predefinidos. O historiador pauta-se por critérios metodológicos do ramo do saber a que ele se dedica. O juiz segue normas procedimentais e processuais: seus juízos devem ser amparados no devido processo legal..” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 46)

E na busca por padrões de decisão, adentrou-se nas técnicas que correlatas à constatação de certa discricionariedade relativa ao ato de decidir para concluir que existe um desequilíbrio – nesta dinâmica – que precisa ser estabilizado. Essa estabilização foi, por opção legislativa, a adoção de um sistema de precedente brasileiro, que, sem rejeitar as suas tradições romanísticas, abraça e convive com conceitos construídos no *common law* (Capítulo II deste trabalho e item 4.6 deste capítulo).

Portanto, é muito lógico entender o papel e os objetivos da participação do juiz na construção de uma decisão, o que nos leva a investigar com mais vagar o papel das partes no procedimento e de que maneira o contraditório colabora para a formação de padrões decisórios.

André Pagani de Souza, Andrea Boari Caraciola, Carlos Augusto de Assis, Luiz Eduardo Simardi Fernandes e Luiz Dellore adotam o conceito de Chiovenda, de que as partes são aquele que demanda e aquele contra quem é demandada a atuação da vontade concreta da lei³⁶². No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso³⁶³.

Luiz Fux, a seu turno, concorda com a concepção de partes adotada pelos doutrinadores citados, porém se preocupa em incorporar o conceito material de parte. Para Fux, as partes são aqueles que sofrem as consequências jurídicas da norma concreta fixada e se submetem à coisa julgada³⁶⁴.

Cândido Rangel Dinamarco, ao conceituar as partes do procedimento, adota a formulação de Liebman, de que elas aqueles que se sujeitam ao contraditório instituído perante um juiz e que recebem efetivamente a tutela jurisdicional e se beneficiam dos efeitos substanciais que advierem desta prestação³⁶⁵.

³⁶² PAGANI DE SOUZA, André; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto; SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo; DELLORE, Luis. Teoria geral do processo contemporâneo. São Paulo: Editora Atlas, 2018, p. 247

³⁶³ Ao tratar do tema, além de adotar a conceituação de Chiovenda, o professor esclarece que no processo é possível analisar o conceito de parte a partir de três enfoques: a capacidade de ser parte, a capacidade processual e a capacidade postulatória (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 305-306). A análise feita pelo professor nos parece absolutamente correta, mas não se relaciona ao papel da parte para a construção do precedente, razão pela qual não ingressaremos no assunto. O exercício regular e legitimado do contraditório, para os fins deste trabalho, é pressuposto.

³⁶⁴ FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 234.

³⁶⁵ Ob. p. cit., p. 287.

Percebe-se, portanto, que os sujeitos processuais e especialmente as partes estão vinculadas diretamente ao resultado do processo, cabendo-lhes se sujeitar às regras de direito material e formal que foram fixadas pelo legislador. A partir dessa perspectiva, é possível entender que a participação do jurisdicionado na formação da decisão judicial é condição *sine qua non* para que se possa legitimar o resultado da prestação jurisdicional.

De fato e tal qual leciona Alexandre Freitas Câmara, “a criação de um sistema de padrões decisórios adequado ao Direito brasileiro exige que, tanto na formação como na aplicação do padrão seja observado o modelo constitucional de processo civil estabelecido pela Constituição da República de 1988”³⁶⁶, o que necessariamente implica em reconhecer o papel construtivo do contraditório para a prolação da decisão judicial e, com certeza, para a formação do precedente.

Essa dinamicidade para o ato de decidir a partir do contraditório efetivo, que encontra como diretriz básica positivada os arts. 7º e 10³⁶⁷ do Código de Processo Civil, é bastante nítida se considerarmos os princípios do contraditório e da não surpresa. Tais normas têm matriz constitucional (art. 5º, LV), pois aos litigantes “em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório, para Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, decorre da isonomia, que busca equilibrar o processo decisório por meio de oportunidades iguais, é um direito das partes e um dever do juiz. Segundo os doutrinadores, o contraditório não se resume à possibilidade de que ambas as partes interajam a respeito de determinado debate, mas na participação do juiz para promover esse debate de maneira a comunicar todo fato ou ato processual e permitir a adequada reação com relação àquele determinado assunto. Disso decorreria que contraditório participativo se trata de uma

³⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 177.

³⁶⁷ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

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

desnecessária locução adjetiva, pois todo contraditório pressupõe a efetiva participação³⁶⁸ para a construção da decisão judicial.

A partir desse conceito, os doutrinadores entendem que o contraditório impõe ao juiz a prática de atos de direção, produção de prova e diálogo. Especialmente no que se refere às provas e ao diálogo, referem-se à iniciativa probante que é complementada pela atividade do magistrado (art. 370, CPC) e na tentativa de conciliação entre as partes, promovendo alertas quanto a deveres eventualmente não cumpridos e obrigações, antes da aplicação de sanções processuais que podem influir na decisão judicial³⁶⁹.

Em sentido parecido, Cássio Scarpinella Bueno parece concordar com o conceito estabelecido por Dinamarco e Lopes, mas adiciona que o juiz deve garantir – a partir da reação – que o exercício do contraditório seja capaz de influenciar a decisão que deve ser tomada. A partir disso, o doutrinador defende que o contraditório deve ser lido sob a perspectiva de cooperação (art. 6º, CPC) por meio do diálogo constante e para alcançar os princípios constitucionais democráticos, para que as partes, no processo decisório, tenham “ampla participação no exercício das funções estatais”³⁷⁰.

Para Câmara, além dos critérios estabelecidos no art. 927 do Código de Processo Civil para atribuir vinculação ou não às decisões judiciais³⁷¹, é a amplitude do contraditório o elemento mais importante para a projeção de efeitos da decisão universalmente³⁷². Segundo o professor, as regras procedimentais e a própria aplicação técnica para a construção da decisão (ou de padrões decisórios por meio de precedentes) não são suficientes para a atribuição do efeito vinculante. Apenas a participação ampla das partes (e até mesmo da sociedade civil) poderá trazer o efeito vinculante almejado pela norma³⁷³.

³⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 59-62.

³⁶⁹ Ob. p. cit., p. 63-66.

³⁷⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil. Parte Geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 132-133.

³⁷¹ Para melhor compreensão da norma, faz-se referência aos itens 3.6 e 4.5 deste trabalho.

³⁷² Ob. p. cit., p. 185.

³⁷³ “Que fique claro, porém, que aqui não se sustenta uma mera legitimação dos padrões decisórios vinculantes pela observância formalmente correta do procedimento previsto para sua construção. O que se defende é a necessidade de que se observe um processo participativo, e no qual se

Todos esses ferramentais que garantam às partes o efetivo acesso ao juiz – considerando o potencial poder de influência – constituem parte da matriz constitucional que rege o processo e, por assim dizer, definem o processo decisório. Trata-se de entender que a representatividade legitima a decisão e o poder de influência bem recebido universaliza os efeitos das decisões, justamente a predisposição natural de um precedente vinculativo.

Francesco Conte entende que o contraditório é uma garantia fundamental que tem como “mola propulsora” a dignidade da pessoa humana e uma íntima relação com outros princípios processuais, tais como a colaboração e cooperação entre as partes, o dever judicial de consulta e, especialmente, o dever de diálogo. A partir disso, entende que o contraditório é relido e somado ao “princípio político da participação democrática das partes, em harmônica paridade, pois que o contraditório assegura às partes o direito de influir concreta e eficazmente na concepção intelectual da convicção do juiz e, em certa medida, no conteúdo da decisão judicial”³⁷⁴. Mais do que apenas reagir, as manifestações em contraditório aderem às premissas fático-jurídicas do elemento de juridicidade que é valorado pelo juiz. É, por assim dizer, uma limitação ao poder do juiz, pois necessariamente a fundamentação de uma decisão (e o raciocínio lógico inerente a ela) deve ser feito (ou refeito) a partir daquilo que as partes contribuíram para a completude da norma abstrata ou para trazer mais acuidade ao processo de subsunção dos fatos à norma.

Pela perspectiva do processo constitucional, trata-se, mais do que uma forma de caminhar no processo, de uma forma de limitar os poderes do juiz ou o seu modo de agir, caso não tenha predisposição de aderir ao padrão decisório mínimo e ao contexto de precedentes (vinculantes ou não) que deveria ser um norte. O contraditório se torna um filtro que purifica e depura a matéria para que seja tratada pelo magistrado.

deve ter uma participação qualificada, tanto subjetiva (pela ampliação do rol dos sujeitos que atuarão no processo em contraditório e exercerão influência sobre a formação do padrão decisório) quanto objetivamente (com a necessidade de uma deliberação qualificada pelo órgão colegiado que emitirá a decisão que servirá como padrão decisório)” (Ob. p. cit., p. 203)

³⁷⁴ CONTE, Francesco. Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016, p. 225.

Para Conte, o exercício do contraditório tal qual apontado, substancial e capaz de influir na decisão do julgador, desenvolve-se por meio de nove planos, sendo essa capacidade de influência o eixo de todos esses planos.

Nesse sentido, cita como primeiro plano a bilateralidade ou mesmas oportunidades de se ter a prestação jurisdicional, o que se reveste como regra básica e cuja mitigação só é autorizada mediante excepcional situação. Relaciona-se diretamente com o princípio da não surpresa e garante que as partes possam falar livremente e com igual oportunidade sobre todos os fatos e atos jurídicos relevantes.

Após, aponta a ciência e resistência, elemento e definição clássica do contraditório, entende que de um lado a ciência significa a garantia os meios regulares de intimação e pressupõe uma condição inafastável do processo, a publicidade, e de outro lado a possibilidade de se manifestar sobre aquele determinado ato ou fato que se tornou público. Enquanto a ciência será sempre real e absoluta, a resistência será admitida de maneira eventual e contingente, ainda que necessária e indispensável. Em outras palavras, o contraditório pressupõe ciência e reação, como regra, sendo que a reação poderá ser mitigada em condições bastante específicas, desde que superada a gravidade que permitiu a postergação do ato, seja garantido à parte contra quem o ato jurídico é deferido plenas condições de se manifestar sobre o respectivo conteúdo.

Em outro plano, o contraditório significa o direito à prova e à contraprova. Traduz-se na fixação dos pontos controvertidos sobre os quais se desenvolverá a atividade probatória, sobre a qual o juiz se debruçará. Os questionamentos a respeito da pertinência e relevância de um determinado elemento ou a discussão sobre os efeitos dos resultados obtidos a partir da prova produzida se encaixam perfeitamente dentro dessa perspectiva prática do contraditório. Torna-se, sendo assim, um “instrumento operativo para melhor alcançar a verdade”³⁷⁵ e faz do juiz uma figura “complacente com o contraditório, tolerante com o direito de defesa, indulgente com o direito probatório e implacável na busca da verdade material, não meramente formal”³⁷⁶.

³⁷⁵ Ob. p. cit., p. 230.

³⁷⁶ Ibid, p. 231.

A soma desses três aspectos deságua em um quarto plano: o direito de influir concreta e eficazmente o processo decisório do juiz. Ciência, resistência e bilateralidade construtiva somente trazem resultado se forem feitas de maneira imediata. Quando maior a distância temporal entre esses três elementos, menor será o poder de influência para o magistrado. É o fator mais importante para a construção da decisão judicial justa.

A partir desses quatro planos, tem-se também a necessidade eventual de flexibilização ou confluência dos prazos para que eles se adequem à profundidade necessária, a igualdade material das partes, para que tenham oportunidades equânimes, e o dever do juiz de evitar surpresas.

Por fim, o último plano se relaciona à possibilidade de agentes externos, mas com interesse e possibilidade de manifestação, possam influir na decisão e a adoção de uma postura, por parte do magistrado, de conciliação, a ideia de se tornar um comunicador por excelência entre duas partes que a princípio não detêm capacidade de diálogo, de se aproximar a concepção do juiz Hermes.

Todos esses planos, quando alinhados, reverberam de maneira absoluta na motivação da decisão e, via de consequência, na formação do precedente judicial. A conclusão de Conte, a qual por sua lucidez e completude necessariamente precisa ser reproduzida *ipsis litteris*, é a de que

“o ponto de confluência entre o contraditório, ampla defesa e motivação é precisamente o seguinte: os fundamentos da sentença há de espelhar os argumentos fático-jurídicos oportunamente articulados pelas partes. O discurso justificativo judicial deve acolher o direito de defesa, assente na garantia do contraditório, e a motivação da sentença. As partes são colocadas concretamente em condições de compreender as razões objetivas da decisão. Há conexão funcional entre contraditório e a justificação prática do julgado, de sorte que a motivação acolhe a derradeira manifestação daquela garantia essencial e representa seu epítome final, porquanto o dever de indicar os fundamentos significa para o juiz necessariamente ter em conta as alegações fático-jurídicas e provas-contraprovas concretamente produzidas pelos litigantes ao longo de todo o *iter* procedimental. Ao juiz incumbe demonstrar, por

imperativo do contraditório e da ampla defesa, que a concepção intelectual de sua convicção resulta essencialmente da qualificada participação das partes das estruturas dialéticas do procedimento. Revele-se o truísmo: tais garantias seriam puramente cênicas e quiméricas se o juiz, no momento culminante de julgar a causa, pudesse desprezar a transpiração das atividades materialmente realizadas pelas partes até então. Não por acaso, e sob boa luz, o novo Código de Processo Civil brasileiro, no que toca à estrutura material da sentença, em seu art. 489, § 1º, inciso IV, estabelece a ausência de fundamentação, quando a decisão judiciária 'não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, informar a conclusão adotada pelo julgador'. É precisamente este, *de lege lata*, um dos pontos de contato íntimo entre a garantia fundamental do contraditório e o dever constitucional de motivação pública de todos os pronunciamentos jurisdicionais de conteúdo decisório."³⁷⁷

Portanto, concluímos que a decisão não se justifica somente levando em consideração um dos sujeitos processuais, o emissor da decisão, mas principalmente na relação estabelecida entre os agentes do processo, os argumentos trazidos por todos os sujeitos, os quais devem exercer plenamente o seu direito ao contraditório, em toda sua concepção, substancial, eficaz e capaz de influir a fundamentação da decisão judicial.

4.6 Considerações sobre a fundamentação da decisão e o sistema de precedentes brasileiro

Motivo e motivação são conceitualmente diferentes. O primeiro refere-se ao conjunto de proposições de fato e de direito que são necessárias ao julgamento, a matéria prima do julgador. A segunda se trata da técnica adotada para que os motivos apresentados no processo se apresentem de maneira ordenada, lógica e

³⁷⁷ Ob. p. cit., p. 236-237.

alinhados com todo o material que foi produzido pelas partes e pela comunidade jurídica (órgãos judicantes, doutrina, operadores do direito de maneira geral).

Ao longo deste capítulo, buscaremos fazer a conexão entre a fundamentação, a partir de todo o arcabouço técnico até então discutido, e os precedentes brasileiros. A dificuldade natural de identificar os diversos motivos, que por muitas vezes restam impregnados na motivação de maneira não tão explícita, é justamente o exercício básico que busca realizar um sistema de precedentes. Trata-se da técnica da *stare decisis*, ou seja, a identificação do motivo determinante, do elemento básico que promove a igualdade e a possibilidade de que aquela mesma diretriz normativa seja adotada em casos futuros. A princípio esse processo envolve, como já dito no item 3.4 deste trabalho, a solução do caso concreto sem a preocupação da formação de precedente.

Por essa razão, trata-se de um processo natural, uma forma de proceder, que não se relaciona a um sistema de precedentes propriamente dita (ainda que seja uma das ferramentas de destaque), mas de efeito incidental que decorre basicamente da autoridade imanente da decisão.

A questão que se tem defendido ao longo deste trabalho é que mesmo com a identificação desses motivos determinantes, eixo básico da *stare decisis*, é a motivação, como complementação da técnica, o fator determinante para que essa autoridade seja alcançada e isso envolve, sem sombra de dúvidas, que a sociedade civil tenha real poder de influência para o julgamento do caso.

Nesse sentido, Francesco Conte entende que a lógica por detrás da decisão judicial prescinde dois contextos que se complementam, duas faces da mesma moeda. De um lado, o contexto de descoberta, que envolve o raciocínio por detrás daquela determinada conclusão jurídica, um processo a princípio individual, e de outro o contexto de justificação, que constrói uma correlação entre os argumentos intersubjetivamente aceitáveis e a rejeição expressa daqueles que não o são³⁷⁸. Um processo plural riquíssimo³⁷⁹.

³⁷⁸ CONTE, Francesco. Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016, p. 514.

³⁷⁹ “Há, como bem se compreende, íntima aproximação entre juízo e motivação; pontos de contato entre raciocínio decisório e justificação (v.g., ao elaborar a motivação o juiz pode discernir critérios

Esses argumentos, como se viu no item 4.5, são extremamente importantes para o sistema de precedente, mas especialmente para aqueles que se submeterão, no presente, à coisa julgada e que recebem os efeitos substanciais da prestação jurisdicional. Não sendo o objetivo da decisão formar o precedente, é sempre a concretude do caso a preocupação genuína da prestação jurisdicional. E sob esse viés, são os argumentos apresentados pelas partes, titulares do direito subjetivo invocado – cada qual por sua própria perspectiva –, aqueles que realmente interessam à formação do precedente, pois necessariamente transportados à fundamentação da decisão judicial quando relevantes (art. 489, § 1º, IV, CPC).

A relevância do argumento do argumento poderá se enquadrar tanto no motivo determinante, quanto as considerações periféricas que não farão parte do enunciado obtido do precedente, mas são essenciais para dar suporte à decisão e ratificar a sua autoridade. São os argumentos também que permitirão, após a fixação do precedente, que ele seja rejeitado por distinção ou superado por inadequação sistêmica, conforme a seguir mais bem esclarecido.

A análise que ora se propõe é entender como a *ratio decidendi* e a *obter dictum* se relacionam com os argumentos aduzidos pelas partes e de que modo isso tem ou não tem sido absorvido atualmente nas decisões produzidas pelo Poder Judiciário.

4.6.1. A relação do argumento com elementos da teoria de precedentes (*ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguishing* e *overruling*)

e inferências racionais utilizados no procedimento de formação da decisão), conquanto o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo, consubstanciados na motivação, sejam estrutural e qualitativamente diversos e exibam funções diferentes: a essência do raciocínio decisório serve à formação do *decisum* em si, enquanto a estrutura da motivação tem por fito ministrar razões que justifiquem o decisório. O raciocínio do juiz, qual régua de Lesbos, acomoda-se a cada modalidade de procedimento racional. A racionalidade da justificação da decisão pode, eventualmente, adotar argumentação usinada no contexto de deliberação, no âmbito dos raciocínios probatórios e decisórios, embora em semelhante contexto trabalhe com critérios de escolha (uma entre duas ou mais possibilidades) ou de valoração.” (ob. p. cit., p. 515-516)

Ficou estabelecido que os motivos da decisão compreendem os argumentos de fato e de direito, que correspondem a uma fase prévia à fundamentação. Esses argumentos, que são expostos durante toda a fase cognitiva, ganham maior substância na defesa e na própria petição inicial.

Não é que sejam exclusivos desses dois atos, porém são típicos e substancialmente relevantes na petição inicial e na contestação, de maneira que merecem detalhamento nesta análise.

A inicial tem como conteúdo obrigatório a *causa petendi*, que é narrativa dos fatos e o seu enquadramento jurídico cuja correlação com o pedido representa a identificação do fundamento da ação (art. 319, III, CPC). Nesse aspecto, é importante esclarecer que nem todos os fatos descritos na petição inicial serão igualmente relevantes para a constituição do precedente, mas apenas aqueles fatos que se mostrarem essenciais, dos quais se extrair diretamente a consequência jurídica pretendida.

Os fatos juridicamente irrelevantes ou secundários, dos quais se infere a ocorrência dos fatos essenciais³⁸⁰, não terão igual valor para a formação do precedente, pois sua função é a de se tornarem premissa ao fato que realmente é considerado para a hipótese normativa que constitui o precedente. Não é desses fatos secundários que se extrairá o precedente, na medida em que apenas os fatos essenciais correspondem à *fattispecie* cuja consequência jurídica se encontra positivada (*sanctio juris*).

Inicialmente, a qualificação jurídica, embora útil e que componha a causa de pedir, é desnecessária porque o próprio processo de silogismo da decisão judicial se baseia na adequação da premissa fática à norma.

Já no caso da contestação, trata-se das regras dispostas nos artigos 336³⁸¹ e 341³⁸² do CPC, as quais positivam o princípio da concentração ou impugnação

³⁸⁰ ROQUE, André Vasconcelos *in* GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Editora Método, 2018, p. 9.

³⁸¹ Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

³⁸² Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

específica, das defesas substanciais que têm como objetivo trazer justamente os fatos e fundamentos de direito que têm aptidão para a constituição do motivo relevante do precedente.

A defesa se desenvolve, direta ou indiretamente³⁸³, a partir da qualificação de determinados fatos, justamente os fatos essenciais da petição inicial que, de acordo com os pedidos realizados, ganham juridicidade relevante para o deslinde do feito. Por essa exata razão, Dinamarco³⁸⁴, partindo do pressuposto de que a defesa é o contraposto negativo da ação, ainda que não lhe atribua a mesma natureza jurídica³⁸⁵, reconhece que a resposta do réu é um dos institutos processuais de primeiro plano, ao lado da triologia estrutural clássica (jurisdição, ação e processo). O mestre, em sua digressão sobre o tema, esclarece que o processo é somente um mecanismo para que o poder (Jurisdição) seja exercido, poder este que se justifica no exercício efetivo do contraditório.

Logo, portanto, fácil reconhecer que os fatos comprovados e tratados na defesa constituem legitimamente o arcabouço de premissas do precedente (fatos determinantes) ou potencialmente têm o condão de afastar ou superar a sua aplicação, questão que se tornará a tratar no próximo item.

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

³⁸³ A distinção entre defesas diretas e indiretas não é relevante para a formação do precedente. Trata-se de um critério para a incidência dos ônus probatórios típicos do procedimento. Considerando que a qualificação dos fatos ocorrerá a partir do contraditório (nisso, leia-se argumentos baseados em provas), independente da origem desses argumentos, tem-se que a sua origem é desimportante para a conclusão que se busca.

³⁸⁴ “A faculdade de resistir à pretensão deduzida em juízo tem, no processo, a mesma relevância jurídica que a ação tem. Não é porém usual dar-lhe todo esse destaque. É relativamente recente a orientação metodológica que, superando os limites acanhados e politicamente inconvenientes da clássica *triologia estrutural* (jurisdição, ação e processo), passou a considera-la também no primeiro plano de dos institutos processuais. Em *processo civil* a tradição pujança da teoria da ação e o preconceito do processo a serviço da *tutela de direitos*, tudo associado à real expressão da ação como garantia inafastável no Estado-de-direito, têm levado a doutrina brasileira quase a deixar na sombra a importância do *jus exceptioinis*. Bem pensado, contudo, na dialética contraditória do processo e em face dos objetivos que hoje se reconhecem à ação e a este, é preciso ver na defesa autêntico e legítimo contraponto negativo daquela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 295)

³⁸⁵ Dinamarco cita o “mal” exemplo da *bilateralidade da ação*, na medida em que a ação constitui um conjunto de poderes (ou direitos) cujo destinatário é o Estado, e não a parte contrária. A bilateralidade da ação, que não diz respeito à defesa a ela equiparada, se exprime no conceito de contraditório e processo” (ob. p. cit., p. 282, nota de rodapé 60).

Importante considerar também que essa dialeticidade que promove os fatos essenciais para a formação do precedente (arts. 319, II, 336, 341 e 434³⁸⁶, todos do CPC) se complementa com a regra do art. 437 do Código de Processo Civil³⁸⁷ ou o art. 493 do CPC³⁸⁸, o que reforça o contraditório com relação aos documentos e argumentos apresentados durante o processo após a fase postulatória.

O Código de Processo Civil, como se vê, estabelece em diversos dispositivos ligados ao contraditório os quais, como visto ao longo desse trabalho, estabelecem de maneira significativa qual o espaço amostral de fatos que serão levados em consideração, a princípio, para a aplicação da *stare decisis*.

Tanto a superação como a distinção são declarações negativas de que o novo caso se amolde às premissas essenciais do precedente invocado. Como forma de oxigenação do sistema (seja para a sua contextualização do precedente, seja para a sua restrição ou ampliação³⁸⁹), prescinde que sejam testadas as questões identitárias do caso julgado e aquele tido como paradigma.

Distinguishing e *overruling* têm, portanto, o mesmo objetivo (garantir a autoridade do precedente), mas cuja incidência se dará de maneira diferente. A superação de um precedente, considerando que a sua formação existe para a repetição e estabilidade, representa a necessidade de sua conservação. Se a *ratio* por detrás é a conservação, o elemento preponderante é a razoabilidade dos argumentos que foram utilizados para a formação do precedente.

Sendo assim, partindo do pressuposto que o processo de construção do incidente é indutivo, que parte de um raciocínio particular para a generalização, a princípio as premissas fáticas relevantes são exatamente aquelas ligadas às defesas diretas, aquelas que por excelência negam o fato essencial. Essa disrupção elimina o início do raciocínio necessário à construção do precedente, será capaz de distinguir o precedente do caso concreto.

³⁸⁶ Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

³⁸⁷ Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

³⁸⁸ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

³⁸⁹ Para entender os conceitos de superação e distinção, consultar item 3.5 deste trabalho.

Defesas processuais – desde que o precedente não seja justamente a interpretação da lei formal – não buscam discutir as questões meritorias que envolvem a demanda e, portanto, não trazem a princípio fatos que são importantes para a discussão, seja do ponto de vista da técnica do *stare decisis*, seja do ponto de vista das técnicas de superação e distinção. Incorreção do valor da causa, inépcia da petição inicial, perempção, litispendência, conexão ou mesmo a falta de interesse processual (art. 337, CPC) são questões que talvez sejam resolvidas na fundamentação da sentença, mas que não se enquadram na perspectiva do sistema de precedente.

O *overruling*, em suas diversas nuances, pode representar a não aplicação pelo desalinhamento com a realidade, e isso significa que estará mais relacionado à defesas indiretas, que negam determinada consequência jurídica trazida pelos fatos, do que a própria negativa do fato, o que pode inclusive significar alterações legislativas.

4.6.2 Análise de casos práticos e as técnicas para a formação de precedentes

Feitas essas breves considerações, a análise dos casos práticos teve como objetivo entender se o instituto ligado aos precedentes foi absorvido a partir do arcabouço técnico até então explanado. Para a realização da pesquisa, utilizou-se o ferramental já exposto no item 3.7.2 deste trabalho. Os parâmetros de pesquisa serão explicados ao longo dos exemplos abaixo indicados, mas optou-se por manter a pesquisa o mais ampla possível, de modo que os resultados se mostrem acurados.

Todavia, o exercício executado não pretende esgotar ou discutir a norma adjetiva, nem pretende servir de mapeamento sobre determinados temas. Essa função não se mostraria adequada considerando o escopo deste trabalho. O exercício tem como proposta, a partir do exemplo, entender de que maneira a fundamentação de decisões tidas como paradigma foi absorvida e se os Tribunais.

4.6.2.1 Exemplo de precedente eventualmente superável

Com relação ao precedente de força vinculante mitigada, tomamos com exemplo de análise a formação de precedente a um tema específico ligado à recuperação judicial de empresas, a equiparação de verba honorária advocatícia às verbas de natureza trabalhista e, via de consequência, o seu enquadramento para recebimento privilegiado de valores no advento de uma falência.

Não se nega que se trate de um precedente vinculante. Julgado sob a dinâmica repetitiva, a sua observância é obrigatória nos termos do art. 1.040 do Código de Processo Civil. O que se discute é se a autoridade do órgão prolator colabora ou não para a perpetuidade e de que maneira o julgamento colegiado pode influir na sua vinculação com o passar do tempo.

O procedimento de falência instaura uma execução universal que caminha para o pagamento dos credores da sociedade falida de acordo com o regramento previsto nos artigos 83 e 84 da Lei 11.101/05. Nesse sentido, tais dispositivos estabelecem uma ordem prioritária de pagamento, cujos recursos obtidos com a venda dos ativos acabam por pagar os credores de acordo com a classificação de seus respectivos créditos.

O inciso I do artigo 83 da referida lei, por sua vez, cria uma limitação ao pagamento de credores trabalhistas cujo crédito exceda 150 (cento e cinquenta) salários mínimos³⁹⁰. A pesquisa feita no Superior Tribunal de Justiça, com base nos mesmos critérios já identificados nesse trabalho, indicou nove resultados para a interpretação a respeito do art. 83, I, da Lei 11.101/05 perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo um deles o Recurso Especial 1.152.218-RS, julgado sob a dinâmica repetitiva.

A conclusão do julgado é a de que “Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, se pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela

³⁹⁰ Tal limitação foi alvo de diversas impugnações, tendo sua validade contestada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2, cujo resultado foi a ratificação integral da norma prevista no art. 83, I, da Lei 11.101/05.

forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observando, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, I, do referido Diploma legal”.

Na origem, tratava-se de discussão do art. 24 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), que classificava os honorários advocatícios no procedimento de falência como “crédito privilegiado”, em idêntica posição ao crédito trabalhista, confrontando o art. 102, *caput*, do Decreto-Lei 7.661/1945 (Lei de Concordatas e Falências). À época, a norma se comunicava com o Diploma das Concordatas e Falências, pois não vigia a atual legislação falimentar que, como já se disse, é de 2005.

Surge, a partir disso, a discussão sobre a equiparação ou não dos honorários advocatícios às verbas de natureza alimentar, cujos argumentos debatidos se referiam sobre a especial condição do advogado e de seus honorários, que constituiriam fonte primária de subsistência.

O acórdão proferido pelo STJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, fixou como fatos essenciais: uma habilitação de crédito relativo a honorários contratuais, cuja devedora da prestação faliu sem adimplir o débito, divergência sobre a classificação dos créditos.

As premissas do acórdão, por sua vez, restaram claras no voto proferido pelo relator: e não haverá prejuízo aos demais trabalhadores, pois todos os créditos trabalhistas se submeterão (na falência) ao limite estabelecido por lei, os cento e cinquenta salários mínimos. Compara, por oportuno, a dicção legal do art. 102, *caput*, da Lei de Falências revogada e o art. 83, I, da legislação vigente para concluir que

Foram encaminhadas para julgamento das teses a seguinte proposição: se na falência, seja pela regência do Decreto-Lei 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei 11.101/2005, os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos credores trabalhistas para efeitos de habilitação. E foi essa a tese fixada no âmbito repetitivo, que, inclusive, contou com voto divergente.

Sobre esse ponto, o Ministro Ari Paragendler discordou por entender que o empregado está juridicamente subordinado ao empregador e é completamente

dependente, o que não aconteceria com o advogado prestador de serviço. O Ministro Gilson Dipp, em voto-vista e em sóbrio parecer, esclareceu que os pontos essenciais ou, em suas palavras, o núcleo repetitivo do recurso não estava suficiente claro. Em seu voto, analisou o conceito das prestações alimentícias para estabelecer seus elementos caracterizadores (regularidade, reiteração, com o fim específico de manutenção pessoal ou do núcleo familiar) e que as premissas do Ministro relator se calcariam em outra decisão, do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 470.407, de relatoria do Ministro Marco Aurélio). A sua conclusão é a de que a afirmação de privilégio prevista no Estatuto da Ordem não traz a natureza alimentar prevista na Lei 11.101/05. Tal posição foi seguida pelos Ministros Herman Benjamin, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho³⁹¹.

Como se pôde perceber, o julgamento do referido recurso, em que pese tenha sido realizado sob a dinâmica repetitiva – o que evidentemente o torna obrigatório – mostrou desalinhamento bastante importante com relação a discussões jurídicas centrais do precedente. Se por um lado o processo de formação do precedente é ratificado a partir do amplo debate (entre partes e entre pares), por outro demonstra que a questão jurídica está longe de se encontrar pacificada (ao menos, entre os próprios julgadores).

Não há de se exigir unanimidade para a formação do precedente, mas também não há de se negar que a discordância representa que a inquietude da questão, em sua essência, de modo que ela não se mostra dotada da autonomia irrestrita que se espera de um precedente. E isso significa, na prática, que a força vinculante emanará, pois oriunda da autoridade do órgão julgador, mas, de acordo com o quanto expusemos nos itens 3.4 e 3.5 deste trabalho, o precedente terá uma maior disposição para ser mitigado ou mesmo eventualmente superado.

A formação de novos valores sociais, a releitura de princípios ou, conforme definiu Eduard D. Re, a falta de concretização da justiça – especialmente considerando implicações práticas reais a partir da adoção da norma fixada por

³⁹¹ O Ministro Arnaldo Esteves Lima a princípio apresentou voto divergente, mas, posteriormente, alterou a orientação de voto e acompanhou o Ministro Relator.

meio do precedente – podem torná-la desatualizada ou desarrazoada. Retomando conclusões do capítulo 3 deste trabalho, tão mais forte será o precedente (em termos de vinculação e perpetuidade) quanto mais coeso for o seu processo de formação, o que não se percebe do precedente objeto desta análise.

4.6.2.2 Exemplo de vinculação horizontal

Por outro lado, a discussão travada acima – após a ratificação da legalidade do dispositivo legal – rapidamente serviu para firmar diversas teses utilizando o referido dispositivo legal. Uma das mais discutidas ramificações se refere à possibilidade de reclassificação do sobejo para os procedimentos de recuperação judicial, cuja lógica não é a de uma execução coletiva. Ou seja, os intérpretes valeram-se da interpretação analógica do instituto previsto no art. 83, I, da Lei 11.101/2005, que é voltado ao procedimento de falência, adaptando-a ao procedimento especial de reorganização das dívidas.

Os Tribunais, especialmente o paulista, tem afastado essa interpretação com base em dois fundamentos: a interpretação literal da norma somente prevê a limitação para o procedimento de falência e a interpretação sistêmica do procedimento de recuperação judicial indica a extinção da obrigação creditória pela lógica de um plano de recuperação judicial, que, se aprovado, imporá a novação e livre disposição sobre o tema.

Com relação a essa tese, a pesquisa perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indicou como resultado 299 julgados³⁹². A depuração desse resultado³⁹³ acabou por indicar que a conclusão do Tribunal paulista vem amparada

³⁹² A pesquisa foi realizada às 07:30 do dia 4 de janeiro de 2020 por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. A referência de pesquisa foi a mais aberta possível, utilizando os termos “recuperação judicial” somado à “150 salários mínimos”.

³⁹³ A análise considerou os acórdãos que versavam sobre subclasse de credores no âmbito da recuperação judicial, incompatibilidade da aplicação analógica por antinomia estabelecida com o art. 54 da Lei 11.101/05 ou que se baseassem para fundamentação a incompatibilidade de reclassificação por alteração do sistema de votação estabelecido pela Lei 11.101/05. Algumas referências que foram checadas durante a pesquisa: 2140739-28.2019.8.26.0000; 2056189-03.8.26.2019.0000, 2186884-45.2019.8.26.0000, 2186894-89.2019.8.26.0000, 2186870-61.2019.8.26.0000, 2187964-44.2019.8.26.0000, 2156617-90.2019.8.26.0000, 2087294-95.2019.8.26.0000, 2070863-83.2019.8.26.0000, 2071378-21.2019.8.26.0000, 2071353-

em reiteradas decisões acerca do tema, ora adotando uma tese jurídica ora outra, mas sempre para afastar a possibilidade de aplicação análoga da norma jurídica.

Esse é o caso, por exemplo, do agravo de instrumento nº 2186884-45.2019.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Araldo Telles. O colegiado, ao negar provimento ao recurso, ratificou que o sistema brasileiro pressupõe a observância da autoridade de precedentes (norma já debatida neste trabalho, arts. 926 e 927 do CPC) e, via de consequência, mantê-la uniforme. De igual maneira, o Agravo de Instrumento nº 2126561-74.2019.8.26.0000 relatoriado pelo Desembargador Gilson Delgado Miranda adota a tese uniformizada e consigna que se trata de jurisprudência amplamente majoritária ou, conforme termo adotado neste trabalho, dominante.

De fato, a estrutura de fundamentação do acórdão nº 2126561-74.2019.8.26.0000 passa por organizar as informações da seguinte maneira: em primeiro o relatório fixa as condições fáticas necessárias ao julgamento, o que significa dizer que a decisão recorrida é uma sentença em incidente vinculado a uma recuperação judicial que classificou o sobejo como verba quirografária e os 150 (cento e cinquenta) salários mínimos como verba trabalhista. Após, reverbera o argumento aduzido pelas partes, especificamente a impossibilidade de aplicação analógica de norma prevista exclusivamente para o regime de falência, e a defesa da tese, de que a ausência de limitação atenta contra o princípio da preservação da empresa, inserido no art. 47 da Lei 11.101/2005.

Após, estabelece a premissa normativa fixada em precedente (honorários advocatícios são equiparados a créditos alimentares) e faz a distinção entre

08.2019.8.26.0000, 2058714-55.2019.8.26.0000, 2066689-31.2019.8.26.0000, 2039575-20.2019.8.26.0000, 2075087-64.2019.8.26.0000, 2070848-17.2019.8.26.0000, 2071105-42.2019.8.26.0000, 2070872-45.2019.8.26.0000, 2075132-68.2019.8.26.0000, 2012852-61.2019.8.26.0000, 2251174-06.2018.8.26.0000, 2259219-96.2018.8.26.0000, 2237553-39.2018.8.26.0000, 2259150-64.2018.8.26.0000, 2137494-43.2018.8.26.0000, 2052019-56.2017.8.26.0000, 2082823-36.2019.8.26.0000, 2214237-94.2018.8.26.0000, 2229406-24.2018.8.26.0000, 2010965-20.2018.8.26.0000.

Outros julgados foram de início descartados porque versaram sobre a ordem de pagamento de verbas trabalhistas e temas tributários ou outro motivo diferente do enfoque escolhido. Algumas referências que foram descartadas: 2183956-24.2019.8.26.0000, 2197016-98.2018.8.26.0000, 2099747-25.2019.8.26.0000, 2151482-34.2018.8.26.0000, 2234012-95.2018.8.26.0000, 2234012-95.2018.8.26.0000, 2169889-88.2018.8.26.0000, 2079736-09.2018.8.26.0000, 2115303-04.2018.8.26.0000, 2253548-29.2017.8.26.0000, 201885520-86.2016.8.26.0000, 2142814-11.2017.8.26.0000, 2168471-52.2017.8.26.0000, 2188550-86.2016.8.26.0000 e 3009168-78.2013.8.26.0000.

princípios de regência dos procedimentos de falência e recuperação judicial. Contrapõe aquilo que entende como antinomia jurídica (disposição do art. 54 da Lei 11.101/05) e cita como amplamente majoritária a jurisprudência “de ambas as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal de Justiça”.

Para identificação da jurisprudência amplamente majoritária, reproduz a fundamentação da decisão paradigma (com premissas fáticas semelhantes), o fundamento e a conclusão. Fundamento seguinte, cita como referência sete julgados de ambas as Câmaras os quais corroborariam a conclusão de que se trata de jurisprudência dominante³⁹⁴. A bem da verdade, a citação de diversos acórdãos como reforço de argumento de autoridade do precedente deveria vir acompanhada da identificação das premissas semelhantes ou idênticas (inciso V do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC). Todavia, considerando que a auto vinculação neste caso advém de um conjunto de decisões, da jurisprudência dominante, a exemplificação como referência se torna suficiente porque corrobora outras decisões citadas de maneira completa no acórdão e, se eventualmente perquiridas pela parte prejudicada, poder-se-á identificar a semelhança (inteligência do inciso VI do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC).

Percebe-se, portanto, que neste caso a força vinculante do precedente não está atrelado à decisão inicial sobre o tema (se é que é possível identificá-la), mas à coesão e consistência da conclusão jurídica. Sem entrar no mérito a respeito da interpretação feita pelo Tribunal bandeirante, fato é que estabilidade que se busca por meio do precedente foi alcançada e a fundamentação refletiu os elementos necessários para o reconhecimento da força vinculante do precedente.

³⁹⁴ O número de registro dos sete julgados, que variam entre 1ª e 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial são: 2012852-61.2019.8.26.0000, 2251174-06.2018.8.26.0000, 2214237-94.2018.8.26.0000, 2079736-09.2018.8.26.0000, 2052019-56.2017.8.26.0000, 2085546-62.2018.8.26.0000 e 2122067-40.2017.8.26.0000. Em regra, a consulta aos acórdãos referentes a esses recursos indica que as premissas fáticas e jurídicas (considerando os dois fundamentos) são as mesmas. Há uma diferença fática percebida no recurso 2079736-09.2018.8.26.0000: a limitação de 150 salários mínimos está presente na disposição do plano de recuperação judicial, cuja consequência prática é idêntica à aplicação da norma prevista no art. 83, I, da Lei 11.101/05. A consequência direta desta diferença fática, que não foi relatorizada e tratada na fundamentação da decisão que o cita é que este não é um precedente válido (a despeito que na prática a conclusão jurídica seja a mesma).

4.6.2.3 Exemplo de não observância de precedente

Outro problema prático é inobservância de um precedente. Quando a norma universal que dele advém não é corretamente adotada e desrespeita o processo indutivo que a formou.

Esse equívoco, especialmente quando reverberado, traduz-se em uma falsa premissa. A estabilidade gerada, em que pese possa ser real, funda-se em norma ilegítima e, portanto, deve ser afastada.

Como exemplo de interpretação equivocada de um precedente, analisamos a interpretação de outra norma referente à Lei 11.101/2005, o artigo 49, § 3º, do Lei 11.101/05. O processo de recuperação judicial, tal qual premissa maior prevista no artigo 47 da referida lei, tem como objetivo a viabilizar a superação da crise econômico-financeira daquela empresa que requer o favor legal, mantendo-se, por meio da distribuição dos ônus inerentes à atividade (especialmente para os credores sujeitos que invariavelmente receberão valor menor do que aquele fixado em negócio jurídico ou decorrente de ilícito indenizável), garante-se os postos de trabalho e a circulação de riqueza.

Os credores submetidos ao plano de recuperação judicial terão suas dívidas novadas (artigo 59 da Lei 11.101/2005) e via de consequência alteradas as condições originais do contrato.

No entanto, nem todos os credores estarão sujeitos a esse procedimento. O parágrafo 3º do artigo 49 do referido Diploma, por exemplo, indica que não se sujeitam aos efeitos o proprietário fiduciário de bens, o arrendador mercantil, o promitente vendedor ou proprietário de imóvel que tenha sido gravado com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade e o proprietário de contrato de venda e compra com reserva de domínio. Por não se submeterem aos efeitos da recuperação judicial, em regra, garante-se a satisfação do seu crédito de maneira individualizada e rápida.

É o caso da alienação fiduciária, negócio jurídico que, quando formatado para garantir determinada dívida, pressupõe a transferência da propriedade, cuja consolidação e alienação extrajudicial do bem ocorrerá no caso de inadimplemento.

O produto salda a dívida³⁹⁵. Em outras palavras, desde que o patrimônio onerado seja suficiente para quitação do saldo, é bastante vantajoso enquadrar-se nessa classe de credores.

A pesquisa jurisprudencial a respeito desse tema identificou que a Judiciário entendeu necessário complementar o sentido da norma, especialmente no que se refere à alienação fiduciária. A tese que se passou a discutir refere-se à concursabilidade ou não do crédito a partir o agente que presta a garantia, na medida em que por vezes a garantia a uma dívida da empresa em recuperação judicial é prestada por outrem.

Nesse sentido, em outubro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do Recurso Especial nº 1.549.529-SP que extraconcursabilidade dos credores que detêm a garantia fiduciária independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário.

Neste caso, o acórdão recorrido estabeleceu a premissa de que a extraconcursabilidade prevista no parágrafo terceiro do artigo 49 da Lei 11.101/2005 depende de que o bem dado em garantia tenha sido de propriedade da empresa em recuperação. A interpretação se pauta também na norma prevista no art. 1.422 do Código Civil.

Na fundamentação, o Superior Tribunal de Justiça discorre profundamente sobre a natureza do instituto da alienação fiduciária e, como consequência, conclui pelo acentuado enfraquecimento da importância do sujeito de direito. A partir daí, entende que a norma em comento é coerente com toda a sistemática inerente ao instituto e que o bem fica, de maneira indissociável, vinculado ao crédito garantido.

A norma universal obtida a partir do precedente é a de que para fins de incidência da norma prevista no parágrafo 3º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 é

³⁹⁵ Apenas a título de nota, não raras vezes os bens dados em garantia por essa modalidade de negócio jurídico são parte de ativos produtivos, que são essências à atividade da empresa em recuperação judicial. Sem crédito para promover a substituição ou mesmo renegociar a dívida, a retirada de equipamentos ou imóveis funcionais pode significar a decretação de falência da empresa. Por essa exata razão, a mesma norma que garante a extraconcursabilidade dos referidos credores, garante também que os bens essenciais à atividade da empresa não possam ser retirados durante o denominado *stay period* (art. 6º, §4º, Lei 11.101/2005).

desimportante quem prestou a garantia, sendo o credor tido como extraconcursal perante a recuperanda, em qualquer hipótese.

Importante notar que essa é a única definição feita pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema e, mesmo assim, a conclusão não tem sido adotada no formato de norma geral e universal. Mais do que isso, é interessante notar que diversos acórdãos interpretam o referido precedente chegando, no entanto, a premissa diametralmente oposta àquela fixada no julgado.

Exemplo disso, cita-se o acórdão proferido no agravo de instrumento 2012944-10.2017.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Ricardo Negrão em agosto de 2018 desconsidera completamente o precedente e conclui que o crédito garantido por alienação fiduciária prestada por terceiro estranho à relação processual está inserido na recuperação judicial. Tal posicionamento é assentado em Enunciado do próprio Grupo de Câmaras de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁹⁶. Ignorou, por completo, o precedente construído, especialmente considerando que já se encontravam vigentes os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Essa não é uma posição unânime (apesar de ter se mostrado majoritária perante as Câmaras Reservadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Em acórdão relatoriado pela juíza Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca nos autos agravo de instrumento nº 2149201-08.2018.8.26.0000, por exemplo, a fundamentação expressamente esclarece que há necessidade de “organizar os fundamentos” porque a matéria se mostra interrelacionada com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e em desalinho com o quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Como resultado, a conclusão é a de que o credor é extraconcursal e não se submete aos efeitos da recuperação judicial, mesmo que a garantia tenha sido prestada por terceiros. O acórdão é datado de outubro de 2018 e expressamente cita o teor do Recurso Especial 1.549.529-SP e o conteúdo do artigo 926 do Código de Processo Civil, o dever de uniformização da jurisprudência.

³⁹⁶ Enunciado VI. Inaplicável o disposto no art. 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor.

Em outro exemplo, especialmente em julgados datados de 2016 e 2017, o Desembargador Fabio Tabosa, que compõe uma das Câmaras Reservadas. Nos acórdãos cujos recursos foram registrados sob nº 207763-78.2017.8.26.0000 e 2060109-87.2016.8.26.0000, por exemplo, o magistrado fundamenta seus acórdãos a partir da norma fixada pelo apelo extremo acima citado. De fato, para divergir da jurisprudência contrária que, no seu entendimento, é expressiva e, via de consequência, não se vincular aos precedentes do Tribunal paulista, o Desembargador estabelece a seguinte estrutura: identificação da norma universal³⁹⁷, identificação da injustiça da decisão (primeiro sob o aspecto lógico, depois principiológica) e atribuição de novo valor normativo, esclarecendo que neste caso não competiria ao Judiciário legislar, isto é, complementar a norma prevista no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 porque seu alcance já se encontra delimitado pelo texto da lei.

Não há, é verdade, uma descrição mais profunda sobre o precedente que se quer desconsiderar. As razões fáticas ficam limitadas à conclusão, à norma universal obtida a partir do precedente³⁹⁸. As decisões tampouco citam o precedente do Superior Tribunal de Justiça, que lhe é anterior e, talvez, seja a falta de identidade que talvez tenha feito. Observa-se, no entanto, a preocupação em dissecar a orientação jurisprudencial vigente e dar fundamento substancial para alteração de posicionamento, justamente como se faria no caso de *overruling*.

Trata-se, portanto, de um excelente exemplo de sustentação – por meio do ônus argumentativo – da técnica de superação de um precedente que se mostra injusto.

³⁹⁷ “A base do raciocínio dessa corrente é a de que sendo a garantia prestada pela própria recuperanda há especial comprometimento de seu patrimônio, de modo a justificar a extraconcursalidade, ao passo que, sendo a garantia outorgada por terceiro, nenhuma afetação existe sobre o patrimônio da empresa postulante do benefício, daí dever o crédito submeter-se à recuperação nas mesmas condições dos demais.” (trecho do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2077632-78.2017.8.26.0000, fls. 123 do processo eletrônico).

³⁹⁸ “Não se desconhece a existência de expressiva jurisprudência a sustentar a ideia, de a qual todavia respeitosamente se diverge.” (trecho do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2077632-78.2017.8.26.0000, fls. 123 do processo eletrônico).

5. CONCLUSÃO

Entre o formal e o informal, vivemos verdadeiramente uma era de concretização de princípios. A construção de uma sociedade plural alinhada com os ditames e com os valores democráticos depende de que a interação entre os jurisdicionados e o Poder Judiciário seja sempre pensada de tal modo que seus frutos atinjam positivamente os demais membros da sociedade.

Mais do que um regramento, um método de trabalho, o processo assume o papel de ponta da lança que investe contra as arbitrariedades, reforçando sua função garantidora de liberdades e da independência daqueles que exercerem a jurisdição, além de garantir os direitos contra quem esse poder é exercido. Assume, sendo assim, um papel plural que não admite a contraposição de particularismos comumente percebidos durante a sedimentação do processo brasileiro, de um privatismo que não se justifica.

É evidente que isso não significa (e nem significará) afronta às conquistas processuais e aos direitos individuais no exercício da jurisdição. Está embrenhado no conceito de processo traduzir-se em um fenômeno cultural (e, portanto, sujeito a alterações) cujo objetivo maior é o alcance de uma ordem jurídica justa. Esse papel plural da jurisdição vai ao encontro dessa ordem jurídica justa e significa que essa mecânica se torna absolutamente clara e alinhada a um processo constitucional, que por sua vez é o valor que atualmente vivenciamos. A partir disso, há a releitura de institutos jurídicos, como o conceito de Jurisdição e o papel das partes, tornando todas as mudanças sistêmicas que se propôs consequências diretas desses novos ares.

A própria estrutura das decisões tem sofrido grandes mudanças a partir de fatos relevantes como a massificação de demandas, a solidificação de ações de representatividade coletivas e a predisposição para adoção de normas de caráter aberto, que garantam maior flexibilidade interpretativa. O processo deve ser visto como um instrumento transformador da realidade e isso só é possível a partir do

alinhamento com o seu norte apriorístico e a partir da utilização das ferramentas processuais criadas para alcançar resultados relevantes.

Celeridade, fortalecimento da estrutura legal, readequação da atuação de juízes e previsibilidade são as pedras fundamentais da nova legislação processual. Trazem consigo antigos conceitos vistos sob novos pontos de vista e, assim, a necessidade de reinventar papéis que foram cuidadosamente construídos em uma época em que os respectivos valores nem sempre eram tão claros.

Nesse sentido, desde o advento da atual Constituição Federal, exige-se do ente estatal uma contribuição ativa para transformação da realidade social, a assunção do papel de advogado de políticas públicas e que batalhe incansavelmente para que essa estrutura – no campo processual – seja traduzida em decisões justas. A justiça aqui referida é o compromisso dos juízes para a adequação de conceitos normativos (especialmente os abertos) para que deles se possa chegar às decisões que se mostrem mais adequadas a determinado caso, que distribuam a Justiça, que se alcance o bem comum, que defendam os valores constitucionais.

Para tanto, é necessário repensar o exercício da função do magistrado, cuja pauta é tema secular no Brasil (filosoficamente falando e, também, em aspecto técnico). A par da tradicional distância com relação aos jurisdicionados, desde 1939, tem-se reforçado o caráter público do processo e, sendo assim, a retirada das amarras que continham a execução do ato de decidir e, por outro lado, estabeleceu-se uma correlação entre a atividade do magistrado e o resultado do processo posto. Esse papel se mostrou visível (mas mais contido) em 1973, novamente ganhando força a partir da restituição da democracia em 1988. A consequência é o reforço positivo do livre convencimento motivado, da capacidade de dilação probatória a partir da perspectiva do próprio Estado e do reforço do caráter individual da decisão desde que ela contenha elementos internos de coerência.

Essa perspectiva individual do poder, do exercício da Jurisdição, sem que ela se torne fruto da reflexão por parte de todos os envolvidos em um processo

necessariamente dialético, acabou por transformar o juiz em um defensor de verdades parciais, subjetivadas. A crítica ganha seriedade a partir da interpretação de conceitos normativos de maneira contrária por parte dos diversos órgãos do Poder Judiciário. Não são raras as decisões conflitantes que demandam pacificação.

Os órgãos de sobreposição têm feito o seu papel especialmente após a adoção nos últimos trinta anos de vários instrumentos que reforçam a autoridade de suas decisões. A edição constante de enunciados e o julgamento de casos repetitivos são exemplos desse esforço. Isso, no entanto, muito longe de apenas construir um sistema de precedentes, é a resposta positivada do legislador ao apego do Poder Judiciário à visão tradicional do *civil law*. O *civil law* tradicional não encontra amparo atualmente na nossa sociedade.

Não é que não se pudesse (sob diversas críticas) se falar em um sistema de precedente brasileiro antes das alterações legislativas ocorridas nas décadas de 1990, 2000 e 2010. Todavia, a permissão de enunciados vinculantes (a partir das alterações legislativas de 2004), mais do que um marco legislativo, representou a necessidade de reforço da autoridade absolutamente natural para um sistema que rechaça conceitos interpretativos universais sobre determinados temas, em detrimento da interpretação pessoal. É bom que se diga que tal ojeriza é contrária inclusive ao próprio sistema constitucional adotado pelo Brasil. Isso porque, como característica da adoção de um sistema que admite o controle difuso, admite-se a interpretação de valores normativos em camadas e permite-se o controle de constitucionalidade por meio de seus diversos órgãos, controle este que demanda que essas camadas se mostrem alinhadas. A mesma lógica se aplica a qualquer sistema normativo complexo e que contenha alto volume de ações, cuja propagação de critérios interpretativos padronizados é necessária. É imperioso que julgadores busquem e analisem decisões que lhes sirvam de paradigma para adotar (ou expressamente rejeitar) os fundamentos a respeito de determinada norma adjetiva. É urgente que essa padronização ocorra por meio de técnicas já desenvolvidas para a formação de precedente, como ocorre no *common law*.

Tendo sido rejeitado esse alinhamento sob a premissa do livre convencimento motivado e do não reconhecimento da autoridade interpretativa dos órgãos que lhe são superiores, o legislador se viu na condição de normatizar aquilo que deveria ser aplicado por coerência. A necessidade de observar a jurisprudência sobre determinado tema é mais do que cultivar um costume, é entender que a função dos órgãos superiores é tão orientadora como legitimadora.

Para os que rejeitam o sistema de precedente brasileiro por tradição ou por uma questão sistêmica, a crítica que a doutrina faz e com a qual concordamos se refere ao fato de que o caráter obrigatório de um precedente, a garantia de efeitos panprocessuais, é possível a partir da atual dinâmica do *civil law*, sem que isso ofenda as suas diretrizes básicas porque o que se busca é a estabilização do sistema a partir de normas abertas. Não será qualquer decisão ou qualquer norma analisada que pode servir como precedente. Vivemos um sistema *civil law* que pressupõe direito legislado, e isso não se nega, ainda que não se possa entender o direito positivado tal qual está como aquele contido no cenário social do final do século XVIII. No entanto, a complexidade jurídica demanda que os intérpretes complementem a norma, quando a norma assim permitir. A adoção de um processo fortemente regido por princípios exige que o seu resultado promova concretamente esse estado prospectivo natural dos princípios.

A partir disso, a negativa pura e simples de que as decisões estando ou não sob a égide da codificação processual de 2015 não poderiam ser vinculativas porque ofenderiam liberdade natural do magistrado para julgar se torna um apego descontextualizado ao caráter político do sistema *civil law*.

Efetivamente, não se entende as alterações legislativas ocorridas antes de 2015 como uma proposital aderência ao sistema de precedentes. Entende-se o histórico legislativo relatado como a busca constante de padronização das decisões e solução massificada de demandas, sempre mirando na segurança jurídica e diminuição do contingenciamento de processos. Apesar de que esse também seja o objetivo assumido pelo Código de Processo Civil vigente, o processo legislativo expressamente assumiu, a seu tempo e modo, um verdadeiro sistema de precedente brasileiro.

Aliás e como reflexão da conclusão parcial contida no capítulo 3 deste trabalho, entendemos que o reforço positivado do sistema de precedentes apenas representa um amadurecimento desse valor após o reconhecimento das premissas já citadas. O precedente forma uma norma geral, trata-se de uma técnica para decidir não vinculada necessariamente a uma ferramenta processual específica (como se pode esperar da dinâmica repetitiva de julgamento ou as ações de cunho concentrado para interpretação da norma ou a construção das Súmulas do Tribunais Superiores). Tais ferramentas, de fato, produzirão o precedente, mas a formação da norma universal a que se propõe o sistema está contida especialmente na autoridade do órgão prolator e na dialeticidade, coerência e justificativa contidas em sua fundamentação, ou seja, independentemente de qual ferramenta se use.

Tais afirmações ganham corpo especialmente nas normas contidas no art. 926 e 927 do Código de Processo Civil, bem nos diversos dispositivos que dão suporte a referida norma. Se de fato o legislador fixou que os Tribunais devem manter uniforme a sua jurisprudência, também é concreto que determinou, de maneira imperativa, a observação de decisões proferidas por meio do controle concentrado, enunciados de súmula vinculante e não vinculantes, acórdãos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, orientações feitas pelo plenário ou órgãos especiais.

De igual maneira é dever expresso que os magistrados se ocupem de observar em sua fundamentação os critérios estabelecidos no parágrafo primeiro do art. 489 do CPC, cuja análise detida denuncia critérios semelhantes à aplicação da técnica da *stare decisis* e dos métodos de superação e distinção. Ainda que a própria doutrina sofra para conceituar o que significa a *ratio decidendi*, a partir da construção sobre o tema é possível afirmar que há uma verdadeira equiparação.

Nesse sentido, fora aqueles requisitos que advieram para combater diretamente o vício de fundamentação (como é o caso do inciso I do parágrafo primeiro do art. 489 do CPC), estabeleceu-se a proibição do uso genérico de conceitos jurídicos, sem lhes dar concretude. Ao promover o adensamento de determinadas normas, o legislador quis, de fato, que o magistrado extraia desses conceitos abertos uma norma direta que potencialmente se perpetuará.

Além disso, ratificou o ônus argumentativo do magistrado de modo que aquela decisão específica enfrente todos os argumentos (de fato e de direito) capazes de infirmar suas conclusões. A norma combate premissa antiga dos Tribunais calcada em um subjetivismo que não mais se sustenta: a regra de que o magistrado não é obrigado a rejeitar um a um os argumentos das partes.

Não obstante, existe uma função adicional referente a esse reforço de ônus argumentativo que se inter-relaciona diretamente com a ideia de fatos determinantes prevista na *stare decisis*. Como critério de adequação de um precedente e vinculação futura, é necessário que os fatos e argumentos correlatos a determinado caso sejam rigorosamente analisados sob pena de não se constituir precedente algum, ainda que ocorra o julgamento por meio do ferramental acima exemplificado.

Fora os dispositivos legais citados acima, encontramos a ratificação dessa conclusão na própria ampliação das hipóteses de ação rescisória quando se permite a ampliação das hipóteses de afastamento dos efeitos da coisa julgada quando o movimento natural desse instituto é a redução das hipóteses de cabimento. Excepcional, por natureza, é entendida como violação manifesta à norma jurídica a decisão que, baseada em enunciado de súmula ou acórdão, não considere a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (§ 5º do art. 966, CPC). Importante observar que mesmo a hipótese de violação a dispositivo de lei (termo utilizado pela Lei 5.869/73) foi substituído pelo substantivo “norma” na atual codificação (inciso V do art. 966, CPC), de caráter muito mais amplo.

Por outro lado, o sistema ainda não tem se mostrado maduro para a aplicação das técnicas de precedente. A bem da verdade, a pesquisa deste trabalho indica que as ferramentas criadas pelos Tribunais, apesar de poderosas para que se possa sistematizar e extrair a suma de seu entendimento, por vezes, não são utilizadas. Ainda persiste a premissa de que o juiz brasileiro é intérprete independente da norma, não se reconhecendo um papel criador que é, com muitas ressalvas, admitido e, por conclusão, a necessidade de padronização das decisões por meio do reconhecimento da autoridade interpretativa dos Tribunais Superiores.

Como consequência, ao menos nestes primeiros anos de vigência assumida do sistema de precedentes, ora pelo apego à tese, ora para a defesa partidária de um dos lados em prol de uma paridade de armas, a prestação jurisdicional não alcançou o equilíbrio planejado pelo legislador. O papel da lei para a promoção de condutas continua sendo um dos eixos do nosso sistema processual, mas não deve ser mais considerado a única fonte primária de direito que se pode confiar.

O precedente ou, como se queira, a jurisprudência dominante está definitivamente presente no dever de fundamentação tal qual positivado e deve ser considerado como fonte normativa primária. O ônus argumentativo reforça diretrizes antigas e aquelas assumidas pelo processo constitucional, mas, mais do que isso, representa importante ponto de partida para a aplicação da técnica de precedentes. A mudança de hábito – sempre difícil quando falamos de sistemas operativos antigos – encontra respaldo na identificação dos fatos relevantes e na consequências gravíssimas de não se observar o resultado de casos semelhantes para a prolação da decisão judicial, considerando não fundamentadas aquelas decisões que não seguirem os precedentes ou aquelas que insistirem em tornar paradigmas casos que não se assemelham à hipótese concretamente tratada.

6. BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable – um tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBOUD, Georges. **Precedente versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** in *Direito jurisprudencial*. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. *Defining dicta*. Stanford Law Review, 56, 2005.

AKEHURST, Michael. *Statements of reasons for judicial and administrative decisions*. The Modern Law Review, 33, 1970.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centros de Estudios Constitucionais, 1993.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil. V. 2**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ANDREWS, Neil. **Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa**. *Revista de Processo*, 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2011.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Precedentes e a evolução do direito.** *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

_____. **Nulidades do processo e da sentença.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário.** São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. **Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante.** *in* A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. Coordenação: Dierle Nunes, Fernando Gonzaga Jayme, Aluisio Mendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-49.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Nas fronteiras da Argumentação. A discricionariedade judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy.** Salvador: JusPodivm, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** Revista Brasileira de Direito Processual, v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **O conceito de soberania no methodus de Jean Bodin** *in* Revista Discurso, nº 27, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva.** Sítio eletrônico acessado em 15.6.2017, às 17:25, *in* http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=36&shop_detail=440

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.**

Sítio eletrônico acessado em 3.11.2017, às 11:11:
http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

_____. **Casos difíceis e a criação judicial do Direito** *in* Seminário Teoria da Decisão Judicial (23, 24 e 25 de abril de 2014: Brasília, DF), Série Cadernos do CEJ, nº 30, p. 15-27.

BATISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Reflexões sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a imparcialidade judicial: “o que falar quer dizer” e o que não dizer quer falar** *in* AREL FAAR, Arquimes, V. 3, nº 3, setembro/2015, p. 107-130.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial**. São Paulo: Editora Noeses, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2007.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil. Parte Geral do Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum, processos nos Tribunais e recursos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **O livre convencimento do Juiz e as Garantias Constitucionais do Processo Penal** in Revista da EMERJ, V.3, nº 12, 2000, p. 184-198.

BURDEAU, Georges. **O Estado.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALABRESI, Guido. ***A common law for the age of statutes.*** Cambridge: Harvard University press, Reprinted 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula.** São Paulo: Editora Altas, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro** in Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-673.

CAMERON, J. T. **Custom as A Source of Law in Scotland 1.** The Modern Law Review, v. 27, n. 3, p. 306-321, 1964.

CARDOZO, Benjamin N.; KAUFMAN, Andrew L. **The nature of the judicial process**. Quid Pro Books, 2010.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Forense, 2019.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada**. Revista de processo, nº 81. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica in Lex Humana**, nº 2, 2009, p. 40-65.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Editora Malheiros, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Sudi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil. Estado constitucional democrático de direito. Discurso justificativo. Legitimação do exercício da jurisdição**. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016.

COUTO E SILVA, Almiro. **Poder discricionário no direito administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, jan-jun/1990.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Precedente judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O regime do precedente judicial no novo CPC.** *in* Precedentes. Coordenadora Fredie Didier Junior, Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior e Lucas Buril de Macêdo. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. **Atuação do juiz na condução do processo civil no Estado Constitucional** *In* O processo civil no Estado Constitucional. Coordenador Daniel Mitidiero. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 447-478.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa** *in* Revista Eletrônica de Direito Administrativo, nº 9, fev./abr. 2007.

DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Classics, 1915 reprint.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil. Volume I.** São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

_____. **Instituições de direito processual civil. Volume II.** São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil. Volume III.** São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I.** São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2016.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENDES, Regina Lucia Teixeira. **Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica** *in* Revista de Conflitos e Controle Social, V. 5, nº 3, Jul./Ago./Set. de 2012, p . 447-482.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Interpretação jurídica: interpretação que comunica ou comunicação que se interpreta?** *in* Vilém Flusser e Juristas. Comemoração dos 25 anos do grupo de estudos de Paulo de Barros Carvalho. Coordenação Florence Haret e Jerson Carneiro. São Paulo: Editora Noeses, 2009, p. 15-49.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREITAS, Gabriela Oliveira; ZANDONA FREITAS, Sérgio Henriques. **A superação do livre convencimento motivado no código de processo civil de 2015: uma análise do dever de fundamentação das decisões** in Revista de Estudos Jurídicos UNA, V. 3, nº 1, 2016, p. 247-272.

FREITAS JÚNIOR, Antônio de. **O pensamento político de Maquiavel**. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 44, nº 174 (abr./jun. 2007), p. 207. Texto acessado em 3.11.2019, às 14:05, por meio do seguinte endereço eletrônico: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141333/R174-10.pdf?sequence=4>)

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Editora Forense, 2019

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Execução e recursos. Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Editora Método, 2018.

_____. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença. Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Editora Método, 2018.

GOODHART, Arthur Lehman. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale: Yale Law Journal, dez./1930, p. 161-183.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HÂBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert. L. A. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. **American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream.** Georgia Law Review, vol. 11, September 1977, pp. 969-989.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito.** São Paulo: Saraiva, 2015.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial: legitimidade, fundamentação e justiça.** Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; BATISTA, Cristiano. **Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição *civil law*** in Revista Direito em Debate, v. 27, n. 50, p. 50-63.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil. V. 1.** Salvador: Editora Podivm, 2015.

_____. **Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual e Direito Processual: Aproximações e distinções necessárias** in 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil, passado, presente e futuro. Organização Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 334-355.

_____. **Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo** in Processo e Ideologia. Coordenação Adriano Cesar Braz Caleira. São Paulo: Ltr Editora Ltda., 2015, p. 92-97.

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil. V. 2.** Salvador: Editora Podivm, 2015.

JUNIOR, Hermes Zaneti. **A constitucionalização do processo.** São Paulo: Editora Atlas, 2014.

_____. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

JUNIOR, Sidnei Amendoeira. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt. **O político entre a especulação e a positividade.** Barueri: Editora Manole, 2006.

Kronman, Anthony Townsend. **Hart, Austin, and the Concept of Legal Sanctions.** Yale: Yale Law Journal, v. 54, 1975, p. 584-607.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Garantismo e direito processual constitucional in** Garantismo processual. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coordenação José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile. Principe.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.

LYNCH, Christian Eduard Cyril. **O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Bordes de Medeiros de 1933.** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, V. 47, nº 188 (out/dez de 2010), p. 93-111. Texto acessado em 18.8.2019, às 12:47 por meio do seguinte endereço eletrônico:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p93.pdf

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais. Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes.** Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Motivação das decisões jurídica e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC.** Revista do Advogado, v. 126, p. 169-174, 2015.

_____. **Cultura no Processo e Otimização do Poder Judiciário** *in* Processo e Ideologia. Coordenação Adriano Cesar Braz Caleira. São Paulo: Ltr Editora Ltda., 2015, p. 143-147.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck.** São Paulo: Livraria do advogado, 2012.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents. A comparative study.** New York: Routledge, 2016.

MAGRA, Salvatore. **Giusto processo e dovere di collaborazione fra le parti. Il ruolo sostanziale del dovere di collaborazione delle parti nel processo civile e i rapporti com il principio del giusto processo** *in* Cammino Diritto, rivista di informazione giuridica, publicação de 30 de dezembro de 2015.

MAITLAND, Frederic William. **Henry II and the Criminous Clerks.** The English Historical Review, v. 7, n. 26, p. 224-234, 1892.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes. Natureza, eficácia, operacionalidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Teoria Geral do Processo.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil** in Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, nº 49, p. 11-58.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito Brasileiro.** Editora Quartier Latin, 2003.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. ***Ius commune* (Direito Comum)** in Juris Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, V. 12, 2006-2007, p. 95-108.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **Direito Constitucional comparado. Breves aspectos epistemológicos.** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, V. 47, nº 188 (out/dez de 2010), p. 313-332. Texto acessado em 18.8.2019, às 12:47 por meio do seguinte endereço eletrônico:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. **Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica** in Revista de Conflitos e Controle Social, V. 5, nº 3, Jul./Ago./Set. de 2012, p. 447-482.

MERRYMAN, John *apud* MEZEY, Susan Gluck. **Civil law and common law traditions: Judicial review and legislative supremacy in West Germany and Canada**. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 32, n. 3, 1983, p. 689-707.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo. O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo**. Tese de doutoramento perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, defendida em 2007.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, n. 225, 2013.

_____. **Precedente. Da Persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. *in* Revista da EMERJ, n.2, n.8, 1999, p. 42-53.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento sob orientação do Dr. José Ignacio Botelho de Mesquita cujo título foi concedido em 2012 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formação de precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro** *in* O processo civil no Estado Constitucional. Coordenação Daniel Mitidiero. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 263-319.

MOUSOURAKIS, George. **Roman law and the origins of the civil law tradition.** Berlin: Springer, 2015

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NEGRÃO, Theotônio. **Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Orlando Faccini. **Elementos de uma teoria da decisão judicial. Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito.** Livraria do advogado, 2011.

NUNES, Dierle. **Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes.** *in* A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. Coordenação: Dierle Nunes, Fernando Gonzaga Jayme, Aluisio Mendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 305-361.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. **A discricionariedade administrativa: considerações sobre limite e possibilidade de controle** *in* Revista Jurídica do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, DGCOM-DECCO, edição nº 18, 2019, p. 8-55.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Equidade e Discricionariedade no Processo Civil Brasileiro** *in* Processo e Ideologia. Coordenação: Adriano Cesar Braz Caleira. São Paulo: Ltr Editora Ltda., 2015, p. 148-156.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. **Aspectos da tradição do common law necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais.** *in* A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. Coordenação: Dierle Nunes, Fernando Gonzaga Jayme, Aluisio Mendes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 271-303.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez**, acessado em 26.5.2019, às 21:07 in <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>, p. 169-194.

PAGANI DE SOUZA, André; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto; SIMARDI FERNANDES, Luís Eduardo; DELLORE, Luis. **Teoria geral do processo contemporâneo**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

PAREYSON, Luigi. **Verdade e Interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

POUSADA, Estevan Lo Ré. **A recepção do direito romano nas universidades: glosadores e comentadores** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Volume 106-107, jan/dez. 2011-2012, p. 109-117.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira. Interpretação de aplicação do novo Código de Processo Civil**. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo** in Direito Processual Constitucional, Coordenação José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonício e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason**. New York: Oxford, 2009.

RE, Eduard D. **Strare decisis**. Brasília: Revista de informação legislativa, v. 31, nº 122 (mai./jun. 1994), p. 281-287.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

REGLA, Josep Agiló. **Teoria geral das Fontes do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2004.

REGO, Frederico Montedonio. **A dimensão democrática do dever de motivação das decisões judiciais: o novo Código de Processo Civil como concretização da Constituição de 1988** *in* Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 14, jan/jun de 2016, n. 4/, p. 177-206

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. *in* Direito jurisprudencial. Coordenadora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-201.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. **La motivación de las Resoluciones Judiciales**. Madri: Marcial Pons, 2011.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. London: Jarvard University Press, 2015.

SCELEDER, Adriana Fasolo Pilati. **Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro** *in* Revista Eletrônica Direito e Política de Itajaí, Volume 10, nº 3, p. 2.079-2.111.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SENA, Adriana Goulart de. **Formas de resolução de conflito e acesso à justiça**, acessado em 19.5.2017, às 16:42 in

http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf

SILVA, Ana de Lourdes Coutinha. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

SLAIB FILHO, Nagib. **Sentença civil (fundamentos e técnica)**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Editora Marcial Pons, 2013.

_____. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. **La motivación de la sentencia civil. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello**. Madrid: Trotta, 2011.

_____. **Precedente e jurisprudência** in Revista de Processo, vol. 199, set/2011.

VIEIRA, Vera Lúcia. **As constituições burguesas e seus limites contrarrevolucionários** in Projeto História: revista do programa de estudos pós-graduados de história. São Paulo, jun. 2005, p. 99-126.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil. Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WRÒBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais.**
Campinas: Millennium, 2004.0