

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILLIAM SOARES PUGLIESE

**A *RATIO* DA JURISPRUDÊNCIA: COERÊNCIA,
INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E UNIFORMIDADE**

CURITIBA

2016

WILLIAM SOARES PUGLIESE

**A *RATIO* DA JURISPRUDÊNCIA: COERÊNCIA,
INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E UNIFORMIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, Área de concentração: Direitos Humanos e Democracia.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki
Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

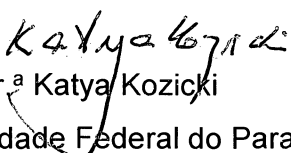
2016

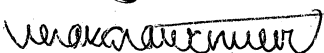
TERMO DE APROVAÇÃO


WILLIAM SOARES PUGLIESE

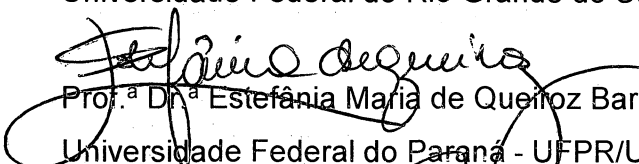
A *RATIO* DA JURISPRUDÊNCIA: COERÊNCIA,
INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E UNIFORMIDADE

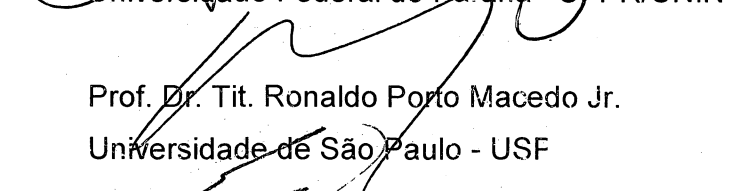
Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

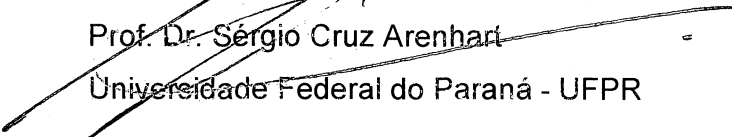
Orientadora: 
Prof.ª Dr.ª Katya Kozicki
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Coorientadora: Prof.ª Dr.ª Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. Daniel Mitidieri
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS


Prof.ª Dr.ª Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Universidade Federal do Paraná - UFPR/UNINTER


Prof. Dr. Tit. Ronaldo Porto Macedo Jr.
Universidade de São Paulo - USF


Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 08 de agosto de 2016.

*Para Marília,
pelo passado, presente e futuro.*

AGRADECIMENTOS

Dos caminhos que levaram à conclusão desta tese e do curso de doutorado em Direito, meus mais sinceros agradecimentos são devidos, em primeiro lugar, a cinco mulheres.

Marília, a quem dedico este trabalho, é minha fonte de alegria e inspiração. Há muito tempo prometi que por ela procuraria ser melhor a cada dia. Nossa jornada, com mestrados e doutorados concomitantes, só foi possível porque temos um ao outro. Foram nas cartas de Dylan Thomas que encontrei a descrição de um sentimento semelhante ao que nos une: "*I suppose [love in] soul means that I can hear you and see you and love you in every single, single thing in the whole world asleep or awake*". Obrigado, Marília, pois é estar ao seu lado que me incentiva e me faz ir cada vez mais longe, com integridade e coerência. Obrigado, também, por trazer para a nossa casa a pequena Ônix.

Felizmente, o passar do tempo me ajudou a corrigir erros atribuíveis, em grande parte, à imaturidade. Ainda na graduação, fui aluno das Professoras Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri, mas infelizmente não aproveitei essa oportunidade com a dedicação que lhes era devida. Ou melhor, o encontro *aconteceu antes de acontecer*. Quis o tempo que minha vida acadêmica se iniciasse pelo Direito Processual. Por sorte, destino, ou simplesmente porque era para ser, reencontrei as Professoras Katya e Vera no mestrado e nesta oportunidade vi o quanto a Teoria do Direito e o Direito Constitucional eram essenciais para o estudo da jurisdição.

À Professora Vera, em especial ao discutir a tensão entre constitucionalismo e democracia, mostrou a um processualista a riqueza e os desafios do direito como interpretação. Foi a partir de suas aulas que brotaram as primeiras ideias que resultaram nesta tese.

Nos primeiros dias em que pensei em prestar a seleção para o doutorado resolvi buscar inspiração no prédio histórico da Praça Santos Andrade. Naquele dia, uma única professora também estava lá e, ao invés de

inspiração, encontrei orientação: a Professora Katya deu-me um norte e a confiança para um novo trabalho. O mais importante é que a orientação não acabou na hora que começou: ao longo de quatro anos tive seu apoio integral. Todas as dúvidas, todas as ideias, todos os projetos foram pensados e debatidos.

Com as Professoras Katya e Vera tive a oportunidade de ir a congressos, de participar ativamente do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da UFPR e, mais do que tudo isso, de conviver com duas pessoas por quem tenho profunda admiração. Para elas agradeço todos os dias e peço que tomem todas as (boas) linhas desta tese como minha homenagem.

Falta, ainda, agradecer as minhas sócias. A comunhão que tenho com Luciana Pedroso Xavier e Mara Catarina Mesquita Lopes Leite vai muito além de uma *affectio societatis*. À Luciana devo agradecer, em primeiro lugar, por me apresentar a Marília. Ainda, agradeço pela amizade, pela paciência e pelo apoio nos melhores e nos piores momentos. À Mara Catarina, agradeço pela companhia, pela experiência que compartilha todos os dias, por me receber sempre com os braços abertos e com uma palavra de carinho (mesmo quando ela é quem mais precisava). São essas as cinco mulheres a quem eu devia agradecer por primeiro. Sem elas, nada disso seria possível.

Ao meu pai, Wilde de Lima Pugliese, muito obrigado pelo tempo que vivemos. Você é meu "normativo" para as escolhas que devem ser tomadas.

O projeto acadêmico é longo e solitário. Ao mesmo tempo, ele nos faz perceber o quanto é bom encontrar os amigos. Cada minuto tem um valor inestimável. Justamente por isso agradeço a Marcelo Voss Pimpão e Rafael Eduardo Paulin, amigos para qualquer hora e para passar muito mais tempo do que consegui nos últimos anos. Ao Guilherme Brenner Lucchesi, acrescento às palavras anteriores o obrigado pelas discussões jurídicas, pelos textos que escrevemos e por ter com quem compartilhar os sonhos na carreira acadêmica. À Rosa Maria Pedroso, Sílvia Pedroso

Xavier e Maurício Ferrante, obrigado pelo carinho e pela companhia sempre positiva.

Ainda com o doutorado em curso, tive a oportunidade de prestar um concurso e um teste seletivo para professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Estas experiências me fizeram crescer, especialmente em virtude da postura dos professores que compuseram as bancas. Assim, agradeço aos Professores Eduardo Talamini, Clayton Maranhão, Estefânia Barboza, Cassio Scarpinella Bueno e Fredie Didier Jr., avaliadores do concurso de Direito Processual Civil, e Amélia Rossi, Betina Treiger Gruppenmacher e Ilton Norberto Robl Filho, avaliadores do teste seletivo de Direito Constitucional e Teoria do Estado.

À banca de qualificação da tese, composta pelos professores Ronaldo Porto Macedo Jr., Sergio Cruz Arenhart e Vera Karam de Chueiri, agradeço pelas imprescindíveis considerações e pelo tempo dedicado à leitura do trabalho.

Agradeço, ainda, aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR com quem tive o privilégio de estudar nas disciplinas do doutorado: Abili Lázaro Castro de Lima, Celso Luiz Ludwig, Cesar Antonio Serbena, Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Paulo Nalin. Aos professores Luiz Fernando Lopes Pereira, Clara Maria Roman Borges e Ana Carla Harmatiuk Matos, agradeço pela coordenação do programa. Ao meu primeiro mestre, Luiz Guilherme Marinoni, agradeço por tudo que me ensinou e pelas portas que abriu, da graduação até aqui.

Ao Rodrigo Kanayama, Roberto Del Claro e Marcelo Miguel Conrado, registro não apenas meu agradecimento, mas a alegria de ver fontes de inspiração se tornarem amigos próximos. Para Fernanda Karam de Chueiri Sanches, Juliana Pondé Fonseca, Paula Pessoa Pereira, Rogéria Dotti, Alaor Leite, André Carias de Araújo, Bruno Periolo Odahara, Emerson Luís Dal Pozzo, João Paulo Capelotti, José Arthur Castillo de Macedo, Leandro Rutano, Luiz Henrique Krassuski Fortes, Miguel Godoy, Pablo

Malheiros da Cunha Frota e Thiago Hansen, meus votos de que a amizade e as discussões acadêmicas durem toda a vida.

À Academia Brasileira de Direito Constitucional, agradeço nas pessoas de Sandro Kozikoski, pelo convite inicial, pela condução conjunta dos trabalhos e pela inspiração que é, e Luís Henrique Braga Madalena, pelo trabalho desenvolvido dia a dia.

Faço um agradecimento especial a Camila Grubert e Viviane Lemes da Rosa, sem as quais não teria o tempo necessário para a redação da tese. Estendo meus débitos a toda equipe do escritório, em especial Gisele Surkamp, Jéssica Maia Vieira, Priscilla Rosa Machado, Valéria Espíndola Correa, Adroaldo Agner Rosa Neto e Felipe Lisboa Meiler.

Pela leitura das versões preliminares da tese, pelos comentários e críticas, agradeço à Viviane Lemes da Rosa e à Marylia Alice Souza Pegorer. Ao Prof. Benedito Costa, agradeço pelos apontamentos sobre conteúdo, português e pelos votos de confiança.

Por fim, mas não sem a mesma importância, agradeço a todos os alunos e orientandos que já tive a felicidade de conhecer e que tanto me ensinaram.

A good poem is a contribution to reality. The world is never the same once a good poem has been added to it. A good poem helps to change the shape of the universe, helps to extend everyone's knowledge of himself and the world around him.

(THOMAS, 1954, p.14).

If we want to make sense of a life having meaning, we must take up the Romantic's analogy. We find it natural to say that an artist gives meaning to his raw materials and that a pianist gives fresh meaning to what he plays. We can think of living well as giving meaning – ethical meaning, if we want a name – to a life.

(DWORKIN, 2011, p. 198).

RESUMO

A presente tese tem por objetivo apresentar uma teoria para a compreensão da figura da jurisprudência no Direito brasileiro. Antes vista apenas como um conjunto desordenado de decisões judiciais, a jurisprudência ganha novo relevo, novos objetivos e novos efeitos com o Código de Processo Civil de 2015. O que o Código não faz, porém, é estabelecer a teoria que torne viável essa compreensão. Para isso, esse estudo parte da premissa de que a teoria a ser construída está no plano da argumentação jurídica, o que indica que são os fundamentos lançados nas decisões o principal elemento para se trabalhar com a jurisprudência. Em seguida, para tornar a discussão mais delimitada, diferenciam-se os conceitos de decisão judicial, precedente e jurisprudência. Neste sentido, tem-se que a jurisprudência é o conjunto dos precedentes e das decisões, de modo que as referências legislativas a este instituto dizem respeito a todo o material decisório produzido pelo Poder Judiciário. Em seguida, a tese investiga os elementos normativos elegidos pelo Código de Processo Civil como parâmetros para o desenvolvimento da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. Para tratar da coerência, conta-se com o aporte teórico de Neil MacCormick, principal marco deste estudo. Além de MacCormick, apresentam-se noções de otimização de coerência, a partir do pensamento de Amalia Amaya. A integridade é exposta a partir do pensamento de Ronald Dworkin e se traduz na demanda de que a jurisprudência não pode oferecer resultados diferentes para situações iguais. Para se tratar da estabilidade, recorre-se a diversas obras que justificam o sistema de precedentes da Common Law em ideais de previsibilidade, certeza e segurança. A uniformidade é investigada à luz da doutrina do direito internacional, que enfrenta o problema de obtenção de resultados semelhantes em jurisdições distintas. Bem delimitados esses elementos normativos, a tese caminha para o dever dos tribunais de uniformizar a jurisprudência. Neste tópico, sustenta-se que o efeito vinculante da jurisprudência existe somente nas hipóteses previstas pela Constituição, quais sejam, as decisões em controle de constitucionalidade pela via direta e súmulas vinculantes. Todas as outras hipóteses, inclusive as decisões com potencial para se tornarem precedentes, como as proferidas em casos repetitivos, possuem efeitos persuasivos, pois o papel da jurisprudência é o de atuar no convencimento por meio da fundamentação, e não de obrigar um magistrado a decidir como os tribunais. Isto também se reflete nas técnicas de uniformização de jurisprudência, cujo objetivo é a preservação dos elementos da coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. Neste sentido, defende-se que as mudanças são absolutamente possíveis, desde que as decisões sejam fundamentadas e que não exista violação da integridade e da estabilidade.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedente. Argumentação jurídica. Uniformização. Efeitos persuasivos.

ABSTRACT

This thesis aims to present a theory for understanding the concept of body of law in Brazilian law. Previously seen only as an unordered set of judgments, the law gets new relevance, new goals and new effects with the 2015 Code of Civil Procedure. What the Code does not, however, is establish a theory which enables this understanding. Therefore, this study assumes that such theory must be built in the plane of legal argumentation, which indicates that the ground set forth in decisions are the main element needed to work with the body of law. To enclose the discussion, we differentiate judicial rulings, precedents and body of law. In this sense, we state that body of law is the group of precedents and rulings, so that the legislative references to the institute concern the whole decision-making material produced by the Judiciary. The thesis then investigates the normative elements chosen by the Code of Civil Procedure as parameters for the development of the body of law: coherence, integrity, stability and uniformity. To address consistency, we count on the theoretical basis of Neil MacCormick, the main framework of this study. Aside from MacCormick, we present notions of coherence optimization based on the thought of Amalia Amaya. Integrity is presented through the writings of Ronald Dworkin and translates into the demand that a body of law cannot provide different results for the same situations. To deal with stability, we resort to various works that justify the common law system of precedents as ideals of predictability, certainty and security. Uniformity is investigated in the light of International Law literature, which faces the problem of obtaining similar results in different jurisdictions. Once these normative elements are well defined, the thesis trails towards the duty of the courts to standardize the body of law. In this topic, we argue that the binding effect of body of law exists only in the cases stipulated by the Brazilian Constitution, namely, decisions on concentrated judicial review and binding statements ("súmula vinculante"). All other cases, including decisions with the potential to become precedents, as given in repetitive cases, have persuasive effect because the role of the body of law is to act in convincing through the reasons for judgment, and not to force a judge to decide as the courts do. This is also reflected in the techniques for standardization of the body of law, whose aim is to preserve the elements of coherence, integrity, stability and uniformity. In this sense, we argue that changes are absolutely possible, provided that the decisions are well grounded and that there is no violation of integrity and stability.

Keywords: Body of Law; Precedent; Legal argumentation; Standardization; Persuasive effects.

RIASSUNTO

La presente tesi ha per scopo presentare una teoria per la comprensione della figura della giurisprudenza nel Diritto brasiliano. Prima vista soltanto come un insieme non ordinato delle decisioni giudiziarie, la giurisprudenza guadagna un nuovo rilievo, nuovi obiettivi e nuovi effetti con il Codice di Procedura Civile del 2015. Quello che il Codice non lo fa, però, è stabilire la teoria che renda possibile questa comprensione. Perciò, questo studio parte dalla premessa che la teoria da costruire è sul piano dell'argomentazione giuridica, questo indica che sono i fondamenti posti nelle decisioni l'elemento principale per lavorarsi con la giurisprudenza. In seguito, per rendere la discussione più delimitata, si differenziano i concetti di decisione giudiziale, precedente e giurisprudenza. In questo senso, si osserva che la giurisprudenza è l'insieme dei precedenti e delle decisioni, in modo che i riferimenti legislativi a questo istituto riguardano a tutto il materiale decisionale prodotto dal Poder Giudiziario. Poi la tesi indaga gli elementi normativi scelti dal Codice di Procedura Civile come parametri per lo sviluppo della giurisprudenza: la coerenza, l'integrità, la stabilità e l'uniformità. Per affrontare la coerenza, si conta sull'apporto teorico di Neil MacCormick, principale marchio di questo studio. Oltre MacCormick, si presentano nozioni di ottimizzazione di coerenza, dal pensiero di Amalia Amaya. L'integrità è esposta dal pensiero di Ronald Dworkin e si traduce nella domanda che la giurisprudenza non può fornire risultati diversi per le stesse situazioni. Per affrontare la stabilità, si ricorre a varie opere che giustificano il sistema di precedenti della Common Law in ideali di prevedibilità, certezza e sicurezza. L'uniformità è indagata alla luce della dottrina del diritto internazionale, che affronta il problema di ottenere risultati simili in giurisdizioni diverse. Questi elementi normativi ben definiti, la tesi si avvia verso il dovere dei tribunali di standardizzare la giurisprudenza. In questo punto, si sostiene che l'effetto vincolante della giurisprudenza vi è solo nei casi previsti dalla Costituzione, vale a dire, le decisioni sul controllo di costituzionalità tramite la via diretta e disposizioni vincolanti. Tutte le altre ipotesi, comprese le decisioni con il potenziale per diventare precedenti, come quelle proferite nei casi ripetitivi, hanno effetti persuasivi, perché il ruolo della giurisprudenza è quello di agire alla convinzione per mezzo della fondatezza, e non per obbligare un magistrato a decidere come i tribunali. Ciò si riflette anche nella standardizzazione di giurisprudenza, il cui scopo è la preservazione degli elementi della coerenza, integrità, stabilità e uniformità. In questo senso, si sostiene che le modifiche sono assolutamente possibili, a condizione che le decisioni siano fondate e che non vi sia violazione dell'integrità e della stabilità.

Parole chiave: Giurisprudenza. Precedente. Argomentazione giuridica. Standardizzazione. Effetti persuasivi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 - JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E DECISÃO	
JUDICIAL	23
1.1 JURISDIÇÃO, SOLUÇÃO DE CASOS e TEORIA DO DIREITO	26
1.2 CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS	33
1.3 CONCEITO E CONCEPÇÕES	41
1.4 DECISÃO JUDICIAL: DE TÉCNICA PROCESSUAL A VETOR DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	45
1.5 PRECEDENTE	53
1.6 PRECEDENTE E PRECEDENTES: O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NOS TRIBUNAIS EM DIREÇÃO À JURISPRUDÊNCIA	67
1.7 JURISPRUDÊNCIA	70
1.8 O PROBLEMA E A HIPÓTESE: A INSUFICIÊNCIA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA UM EFETIVO RESPEITO À JURISPRUDÊNCIA....	75
CAPÍTULO 2 - UNIFORMIDADE, ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA	81
2.1 O DIREITO COMO FATO INSTITUCIONAL: NOÇÕES DA TEORIA DO DIREITO DE NEIL MACCORMICK	86
2.2 DA COERÇÃO DA JUSTIÇA FORMAL À UNIVERSALIDADE	94
2.3 JUSTIFICAÇÕES DE SEGUNDA ORDEM E A DELIMITAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS	102
2.4 COERÊNCIA E COESÃO.....	107
2.5 OTIMIZAÇÃO DA COERÊNCIA	120
2.6 A INTEGRIDADE COMO VIRTUDE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	130
2.7 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO PENSAMENTO DE DWORKIN	135
2.8 INTEGRIDADE E INTEGRIDADE NO DIREITO PARA RONALD DWORKIN	141
2.9 INTEGRIDADE DA JURISPRUDÊNCIA, DOS PRECEDENTES E DAS DECISÕES	147
2.10 A CAMINHO DA ESTABILIDADE: FUNDAMENTOS DA <i>COMMON</i> <i>LAW</i> E A ORIGEM DA DOCTRINA DOS PRECEDENTES.....	151

2.11	PARÂMETROS DE JULGAMENTO NO DIREITO ANGLO-SAXÃO	157
2.12	AS FUNÇÕES DOS PRECEDENTES E DO <i>STARE DECISIS</i>	165
2.13	ESTABILIDADE DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA PELO <i>STARE DECISIS</i>	173
2.14	UNIFORMIDADE	180
2.15	CONCLUSÃO PARCIAL.....	192
	CAPÍTULO 3 - EFEITOS VINCULANTES, PERSUASIVOS E TÉCNICAS PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	196
3.1	SUPERAÇÃO DA CRÍTICA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	197
3.2	EFEITO VINCULANTE	213
3.3	AS SÚMULAS, SEUS EFEITOS E SUAS EXCEÇÕES.....	222
3.4	EFEITO PERSUASIVO: ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA, DEMANDAS REPETITIVAS, RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULAS	237
3.5	EFEITO PERSUASIVO E TÉCNICAS DE ECONOMIA PROCESSUAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	258
3.6	UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA	262
3.7	UNIFORMIZAÇÃO DE PRECEDENTES INCOMPATÍVEIS: COERÊNCIA E INTEGRIDADE.....	275
3.8	UNIFORMIZAÇÃO E TEMPO: MUDANÇA COM ESTABILIDADE E INTEGRIDADE	279
	CONCLUSÃO	283
	REFERÊNCIAS	290

INTRODUÇÃO

Importa como os juízes decidem os casos. Foi com essa afirmação que Ronald Dworkin abriu seu "Império do Direito", originalmente publicado em 1986,¹ em capítulo cuidadosamente denominado "O que é o Direito?"². Esta simples relação entre o conceito de Direito e as decisões tomadas por aqueles responsáveis por aplicá-lo é representativa do tema abordado nesta tese. Em uma linha semelhante, Neil MacCormick, em seu "Institutions of Law", obra de 2007 em que o autor apresenta sua concepção sobre o Direito, não tarda a reconhecer que o Direito a ser aplicado é, necessariamente, o Direito como as cortes o interpretam.³ Saber como os tribunais compreendem determinados casos significa, portanto, conhecer como o Direito se predica para a solução desses casos.

Evidentemente, Dworkin não foi pioneiro ao apontar essa relação⁴, nem o foi MacCormick. Esta tese se inicia com a citação desses dois autores para marcar os principais marcos teóricos que pautarão as discussões ao longo de seus três Capítulos. Deve-se destacar, porém, que o papel dos magistrados em declarar ou dizer o Direito há muito já era discutido e enfrentado pela doutrina – tanto a histórica, como nos estudos sobre a *jurisdictio* romana, quanto em análises contemporâneas, voltadas para o Direito produzido pelo Estado Moderno. Nesta linha, em especial, uma série de autores flerta com o tema. Em 1897, Oliver Wendell Holmes, um dos responsáveis por desenhar o debate da Teoria do Direito norte-americana do século XX⁵, deu início a seu clássico ensaio "The Path of the Law" sustentando que o objeto de estudo do Direito é a predição da incidência da força pública pela via instrumental das cortes.⁶

¹ Tradução livre de: "*It matters how judges decide cases.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.1).

² "*What is Law?*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.1).

³ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.57.

⁴ O pioneirismo de Dworkin, como será exposto adiante, está relacionado à metodologia empregada para expor o que é o Direito. Esta introdução, porém, não é o espaço para essa discussão, que será retomada no Capítulo 2.

⁵ Sobre o tema, ver: DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1995. p.9-64.

⁶ "*The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.*" (HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.10, n.8, p.457, 1987. Há edição comemorativa publicada em formato de livro: HOLMES, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Bedford: Applewood Books, 2006).

No centro de seus estudos, portanto, estava a possibilidade de prever o que o Poder Judiciário decidiria.

Ao longo do século XX, marcado pelo positivismo jurídico, a questão da aplicação do direito pelos tribunais foi reduzida à afirmação da discricionariedade judicial, especialmente nos países da tradição continental europeia, ou *Civil Law*, muito pela força da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.⁷ Essa autonomia que permitia aos magistrados escolher a solução para um determinado caso dentre as opções legais disponíveis na moldura estabelecida pelas normas era intrínseca à atividade jurisdicional. De toda forma, a interpretação e a fundamentação judicial que explicasse a interpretação era, de certo modo, algo secundário, a ser tratado apenas à luz do critério da validade. Apesar da decisão judicial ser o ato "autêntico" que aplicaria o Direito, sua justificação não era o ponto central das obras positivistas.

Ao lado do positivismo, outro elemento que servia para a dispensa do papel do magistrado na *Civil Law* era a codificação. Concebida com o propósito de oferecer certeza e segurança, a ideia dos Códigos era a de se antecipar a todas as situações jurídicas e estabelecer regras claras para sanar qualquer problema, com o respaldo do Poder Legislativo.⁸ Não havia porque o juiz fazer parte dessa interlocução: seu papel era apenas o de avaliar os fatos de um caso, depreender as regras válidas e aplicáveis àquela situação, e com isso apresentar a solução às partes.

Este cenário começa a se alterar quando se identificam, nos ordenamentos jurídicos de *Civil Law*, as chamadas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, os quais demandam do intérprete uma atividade que vai além da simples constatação da incidência de uma norma sobre um fato.⁹ Mais do que a mera presença de dispositivos desta espécie, fato é que alguns dos principais enunciados normativos das constituições passaram a conter dispositivos elaborados com esta técnica. Direitos fundamentais como a igualdade, a liberdade, a propriedade e sua função social não resolvem casos individuais; ao contrário, destinam-se a toda uma comunidade jurídica e se aplicam de acordo com cada situação. Ao se identificar a presença de dispositivos como esses, parte da doutrina passa a observar que o

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁸ Sobre a codificação, ver a posição crítica de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v.94, p. 3-12, 1999.

⁹ Sobre o tema, ver: ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Direito não se restringe a um aspecto de aplicação de normas, mas também contém um elemento de intencionalidade pelo qual ele será interpretado.

Essas normas que pressupõem interpretação para serem compreendidas e que, para o positivismo, conferem amplo espaço de discricionariedade aos magistrados passam a ser revistas pela doutrina. Em grande parte inspirados pelo Conceito de Direito de Herbert Hart, de 1961¹⁰, e de seu diálogo com a filosofia da linguagem, os estudos de Dworkin e MacCormick decorrem da identificação de que os magistrados são uma figura central para o Direito e que a forma como eles decidem os casos importa. Note-se que o "como" os casos são decididos não se refere apenas ao resultado, mas aos fundamentos utilizados para se chegar à decisão. Registre-se, ainda, que um dos recursos para se demonstrar esse rompimento com o positivismo foi a proposta dos autores citados, e de outros como Robert Alexy¹¹, de distinguir duas espécies de normas: as regras e os princípios. Estes últimos, especialmente, seriam marcados pelo conteúdo valorativo e abririam maior espaço para a interpretação por parte do Poder Judiciário. O Direito se volta, com isso, ao tema da argumentação jurídica como elemento central de fundamentação das decisões judiciais.

Ao se ampliar a margem de interpretação dos magistrados, ampliam-se o número de resultados possíveis de um determinado julgamento. Há, com isso, uma redução qualitativa nos elementos de certeza e segurança. A resposta quase universal para reduzir a imprevisibilidade das decisões foi recorrer às próprias decisões dos tribunais como fontes de orientação e de delimitação do sentido das normas.¹² Com isso, muitos países da tradição civilista reconheceram, explícita ou tacitamente, o papel das decisões judiciais como um agente responsável por orientar e direcionar a interpretação dos enunciados normativos dos ordenamentos jurídicos. Sem retirar a importância e a prevalência da lei, a jurisprudência e os precedentes conquistaram seu espaço para além das colônias inglesas, fazendo com que o estudo de particularidades da *Common Law* se disseminasse.

Este panorama permite que se lance um olhar específico para o Brasil. Apesar de os tribunais superiores terem, nas últimas décadas, assumido a função

¹⁰ HART, Herbert L. A. **The concept of Law**. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Edição original alemã, 1978).

¹² MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

constitucionalmente atribuída de uniformização da interpretação da Constituição e das leis federais, o respeito às decisões tardou para ser reconhecido como um tema relevante. Um dos motivos que se pode cogitar foi o baixo grau de respeito dos próprios tribunais com seus entendimentos firmados, uma vez que se tornou comum, no Brasil, encontrar decisões em sentidos diametralmente opostos proferidas em um curto espaço de tempo, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹³ Seria possível se cogitar de uma série de outras razões, como o enraizamento da discricionariedade nas teorias da decisão judicial mais conhecidas no Brasil, ou um interesse em preservar a incerteza para a solução de casos específicos.¹⁴ Fato é que essas razões, quaisquer que sejam, cedem seu lugar por conta da constatação da doutrina e da legislação de que a jurisprudência e os precedentes por ela firmados devem ser considerados pelas decisões judiciais futuras. A consolidação dessa mudança de perspectiva ocorre com o Código de Processo Civil de 2015, que carrega em dezenas de dispositivos remissões a jurisprudência, a precedentes, a entendimentos dos tribunais e a súmulas.

Se a doutrina já sustentava a necessidade de se seguir precedentes por razões de certeza, segurança e igualdade, a legislação passa a exigir que os magistrados considerem, em suas decisões, os precedentes aplicáveis sobre casos semelhantes. Mais do que isso, a legislação construiu uma racionalidade própria para a utilização da teoria dos precedentes, com a atribuição de efeitos aparentemente vinculantes a determinadas decisões, como o julgamento de casos repetitivos e as proferidas em assunção de competência. A questão é que, para ser possível utilizar os precedentes, as decisões devem ser fundamentadas adequadamente, pois são os argumentos da decisão que produzem efeitos sobre os demais casos, e não simplesmente o resultado declarado pelo tribunal.

Com isso, chega-se ao problema que o presente trabalho pretende enfrentar: é preciso buscar, nas teorias da argumentação jurídica, uma tese que oriente a

¹³ O caso da presunção de inocência é um exemplo bastante atual: em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal afastou a garantia de presunção de inocência nos recursos extraordinários e especiais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.). Em julho de 2016, o Ministro Celso de Mello decidiu, monocraticamente, no sentido oposto (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135100**. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática: 01/07/2016).

¹⁴ Sobre a quem interessa o afastamento da doutrina dos precedentes, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

compreensão e a aplicação dos dispositivos recentes que tratam da vinculação dos efeitos das decisões dos tribunais. Dentre esses dispositivos, tem-se como ponto central da tese o artigo 926, do Código de Processo Civil, que prevê que os tribunais "devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Os adjetivos utilizados neste artigo motivam a pesquisa desenvolvida na medida em que são considerados como os critérios normativos que orientam os caminhos pelos quais a jurisprudência deve se desenvolver.

A partir dos parâmetros de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade, tem-se como hipótese que é possível desenvolver o Direito ao mesmo tempo em que se preservam as garantias de segurança jurídica, previsibilidade e igualdade. Da compreensão desses elementos torna-se possível enfrentar o tópico dos efeitos das decisões e do papel da jurisprudência e dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Observe-se, ainda, que a presente tese considera que o ponto mais relevante das decisões judiciais é a fundamentação, e não simplesmente o resultado ou o dispositivo. Por isso, a pesquisa dá enfoque à argumentação jurídica e aos efeitos persuasivos contidos nas decisões.

Estas afirmações permitem a delimitação do trabalho. A presente tese não se circunscreve exclusivamente ao Direito Processual Civil, pois não se destina à exposição de procedimentos estabelecidos pelo Código de Processo Civil. Outro tema que não será explorado na tese é a qualidade da jurisprudência, ou dos precedentes, como fonte do Direito. Trata-se de discussão certamente enriquecedora, mas que não se insere no núcleo dos temas aqui tratados. Como o próprio Direito é um conceito que admite interpretação, seriam inúmeras as respostas possíveis para essa questão. De qualquer modo, concluir se a jurisprudência é ou não uma fonte formal não gera repercussão sobre o dever dos tribunais de uniformizá-la e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Além disso, deve-se salientar que a tese não se aprofunda nas discussões sobre a identificação da *ratio decidendi* nos acórdãos brasileiros. Trata-se de tema que tem sido objeto de debate doutrinário, especialmente pelo *stilus curiae* adotado no processo brasileiro que permite que cada julgador ofereça suas próprias razões sobre um determinado julgamento, prevalecendo o resultado que tiver mais votos, sem que efetivamente exista uma adequação dos motivos determinantes da

decisão.¹⁵ Este assunto exigiria o desenvolvimento de uma tese própria que poderia, eventualmente, partir das conclusões estabelecidas neste trabalho, mas que com ele não se confunde.

O que o presente trabalho efetivamente analisa é o tema da decisão judicial à luz da Teoria do Direito e da argumentação jurídica. Fonte formal do Direito ou não, fato é que a jurisprudência oferece argumentos que devem ser considerados pelos magistrados ao proferir novas decisões, conforme o disposto pelo artigo 489, § 1.º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil. Apresenta-se, por isso, uma teoria que permite a análise da jurisprudência e dos precedentes e sua aplicação para os casos futuros, sempre atenta às exigências legais de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. A tese se traduz, assim, na proposta de interpretação normativa do *caput* do artigo 926, do Código de Processo Civil, e na compreensão dos efeitos que dela decorrem.

Para realizar o objetivo proposto, o trabalho parte de uma análise da função jurisdicional brasileira e de sua atuação para a solução de casos fáceis e difíceis. Demonstra-se, no início do Capítulo 1, que o Poder Judiciário faz mais do que simplesmente identificar soluções de casos por dedução. Na realidade, sempre há a necessidade de o magistrado interpretar o Direito, especialmente nos casos em que não há uma regra que solucione a situação com clareza. Este é o pano de fundo da tese, pois não há razão em prosseguir se a atividade judicial for meramente a de identificar a regra aplicável a um determinado caso.

O Capítulo 1 prossegue com a exposição dos conceitos basilares para a tese: decisão judicial, precedente e jurisprudência. Nesta oportunidade, preenchem-se os conceitos com considerações particulares pelas quais a tese apresenta suas concepções de tais conceitos. Essa exposição também tem como objetivo demonstrar as dificuldades inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro para a utilização dos conceitos examinados. Justamente por conta das questões que se depreendem dessas definições é que o capítulo se encerra com uma exposição do problema e da hipótese da tese: o Código de Processo Civil, por si só, é insuficiente para que se

¹⁵ Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

implemente um sistema que considere a jurisprudência como um argumento relevante para as decisões futuras.

O Capítulo 2 dissecar o artigo 926, do Código de Processo Civil, à luz da Teoria do Direito. Para tanto, apresenta-se a teoria institucional do Direito de Neil MacCormick como premissa para a compreensão das figuras de coesão, coerência narrativa e coerência normativa do autor. Ao lado da coerência, essa exposição também trata do necessário aspecto de universalidade que as decisões judiciais devem possuir, pela ótica de MacCormick. Uma vez compreendidas as noções de coerência do autor escocês, a tese também analisa as propostas de otimização de coerência, sintetizadas por Amalia Amaya, com a intenção de se demonstrar que é possível aprimorar a qualidade das decisões judiciais por uma série de caminhos – todos eles, em tese, aumentam a coerência dos argumentos e atendem a exigência do legislador brasileiro.

O segundo parâmetro analisado no Capítulo 2 é a integridade. A exposição se inicia com uma visão da integridade como virtude individual. Em seguida, a tese ingressa na exposição do pensamento de Ronald Dworkin, cuja Teoria do Direito está intrinsecamente ligada ao que denomina de Direito como Integridade. A tese observa que, se a coerência está voltada à qualidade interna da decisão e dos argumentos nela utilizados, a integridade também lança seus olhos para a convivência de uma decisão com as demais, com o objetivo de evitar decisões contraditórias, para casos iguais, em um mesmo ordenamento jurídico.

O Capítulo 2 ainda examina os dois últimos parâmetros normativos estabelecidos pelo artigo 926. Para examinar o significado da estabilidade a pesquisa recorre às diversas justificações da teoria dos precedentes oriundas da *Common Law*. Observa-se, nessa análise, que a proteção da segurança jurídica, da certeza e da igualdade ao jurisdicionado é um ponto comum entre as diversas funções assumidas pelos precedentes. Outro ponto comum é a preocupação da doutrina em afastar o argumento de que, pelos precedentes, tais ideais somente são alcançados pelo engessamento do desenvolvimento do Direito. Ao contrário, a estabilidade permite que se trate o Direito como um objeto mutável, mas que ao mesmo tempo sejam respeitadas as garantias intrínsecas à previsibilidade. Ao exigir estabilidade, portanto, o Código de Processo Civil exige a observação de critérios para a alteração da jurisprudência ao longo do tempo.

A análise do elemento de uniformidade tem o condão de fechamento do Capítulo 2. O tema é apreciado sob dois aspectos: o primeiro considera a uniformidade como um parâmetro próprio e independente dos demais, o que se faz a partir da doutrina do Direito Internacional; por outro lado, a uniformidade também deve ser considerada sob o ponto de vista estabelecido pelo Código de Processo Civil, ou seja, como um dever e um objetivo dos tribunais brasileiros.

Este segundo aspecto da uniformidade pressupõe uma série de atos por parte das Cortes para que seja alcançado. Assim, existem técnicas pelas quais o Poder Judiciário pode se utilizar para produzir uma jurisprudência uniforme e, ao mesmo tempo, estável, íntegra e coerente. É este o tema do Capítulo 3. Seu primeiro item, porém, parte das críticas desenvolvidas ao Código de Processo Civil por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que apontam como inconstitucionais os dispositivos que conferem efeitos vinculantes à jurisprudência por violação à separação de poderes. A tese reconhece parte da crítica, uma vez que a produção de efeitos vinculantes depende de previsão constitucional. Mais do que isso, o Capítulo 3 procura definir o que é o referido efeito vinculante, presente nas decisões de controle de constitucionalidade pela via direta e nas súmulas vinculantes.

Em seguida, o Capítulo 3 examina o efeito produzido pelas demais decisões e, em especial, pelos precedentes – que no conjunto formam a jurisprudência brasileira – ao qual se empresta o nome de efeito persuasivo. A denominação se justifica porque todo o material produzido pelas Cortes que não possui efeito vinculante tem como principal aspecto a qualidade e a coerência dos argumentos jurídicos de sua fundamentação. Em outras palavras, as decisões devem ser fundamentadas de modo a convencer os demais magistrados de que a solução para determinado caso estava correta. Caso o juiz não se convença, há a opção de apresentar uma solução diversa e melhor fundamentada, como permite o artigo 489, § 1º, inciso VI. Teoricamente, este tópico se sustenta na noção de derrotabilidade, conforme compreendida por Neil MacCormick.

A possibilidade de superação dos entendimentos pode gerar uma falta de integridade na jurisprudência. É justamente neste ponto que se retoma o dever de uniformização, pois os tribunais superiores deverão apreciar as decisões e a fundamentação nelas contidas em um processo permanente de revisão e aprimoramento do Direito. Neste tópico também se ressalta a preocupação com a estabilidade, no

sentido de que essas alterações não ocorram de forma frívola nem que desrespeitem os entendimentos anteriores sobre os quais se desenvolveram atos e negócios jurídicos.

A proposta aqui desenvolvida, portanto, tem como objetivo desenvolver uma teoria que compatibilize os dispositivos do Código de Processo Civil com a natureza argumentativa e interpretativa da jurisprudência e dos precedentes. Ao mesmo tempo, procura-se não descuidar dos preceitos do Estado de Direito e de suas garantias fundamentais, como a igualdade, a segurança, a ampla defesa e o contraditório. De fato, importa como os juízes decidem os casos. Importa como eles decidiram os casos no passado, como decidem hoje e como decidirão no futuro. É o que se pretende expor nas páginas que seguem.

CAPÍTULO 1

JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E DECISÃO JUDICIAL

Após anos de discussões e de processo legislativo, foi aprovado e sancionado o novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Com entrada em vigor prevista para o dia 18 de março de 2016¹⁶, o Código reflete o interesse de juristas e do Poder Legislativo em promover alterações substanciais no processo civil brasileiro.¹⁷ A maioria dessas alterações decorre da constatação de insuficiências e impossibilidades do processo atual, como por exemplo o excessivo tempo de tramitação dos feitos, a busca por um sistema de cooperação processual e a constatação da importância da mediação e da arbitragem.¹⁸ Essas mudanças implicam revisão do procedimento, de prazos e ampliam a autonomia das partes no plano processual.

Há, porém, uma inovação legal, implementada pelo novo Código de Processo Civil por um conjunto de artigos, que ultrapassa os limites do procedimento e se volta à atividade jurisdicional de decisão. Partindo da discussão prévia sobre a força e a obrigatoriedade das decisões, e da necessidade de se respeitar os entendimentos dos Tribunais Superiores, a legislação consolidou os efeitos vinculantes e persuasivos das decisões judiciais. De um ponto de vista inicial e, por enquanto, pouco técnico, é

¹⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.2233; DEL CLARO, Roberto Benghi. Livro complementar: disposições finais e transitórias. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1426-1432.

¹⁷ São diversos os materiais que atestam os principais motivos que conduziram a elaboração do Código. Aponta-se, como fontes oficiais, a exposição de motivos (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010) e as Atas das Reuniões da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto (BRASIL. Ata da 1.ª Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.3, p.542-611, 03 fev. 2010; BRASIL. Ata da 2.ª Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.26, p.6506-6587, 10 mar. 2010; BRASIL. Ata da 3.ª Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.38, p.9681-9746, 26 mar. 2010; BRASIL. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.70, p.20703-21437, 14 maio 2010.

¹⁸ Sobre o tema, THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

dizer que o novo Código de Processo Civil consagrou a teoria dos precedentes no direito brasileiro.

Evidentemente, os dispositivos do novo Código de Processo Civil interessam a processualistas, advogados e magistrados, mas também despertam o interesse da Teoria do Direito. Neste âmbito, pode-se afirmar que a atribuição de efeitos persuasivos e vinculantes às decisões surte efeitos sobre a tese da convencionalidade – em uma perspectiva positivista¹⁹ – e, por consequência, ao que se considera fonte do direito no Brasil. Por outra via, o que se observa é que a exigência de tratamento dos entendimentos anteriores das Cortes, nas decisões, demanda uma apreciação do tema à luz das teorias da interpretação e da argumentação jurídicas. A presente tese seguirá o segundo caminho, examinando as decisões sob a ótica da interpretação e da argumentação.

A ausência de uma base teórica sólida para a utilização dos institutos previstos pela legislação pode gerar resultados não esperados, como uma aproximação por demais exagerada entre as funções legislativa e jurisdicional, já denunciada por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.²⁰ Por outro lado, a simples negativa da teoria dos precedentes aponta para um conhecido problema do direito brasileiro, qual seja, a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais.²¹ É preciso buscar uma teoria que considere os "precedentes" de modo a equilibrar esses dois extremos. A Jurisdição não é o Poder Legislativo, mas também não pode ser um espaço em que a sorte desempenhe um papel relevante.

Este capítulo tem início, justamente, com uma investigação do conceito e da função da Jurisdição. A explicação dos processualistas, porém, serve como ponto de partida para a análise das insuficiências do conceito, especialmente porque a definição clássica não se harmoniza com as teorias contemporâneas da argumentação

¹⁹ Sobre a tese da convencionalidade, ver, dentre outros, HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.125-165.

²⁰ Ao comentar o art. 927, do novo Código, os autores sustentam que, ao estabelecer efeitos vinculantes às decisões previstas pela legislação, a decisão judicial assume a mesma roupagem da lei: "[t]rata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei." (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837).

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Outrossim, para uma visão crítica da atuação dos magistrados e dos problemas decorrentes da interpretação, ver: GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

jurídica e da adjudicação. Por conta disso, ainda no primeiro item, compara-se a teoria da jurisdição com a descrição da atividade judicial em casos fáceis e difíceis, especialmente pela ótica de Neil MacCormick e Ronald Dworkin. Esta incursão pretende demonstrar de modo mais claro o problema a ser enfrentado ao longo do trabalho: a inexistência de uma teoria que concilie os efeitos que o novo Código de Processo Civil confere às decisões e os limites do Poder Judiciário como "legislador", no sentido de função competente para estabelecer regras vinculantes.²²

Os três itens seguintes do presente capítulo examinarão conceitos e, eventualmente, concepções preliminares²³ essenciais para o prosseguimento do trabalho. Assim, explica-se o que se compreende por "decisão judicial", "precedente" e "jurisprudência". Estas são as figuras centrais que pavimentam o desenvolvimento da argumentação que segue.

Por fim, o primeiro capítulo se encerra com a descrição analítica do direito positivo sobre as decisões judiciais, precedentes e jurisprudência. O problema aqui aludido será reapresentado, em termos completos, como uma eventual incompatibilidade entre a teoria dos precedentes e o tratamento legal do tema. Ao final, aponta-se para a hipótese a ser defendida: por meio da teoria da argumentação jurídica, é possível ler o texto do novo Código de Processo Civil e construir uma explicação que contemple o exercício da função jurisdicional com a produção de efeitos das decisões como precedentes. Destaca-se ao leitor, porém, que a chave para a efetividade desta hipótese não está no conceito de precedentes, mas sim na figura da jurisprudência – é isto que se defende daqui em diante.

²² Toma-se a expressão de CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

²³ Sobre o significado de conceito e concepção, "[a]s pessoas podem ter concepções diferentes de alguma coisa e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é melhor. Você observará a evidente analogia com as interpretações rivais de uma 'coisa'. No contexto das concepções, esta 'coisa' é o 'conceito' e é constituída por um nível de abstração a respeito do qual há uma concordância quanto a um conjunto distinto de ideias, e que é empregada em todas as interpretações. Uma concepção, por outro lado, incorporará certa controvérsia que, segundo Dworkin, encontra-se 'latente' no conceito." (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010, p.38).

1.1 JURISDIÇÃO, SOLUÇÃO DE CASOS E TEORIA DO DIREITO

Os processualistas italianos do século XIX afirmavam que a jurisdição moderna era marcada por um verdadeiro retorno ao conceito romano da *iurisdictio*. Para Chiovenda, este retorno deu-se sob uma perspectiva funcional²⁴, como demonstrar-se-á em seguida.

O autor italiano definiu a jurisdição como "a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva".²⁵ O objetivo do conceito elaborado pelo autor era bem delimitado: diferenciar a função jurisdicional das funções executiva e legislativa do Estado.²⁶

As diferenças entre as funções legislativa e jurisdicional são bastante simples de se apontar. Ao legislador pertence ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos. À jurisdição cabe atuar estas normas.²⁷

A distinção para a função executiva já é mais complexa e consiste no fato de que a jurisdição é uma atividade substitutiva. Explica-se: no processo de conhecimento, a atividade intelectual do juiz substitui a das partes e de todos os cidadãos, ao afirmar a vontade concreta da lei nas situações de fato. Já no processo de execução, a jurisdição substitui a atividade material devida pela atuação dos órgãos do Estado. De uma forma ou de outra, fato é que a jurisdição atua a lei em substituição a uma atividade alheia.

A função executiva, por sua vez, toma a lei como norma de conduta, de acordo com o princípio da legalidade. Em outras palavras, o administrador tem o dever de agir em conformidade com a lei; o respeito às normas é a atividade primária da função administrativa²⁸, pelo que não há substituição de atividade. A lei se destina à

²⁴ A observação é de SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.263.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.3.

²⁶ Estas três funções irradiam exclusivamente do Estado. Por este motivo, o autor não admitia a existência de nenhuma outra pessoa com poderes para aplicar a lei.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.5.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p.12.

própria administração. Na jurisdição, porém, as normas regulam atividades alheias, pelo que os dispositivos devem ser aplicados aos casos levados ao Judiciário.

Resta saber o que era, para Chiovenda, o atuar a vontade concreta da lei. Esta expressão deve ser compreendida da forma mais restritiva possível, uma vez que o juiz possuía pouca liberdade para decidir. Não se deve olvidar que a obra do autor italiano tem fortes raízes no paradigma do Estado Liberal, que pregava ao juiz o dever de apenas aplicar o texto legal. Vale dizer que "o direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos".²⁹

O poder do juiz, portanto, era mínimo. Inexistia a preocupação de relacionar a atividade jurisdicional à Constituição, uma vez que os códigos eram vistos como instrumentos completos para a regulação da sociedade. Por esta razão, Chiovenda nunca se preocupou com a cristalização de normas de acordo com os preceitos constitucionais.

Um segundo autor, contemporâneo de Chiovenda, desenvolveu uma teoria que, à primeira vista, pode revelar um âmbito maior de poder do juiz. Trata-se de Francesco Carnelutti, que afirmou que a função do juiz é a composição da lide e que, para realizar seu dever, o magistrado cria a norma individual que regula o caso concreto.³⁰ Neste sentido, a sentença possui um valor em si mesmo, ao resolver o conflito de interesses entre as partes.

Esta concepção era vista, à época, como diametralmente oposta à teoria de Chiovenda. A visão de que o juiz criava uma norma individual para as partes aparentava ter efeitos bastante diversos daquela que afirmava haver apenas uma vontade geral da lei, traduzida para um caso concreto.

O tempo, porém, demonstrou que estas duas teorias produzem resultados práticos semelhantes. Mais do que isso, revelou-se que ambas submetiam-se ao modelo de Estado Liberal, e por isso eram umbilicalmente ligadas ao princípio da supremacia da lei. Isto quer dizer que o juiz, tanto para Chiovenda quanto para Carnelutti, não cria direito ao proferir uma sentença. Pelo contrário, ele se limita a repetir a norma geral, prevista em lei, para resolver uma das questões pré-definidas pelo legislador.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.94.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, [s.d.]. p.1-67.

Não se falava, na época, em peculiaridades do caso concreto, como a igualdade material das partes, muito menos se questionava a validade ou a constitucionalidade de uma determinada lei para uma situação material. A função jurisdicional tinha uma atuação, por assim dizer, mecânica: constatava fatos e determinava as leis aplicáveis, substituindo a vontade das partes ou resolvendo a lide, de acordo com o autor que se preferia adotar. Na verdade, porém, o resultado era o mesmo: a repetição das disposições legais, sem qualquer questionamento a respeito de seus valores.

De qualquer forma, há elementos das teorias clássicas que merecem ser elogiados. As constatações de que a atividade jurisdicional é substitutiva, no sentido de eliminar a possibilidade das partes resolverem a situação por conta própria, ainda é válida. Da mesma forma, o conceito de lide, concebido por Carnelutti, ainda é muito utilizado pela doutrina processual para explicar os interesses contrapostos discutidos em um processo.

Tanto é assim que parte da doutrina mais autorizada do Direito Processual Civil brasileiro ainda se socorre das concepções de aplicação da vontade da lei e de lide para explicar a função jurisdicional. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior define jurisdição como "a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida".³¹ Outros, como Cândido Rangel Dinamarco, observam as mudanças culturais, sociais e mesmo jurídicas, mas preservam os pontos essenciais do conceito.³²

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.37.

³² "Essa é, conforme prometido, uma visão marcadamente teleológica, que propõe identificar a jurisdição segundo os objetivos que através dela o Estado busca atingir. Existe reamnete um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação paraa a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e edicação para a vida e a ação socialistas)." (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.137). Em obra com propósitos de introdução ao estudo do direito processual, o autor, em conjunto com Antonio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover adora o seguinte conceito: "é uma das funções do Estado, mediante a qual esta se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça." (CINTRA, Anonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.131).

Por outro lado, vem se desenvolvendo no Processo Civil brasileiro o argumento de que a concepção de jurisdição se altera de acordo com o contexto cultural³³ e com o modelo de Estado em que se insere.³⁴ Fredie Didier Jr., por sua vez, aponta as transformações na Teoria do Direito como a responsável pela mudança dos conceitos da Teoria do Processo.³⁵ Já Rosemiro Pereira Leal justifica a mudança de perspectiva como decurso de uma atualização da Teoria do Estado, que não é mais a figura hobbesiana do Leviatã, mas um Estado marcado pelas características de ser "Democrático de Direito".³⁶

Dentre as concepções de jurisdição contemporâneas, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o papel atual do Poder Judiciário é conferir tutela efetiva aos direitos protegidos pela Constituição e pela legislação ordinária. Mais do que isso, o direito à tutela jurisdicional é, por si só, um direito fundamental dos indivíduos, pelo que o Estado não só tem o dever de prestar assistência no sentido de proferir uma decisão de mérito, como também tem o dever de realizar os atos materiais necessários para a devida reparação ou proteção do direito violado.³⁷

Destaque-se, ainda, que o autor parte da concepção de que o legislador não tem a possibilidade de prever todas as situações de fato que serão levadas ao Judiciário. Sendo assim, admite que o juiz tem o poder-dever de construir o procedimento adequado à tutela do direito, caso a lei processual não estabeleça meios adequados para que a proteção efetiva aos direitos seja garantida.

³³ "Não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural. O conceito de jurisdição, naturalmente, não escapa à contingência histórica. Nessa linha, mostra-se possível pensar o conceito de jurisdição em duas perspectivas distintas: a primeira ligada ao Estado Legislativo, pressuposta no Código Buzaid (1973-1994). A segunda, ao Estado Constitucional, decisivo na conformação do formalismo processual do Código Reformado." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1. p.124).

³⁴ "A função jurisdicional, entendida como aquela que, no centro de poder, assume a tarefa de direimir os conflitos efetivamente instaurados na convivência social, será organizada e terá o perfil ajustado ao modelo de Estado em que se insere." (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2013. p 60).

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012. p.149 e segs.

³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.27-29.

³⁷ Ver, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Marinoni vai ainda além. Resgatando a doutrina dos princípios constitucionais, afirma que o magistrado também possui o poder-dever de conformar a lei aos ditames constitucionais.³⁸ Aqui sua teoria rompe frontalmente com as concepções clássicas.³⁹ Com essa afirmação, o autor pretende demonstrar que o poder jurisdicional não consiste na mera aplicação da lei aos casos concretos. Pelo contrário, o juiz tem o dever de verificar se, naquele caso levado ao Judiciário, as normas infraconstitucionais que regulam a situação fática não produzem um resultado avesso à Constituição.

Justifica-se, por exemplo, a possibilidade de controle concreto de constitucionalidade por qualquer juiz do território jurisdicional. Da mesma forma, afirma-se que o magistrado deve zelar pela consecução de igualdade material entre as partes, o que fundamenta uma série de exceções legais, como as regras de inversão do ônus da prova, que à época do Estado Liberal seriam impensáveis.

Para Marinoni, portanto, a jurisdição tem uma função bastante diversa, sendo ela a responsável pela proteção dos direitos fundamentais e pela conformação do ordenamento jurídico com a Constituição. Em singela comparação, pode-se dizer que os magistrados não mais atuam a vontade da lei, mas sim da Constituição. A lei deixou de ser obstáculo intransponível para a correção de desigualdades e de direitos fundamentais.

Coaduna-se à exposição de Marinoni o pensamento de Ovídio Baptista da Silva, que investiga a *iurisdictio* romana e a compara com a jurisdição moderna.⁴⁰ Para ele, o grande erro dos processualistas italianos foi comparar a figura do juiz com a do *iudex*, que apenas dizia o direito previamente estabelecido. O *iudex* não possuía poder de império, pelo que não era capaz de criar novos direitos, muito

³⁸ "Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais." (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.26).

³⁹ Além de Marinoni, outros processualistas demonstram a necessidade de se recepcionar o controle de constitucionalidade na concepção de jurisdição. Neste sentido, ver: DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012; NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

menos prover algum tipo de tutela às partes. Isto se deve ao fato de ser o *iudex* um juiz privado, destituído do poder de *dicere ius*.

Esta figura do *iudex* não se assemelha com a figura do juiz moderno, e de fato não há porque guardar essa semelhança. Afinal, o *iudex* era apenas um sujeito com poderes delegados de uma figura mais importante: o *praetor*. Este sim era dotado do verdadeiro poder de *iurisdictio*, ou de dizer o direito. Ao pretor cabia fixar a norma aplicável ao caso concreto. Como não havia sistema legal prévio, o *dicere ius* se aproximava muito mais da atividade legislativa do que da atividade jurisdicional clássica. No sentido romano, portanto, a atividade concebida como jurisdicional no séc. XIX era, na verdade, uma atividade judicial.⁴¹

É preciso fazer uma ressalva: não se pode compreender a expressão *dicere ius* com o sentido de "declarar", como fazem muitos processualistas. Ela institui um vínculo, um regime jurídico concreto às partes. Esta observação provoca a reflexão de que a atividade do pretor romano não se aproxima das funções típicas das sentenças, já que estas aplicam normas previamente editadas pelo legislador. Em síntese, o *dicere ius* possuía caráter criativo de Direito, pelo que o pretor dava sentido à situação fática por meio de fontes variadas e abertas com ampla discricionariedade; a jurisdição moderna, declara os fatos e aplica a lei.

Com olhos na concepção clássica de jurisdição, Ovídio Baptista da Silva conclui que "dizer o direito – *ius dicere* – era uma função do Pretor, hoje é função do legislador. Quem exerce a jurisdição, tal como a exercia o Pretor romano, é o Poder Legislativo. A jurisdição que nossos magistrados exercem é uma função delegada, como era a exercida pelo *iudex*".⁴²

Ao final de seu raciocínio, porém, o autor faz uma ressalva que revela a contemporaneidade de seu pensamento. Afirma que o início do século XXI tem sido marcado pela busca, ou pela retomada, do Direito Jurisprudencial. Melhor dizendo, para ele há uma busca pela equiparação do juiz com o pretor, com a atividade criativa do Direito, ou seja, com a *iurisdictio*.

⁴¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.268.

⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.279.

Deve-se ter cautela, no entanto, no sentido de que a criação judicial do Direito não pode ser geral e abstrata, tal qual o Direito produzido pelo legislador, sob pena de violação do ideal Democrático que pauta a atuação do Estado contemporâneo. Aqui, as concepções de jurisdição parecem não avançar, pois há uma vinculação excessiva com o constitucionalismo em detrimento da democracia.⁴³ Ademais, como destacou Maria Angélica Feijó, a mudança da atividade realizada pela jurisdição passa por uma alteração no que se compreende por interpretação do Direito: interpretar não é apenas revelar ou conhecer a norma, mas escolher ou revelar um sentido.⁴⁴ Este ato de escolha também deve ser justificado⁴⁵, ou seja, exige uma argumentação jurídica consistente.

O problema na definição da concepção contemporânea de jurisdição, portanto, não é restrito ao processo. Na verdade, o que se deve notar é que a dificuldade está na compreensão e na identificação das teorias de interpretação e argumentação jurídicas, cujo desenvolvimento ao longo do século XX e início do XXI tornou muito mais complexa a clássica função de "aplicar a lei".

Na verdade, essa abordagem não é propriamente nova no cenário jurídico. Ocorre que a tradição brasileira costuma outorgar o tema da jurisdição apenas ao processo, quando na verdade o assunto também deve ser investigado pela Teoria do Direito. Sobre este ponto, duas observações são relevantes. A primeira é de que o significado de "jurisdição" costuma ser mais restrito, especialmente nos países de língua inglesa, de modo que *jurisdiction* é expressão que se confunde com o que se chama, no Brasil, de competência.⁴⁶

⁴³ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n.56, p.151-176, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151>>. Acesso em: 06 fev. 2016; PUGLIESE, William S. A jurisdição entre constitucionalismo e democracia. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v.1. p.316-332.

⁴⁴ FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.148-149.

⁴⁵ "[I]nterpretar é também escolher, além de conhecer – isto é – conhecer todos os sentidos que um texto normativo pode apresentar para, depois, escolher qual deles será a norma. É uma escolha discricionária que faz parte da atividade do juiz, e que deve ser argumentativamente justificada." (FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.149).

⁴⁶ "In american terminology, this authority is called 'subject matter jurisdiction', while in other legal systems this authority is called 'competence'." (HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993. p.172).

A segunda observação é a de que o debate que no Brasil assume a roupagem de "jurisdição" tem se realizado, majoritariamente, sob a palavra-chave "adjudicação". O ensaio de William Lucy sobre "*Adjudication*"⁴⁷, que analisa o tema sem recorrer ao processo, é um dos principais retratos desta questão e será comentado no item seguinte.

Tem-se, portanto, que os temas relacionados à decisão judicial, ou à adjudicação, especialmente as questões da interpretação e da argumentação jurídicas, são essenciais para a compreensão da função jurisdicional. Justifica-se, assim, a passagem do processo para a Teoria do Direito como via imprescindível para a investigação do fenômeno da aplicação do Direito ou da resolução jurídica de casos.

Este problema pode ser bem demonstrado pela distinção entre casos fáceis e difíceis. A distinção que será exposta em primeiro lugar, porém, não é a de Ronald Dworkin, mas sim a de Neil MacCormick, por sua capacidade de demonstrar de forma mais clara as questões de interpretação e argumentação jurídicas que decorrem da análises de casos.

1.2 CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS

William Lucy afirma que a filosofia jurídica e política contemporânea se desenvolve principalmente em torno de duas questões: a racionalidade e a legitimidade dos julgamentos.⁴⁸ O motivo da discussão se resumir a esses dois pontos pode ser facilmente explicado: sem que os juízes tenham legitimidade e sem que as decisões tenham racionalidade, não há decisão válida. Quando se admite que uma decisão passará a produzir efeitos para além das partes, como decorre da teoria dos precedentes, essa questão se torna ainda mais relevante.

Sendo assim, faz-se necessário buscar, ou construir, uma teoria que explique a atividade jurisdicional como um ato racional e legítimo, capaz de resolver conflitos, tutelar direitos e expor de modo adequado o entendimento daquele que decidiu acerca do Direito.⁴⁹ Esta é, de certa forma, uma das principais preocupações de Neil

⁴⁷ LUCY, William. *Adjudication*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Osford University Press, 2002. p.206-267.

⁴⁸ LUCY, William. *Adjudication*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Osford University Press, 2002. p.208.

⁴⁹ "[A] lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica..." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.x).

MacCormick e Ronald Dworkin que, apesar de discordarem em alguns pontos, "acreditam que as condições de racionalidade e legitimidade podem ser satisfeitas pela adjudicação"⁵⁰ e que "concordam que a adjudicação é um meio relativamente determinado, previsível e, até certo ponto, justo, de resolver conflitos".⁵¹ Além desses pontos, Lucy destaca que os referidos autores também convergem ao trabalhar tópicos comuns para enfrentar as questões inerentes à adjudicação. Dentre esses tópicos, está a distinção entre casos fáceis e difíceis.⁵² Este item procura apresentar a concepção de casos fáceis e difíceis com o objetivo de investigar o que os juízes efetivamente fazem, ou seja, como os casos são julgados e como as decisões são fundamentadas.

Publicado originalmente em 1978, é em *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*⁵³ que Neil MacCormick apresenta sua primeira versão da distinção entre casos fáceis e difíceis. Para ele, casos fáceis admitem justificações por dedução, enquanto os casos difíceis demandam justificativas de segunda ordem. É o que se passa a expor.

A argumentação jurídica, na ótica de MacCormick, é uma espécie particular da argumentação prática, cuja principal função é justificar escolhas e decisões.⁵⁴ Toda escolha pode ser racionalmente explicada, seja ela relacionada a uma decisão pessoal, como concorrer ou não a uma eleição⁵⁵, seja a decisão de um caso levado ao Poder Judiciário. No caso específico da argumentação jurídica, há um grupo de premissas normativas que auxiliam o processo e que permite, até mesmo, que algumas decisões sejam tomadas a partir de um raciocínio exclusivamente dedutivo. Estas hipóteses representam os chamados casos fáceis. Nas palavras do autor,

⁵⁰ Tradução livre de: "*they believe that the rationality and legitimacy conditions can be satisfied by adjudication.*" (LUCY, William. Adjudication. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.208).

⁵¹ Tradução livre de: "*they therefore agree that adjudication is a relatively determinate, predictable, and in some degree fair means of resolving disputes.*" (LUCY, William. Adjudication. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.208).

⁵² William Lucy ainda aponta um terceiro elemento que recebe a atenção de Dworkin e MacCormick, que é a discricionariedade. Este tema será abordado com maior profundidade no Capítulo 2.

⁵³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.134.

⁵⁵ O exemplo é do próprio MacCormick, ao comentar seu dilema entre tentar a reeleição ao Parlamento Europeu ou retornar às atividades na Universidade de Edimburgo. V. MacCORMICK, Neil. **Practical reason in Law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

"às vezes é possível demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de um argumento puramente dedutivo".⁵⁶

O exemplo utilizado para demonstrar essa hipótese, na obra de 1978, foi *Daniels & Daniels v. R. White & Sons Ltd and Tabard*, de 1938⁵⁷, um caso em que se discutia a responsabilidade pela reparação de danos pela contaminação de uma limonada com ácido carbólico. Pelas provas produzidas no processo, foi constatado que o ácido carbólico era utilizado como produto de limpeza na fábrica da bebida, mas que não foi adequadamente removido da garrafa adquirida pelo Sr. Daniels.

O direito da época, porém, excluía o fabricante de responsabilidade e a imputava à vendedora do produto, pelo que a empresa R. White & Sons Ltd. não teve condenação, enquanto a Sra. Tabard, dona do bar em que a bebida foi adquirida, foi responsabilizada pelos danos sofridos. O que chama a atenção de MacCormick, porém, é que o julgador do caso criticava a solução, mas reconhecia a autoridade da lei e que não havia outra resposta legítima.⁵⁸ Isto revela o que significa uma argumentação dedutiva: "é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as 'premissas' da argumentação".⁵⁹

Os casos fáceis nada mais seriam que situações jurídicas que admitem justificações por dedução. Assim, casos fáceis são hipóteses em que os fatos estão devidamente estabelecidos e o direito aplicável é identificado sem qualquer dúvida. No caso *Daniels*, a resposta do Judiciário somente foi aquela porque se tinha certeza que era a limonada a bebida contaminada com ácido carbólico e que a legislação da época imputava a responsabilidade ao vendedor. Constatada a premissa maior, que é a regra jurídica, e a premissa menor, que é o fato, o caso fácil pode ser justificado por dedução.

⁵⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23-24.

⁵⁷ REINO UNIDO. House of Lords. *Daniels & Daniels v. R. White & Sons Ltd and Tabard*. **All England Law Reports**, LexisNexis, p.258-260, 1938.

⁵⁸ A decisão contém o seguinte trecho que demonstra a irresignação do julgador: "mesmo lamentando até certo ponto, por ser bastante duro para a Sra. Tabard, que é uma pessoa perfeitamente inocente na questão – considero que a sra. Tabard é responsável pelos danos sofridos pela sra. Daniels por ter bebido essa garrafa de limonada." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.25).

⁵⁹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.26.

No Direito brasileiro contemporâneo, um caso semelhante também admitiria decisão por dedução. Se um cidadão adquire uma garrafa de suco com algum vício, ingere a bebida, fica doente e prova o vício do suco⁶⁰, bem como a relação causal de sua ingestão com a doença, receberá uma indenização fundada no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Os fatos, neste exemplo, convergem para a solução legal prevista expressamente em lei, de modo que a justificativa da decisão pode ser deduzida sem outro esforço argumentativo.

Há, porém, casos em que as soluções legais não podem ser deduzidas, mas ainda assim demandam uma resposta pelo Judiciário. MacCormick apresenta uma divisão de quatro espécies de casos que não admitem soluções por simples dedução. São os problemas de *interpretação*, de *pertinência*, de *prova* e de *qualificação*. Se o caso tiver um ou mais desses problemas, ele pode ser considerado difícil.

O problema de *interpretação* está ligado à premissa maior, ou seja, à norma aplicável ao caso. Ele surge no momento em que se verifica que a norma aplicável ao caso admite mais de uma interpretação possível. O julgador, portanto, deve resolver a ambiguidade no sentido do enunciado normativo, o que impede a dedução pura e simples. Na síntese de Atienza, "um problema de interpretação existe quando não há dúvida quanto a qual seja a norma aplicável, mas a norma em questão admite mais de uma leitura".⁶¹ Um problema de interpretação presente no direito brasileiro é a leitura da definição legal de união estável, uma vez que a previsão legal é formada por uma série de conceitos jurídicos indeterminados que exigem do juiz a constatação de "convivência pública, contínua e duradoura".⁶² Assim, um casal que coabitou por três anos certamente poderá ter a união estável declarada em juízo, mas para isso o juiz deverá resolver o problema de interpretação da norma, justificando o que entende por cada um dos requisitos do Código Civil.⁶³

O segundo problema que pode definir um caso difícil é o que MacCormick denomina de *pertinência*. Esta hipótese é anterior à interpretação e diz respeito à existência de uma norma aplicável a um determinado caso. A dificuldade, portanto,

⁶⁰ No caso do direito brasileiro, pode-se cogitar da inversão do ônus da prova nesta situação.

⁶¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.140.

⁶² A previsão legal encontra-se no artigo 1.723, do Código Civil.

⁶³ XAVIER, Marília Pedrosa. **União estável, íntegra e coerente**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

está em "afirmar alguma proposição geral como fundamento legal suficiente para uma decisão favorável".⁶⁴

No Brasil, um caso que pode ilustrar o problema de pertinência é o do chamado "condômino antissocial".⁶⁵ O julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná enfrentou questão inovadora: o condomínio de um edifício requereu em juízo que um morador se abstinhasse de utilizar seu próprio apartamento, onde supostamente abusava sexualmente de candidatas ao emprego de doméstica. O caso tem evidente gravidade e possui relevância jurídica. Seu problema, porém, é o de que não há uma norma jurídica específica que apresente solução para ele. Por exemplo, não há um dispositivo legal com conteúdo semelhante ao de que "o abuso sexual de candidatas a emprego em propriedade privada restringe o direito de uso e habitação". Assim, coube ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná identificar as regras pertinentes ao caso para julgá-lo adequadamente, o que fez a partir da previsão da função social da propriedade, mitigando o uso do imóvel pelo proprietário considerado antissocial.

Uma terceira ordem de problemas são considerados por MacCormick como problemas de *prova*. São eles ligados ao estabelecimento da premissa menor e a dificuldade de identificar o que de fato ocorreu em determinado caso. A natureza desse problema incentivou o autor a tratar não apenas do tema da prova, como

⁶⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.89.

⁶⁵ APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO VERTICAL. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APELO INTERPOSTO ANTES DA DECISÃO DOS EMBARGOS. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. EXCLUSÃO DE CONDÔMINO NOCIVO. LIMITAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO, TÃO-SOMENTE. POSSIBILIDADE, APÓS ESGOTADA A VIA ADMINISTRATIVA. ASSEMBLÉIA GERAL REALIZADA. NOTIFICAÇÕES COM OPORTUNIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. QUORUM MÍNIMO RESPETITADO (3/4 DOS CONDÔMINOS). MULTA REFERENTE AO DÉCUPLO DO VALOR DO CONDOMÍNIO. MEDIDA INSUFICIENTE. CONDUTA ANTISSOCIAL CONTUMAZ REITERADA. GRAVES INDÍCIOS DE CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. CONDÔMINO QUE ALICIAVA CANDIDATAS A EMPREGO DE DOMÉSTICAS COM SALÁRIOS ACIMA DO MERCADO, MANTENDO-AS PRESAS E INCOMUNICÁVEIS NA UNIDADE CONDOMINIAL. ALTA ROTATIVIDADE DE FUNCIONÁRIAS QUE, INVARIAVELMENTE SAÍAM DO EMPREGO NOTICIANDO MAUS TRATOS, AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS, ALÉM DE ASSEDIOS SEXUAIS ENTRE OUTRAS ACUSAÇÕES. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS. ESCÂNDALOS REITERADOS DENTRO E FORA DO CONDOMÍNIO. PRÁTICAS QUE EVOLUIRAM PARA INVESTIDA EM MORADORA MENOR DO CONDOMÍNIO, CONDUTA ANTISSOCIAL INADMISSÍVEL QUE IMPÕE PROVIMENTO JURISDICIONAL EFETIVO. CABIMENTO. CLÁUSULA GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. MITIGAÇÃO DO DIREITO DE USO/HABITAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO DEDUZIDA E TAMPOUCO APRECIADA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS EM R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). MANTENÇA. PECULIRIDADES DO CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC 957743-1** - Curitiba. Relator: Arquelau Araujo Ribas. Unânime. Julgamento: 13/12/2012. Órgão Julgador: 10.^a C.Cível).

também do ônus de provar.⁶⁶ A preocupação, aqui, não é a de identificar a verdade, mas também superar um teste de coerência: "o fato de que todas as peças da história parecem se ajustar bem (e que não se tenha infringido nenhuma regra processual de avaliação da prova)".⁶⁷

Por fim, há os problemas de *qualificação*⁶⁸ ou de *classificação*⁶⁹, que estão ligados aos fatos, mas também se relacionam intrinsecamente com os problemas de interpretação. Eles ocorrem se "fatos secundários são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se eles integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma".⁷⁰ Retomando o exemplo da união estável, um problema de pertinência da norma seria a existência não de um casal, mas de um relacionamento a três, marcado pela convivência pública, contínua e duradoura. Seria este fato protegido pelo artigo 1.723, do Código Civil, ou configuraria crime tipificado pelo artigo 235, do Código Penal? Ou a situação exige uma terceira solução? Esta é a natureza do problema de classificação.

Um dos méritos da classificação de MacCormick está na demonstração de que um caso pode ser difícil por diferentes motivos. Sua conclusão sobre estes casos já foi enunciada: o processo de decisão e de argumentação é, ou pode ser, adequado para resolver esses casos difíceis.

A uma conclusão semelhante chegou Ronald Dworkin, em um dos raciocínios que marcou o início de sua obra. Sabe-se que em *Taking Rights Seriously*⁷¹ Dworkin revisitou alguns de seus escritos⁷² e acrescentou outros trechos inéditos, tendo como resultado a apresentação de uma consistente crítica ao positivismo jurídico. Nessa crítica, o autor sustenta que o direito não seria um sistema de regras em sentido estrito, ou seja, "um padrão de avaliação de condutas que segue uma gramática

⁶⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.47-65.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.141.

⁶⁸ Na tradução de ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.141.

⁶⁹ Na tradução de MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.120.

⁷⁰ Na tradução de ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.141-142.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⁷² Dentre eles, *The Model of Rules*. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v.35, n.1, p.14-46, 1967-1968; também republicado como *Is Law a system of rules?* In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977. p.38-65.

lógica de tipo 'tudo ou nada'.⁷³ Pelo contrário, a gramática da linguagem jurídica é mais complexa e se constitui de princípios, que "envolvem algum tipo de ponderação e/ou balanceamento que somente é realizado por meio de justificação argumentativa".⁷⁴

Evidentemente, essa diferença na natureza das normas jurídicas produz resultados diferentes quando examinadas sob a luz de casos. Os casos fáceis, neste sentido, seriam aqueles que possuem uma regra aplicável que determina o resultado do julgamento.⁷⁵ Já os casos difíceis são aqueles para os quais não há uma regra identificável para sua solução⁷⁶, o que dá ensejo a uma discussão genuína sobre o Direito.⁷⁷ A relevância da distinção entre casos fáceis e difíceis, para Dworkin, não se encerra pela simples compreensão dessa dualidade. Na verdade, o que o autor procura demonstrar quando estabelece esses dois tipos de casos é que, nos casos difíceis, a atividade judicial vai além da simples aplicação de regras. O juiz, Hércules ou não, deverá fundamentar sua decisão. Essa esfera argumentativa do Direito deve ser observada e constitui uma dimensão essencial para a compreensão do fenômeno jurídico.⁷⁸

O próprio direito positivo brasileiro aponta para a necessidade de incorporar a importância da interpretação e da argumentação jurídicas não apenas no conceito de Direito, mas também no de jurisdição. A adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e a recente opção pela inclusão de um rol de princípios que orientam a aplicação de leis,⁷⁹ deixando espaço para a atuação dos magistrados, é

⁷³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.162.

⁷⁴ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.162.

⁷⁵ Uma das passagens de Dworkin que permitem essa afirmação é a seguinte: "*This theory holds that a legal obligation exists whe (and only when)na established rule of Law imposes such an obligation.*" (DWORKIN, Ronald. Is Law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977. p.64).

⁷⁶ "*But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, it might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle.*" (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p.83).

⁷⁷ A conclusão é de Stephen Guest: "um caso difícil é uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão." (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010. p.163).

⁷⁸ "A prática argumentativa com os princípios constitui-se numa importante dimensão do dieirto, que, assim, não se resume a um sistema de regras em sentido estrito." (MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.165).

⁷⁹ Tem-se como exemplos o Estatuto das Cidades (Lei n.º 10.257/2001), o Anteprojeto de Código Comercial e o Projeto do Estatuto das Famílias.

prova irrefutável de que o Direito brasileiro demanda uma teoria capaz de reconhecer a importância e os efeitos da argumentação jurídica, bem como se estabeleçam parâmetros para uma fundamentação adequada das decisões.

Se o Direito possui uma dimensão interpretativa, a função jurisdicional não admite a definição de Montesquieu de que os juízes seriam meras bocas da lei. A ideia de que os magistrados simplesmente aplicam as regras teria a capacidade de explicar apenas uma parcela do que a jurisdição efetivamente faz, que nesta hipótese é a solução de casos fáceis, seja pela dedução, seja pela lógica do tudo ou nada.⁸⁰

Para justificar a atividade jurisdicional ao julgar casos difíceis, a argumentação jurídica e a explicação dos critérios de interpretação do Direito devem passar a fazer parte da definição de jurisdição. Sem a compreensão desses elementos, a atividade dos juízes não possui qualquer amarra, o que pode resultar em situações de ampla discricionariedade.

Portanto, a presente tese assume que a dimensão interpretativa e argumentativa é elemento essencial do Direito e da atividade jurisdicional. Esta opção se revela adequada para o enfrentamento do problema descrito no início deste capítulo: como equilibrar e justificar a produção de efeitos das decisões judiciais para além das partes, em termos semelhantes ao da legislação, com a necessidade de se julgar casos iguais de forma igual. Há uma limitação intrínseca à atividade jurisdicional na teoria da argumentação jurídica, que permite a declaração ou desenvolvimento do Direito até um certo ponto, sem que essas inovações signifiquem mudanças na política legislativa ou do próprio conteúdo das leis. Dworkin e MacCormick apontam para uma hipótese: a argumentação jurídica deve se desenvolver sob determinados limites de coerência e integridade, a fim de que as decisões se justifiquem com raízes no sistema jurídico vigente.

Reitera-se, aqui, o objetivo geral deste trabalho: estabelecer uma fundação teórica que relacione a teoria dos precedentes que se anuncia no direito brasileiro

⁸⁰ Mesmo assim, a solução de casos aparentemente fáceis pode ensejar uma solução complexa e fundada na argumentação, como nas situações em que se discute a derrotabilidade de uma regra. Neste sentido, ver: MacCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005; publicado no Brasil como **Retórica e Estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

com uma interpretação normativa dos dispositivos que tratam do tema, na busca por uma posição doutrinária que admita o aprimoramento do direito positivo mas que, ao mesmo tempo, preserve as garantias de previsibilidade, segurança jurídica e igualdade.

Antes de se dar início à proposta de interpretação normativa, que ocupará o Capítulo 2, os itens seguintes apresentam os conceitos preliminares de três figuras cuja compreensão é essencial para a construção da tese. São elas: decisão judicial, precedente e jurisprudência. A razão de ser da escolha desses três conceitos não é mera opção didática, mas o fato de que são essas as expressões que dizem respeito ao tema utilizadas pela legislação que implementa a teoria dos precedentes no Brasil, qual seja, o novo Código de Processo Civil.

1.3 CONCEITO E CONCEPÇÕES

As expressões "decisão judicial", "precedente" e "jurisprudência" têm sido utilizadas com diversos sentidos – ora como sinônimos, ora expressando conteúdos distintos – o que torna necessário um esclarecimento preliminar sobre o significado de cada uma delas no contexto da presente tese.

Para que haja uma compreensão exata do que aqui se pretende expor será utilizado como recurso metodológico a distinção entre conceito e concepção, como empregada por inúmeros filósofos como John Rawls⁸¹ e Ronald Dworkin, ao longo de sua obra, e que é bem delimitada por Stephen Guest com a seguinte comparação: "as pessoas podem ter concepções diferentes de algumas coisas e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é melhor".⁸² As "coisas", para Guest, são os conceitos, enquanto as opiniões de cada pessoa sobre as coisas são "concepções". Assim o conceito tem um nível de abstração sobre o qual há uma concordância "quanto a um conjunto distinto de ideias, e que é empregada em todas as interpretações".⁸³ As concepções variam de acordo com as interpretações de cada um.

⁸¹ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

⁸² GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

⁸³ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

Neste primeiro Capítulo procura-se estabelecer o conceito de uma decisão judicial, de um precedente e de jurisprudência.

São diversas as razões pelas quais se propõe a definição de conceitos. A primeira dificuldade observada na doutrina brasileira é estabelecer uma definição clara entre os termos mais comuns afetos ao chamado "direito jurisprudencial".⁸⁴ Neste sentido, há uma evidente confusão teórica entre os vocábulos "precedente" e "jurisprudência", razão pela qual é imprescindível adotar um significado para cada uma dessas expressões, sob pena de se desenvolver uma tese incoerente. No entanto, não são apenas duas expressões que devem ser explicadas desde o início do trabalho. É preciso notar, antes de mais nada, que a jurisprudência não nasceu, no Direito brasileiro, com a noção de precedente. Na verdade, ela sempre esteve presente e era utilizada para se referir a um conjunto de decisões – sentenças e acórdãos – proferidas pelo Poder Judiciário. É justamente por isso que se consideram essenciais para o desenvolvimento de todos os argumentos aqui defendidos a compreensão de três figuras essenciais: a decisão judicial, o precedente e a jurisprudência.

Não se pretende, porém, apresentar uma definição calcada apenas no direito processual: isto seria um erro, uma vez que essas noções têm apenas uma de suas vertentes no processo, sendo que a outra decorre da Teoria do Direito. De qualquer modo, nem o direito processual, nem o direito material, muito menos a Teoria do Direito podem ser desprezadas. As figuras aqui discutidas produzem efeitos sobre cada uma dessas áreas do conhecimento jurídico, e portanto todas elas devem ser consideradas.

A grande questão que gira em torno da noção da decisão judicial é que, já há muito tempo, a tradição jurídica continental europeia, também chamada de *Civil Law*, legou ao direito processual a tarefa de estudá-la e defini-la. Não é por acaso, portanto, que o conceito legal de decisão é dado pela legislação processual, ao tratar da sentença.⁸⁵ Assim, pode-se defini-la como uma "declaração judicial que determina uma consequência jurídica".⁸⁶ Sobre este conceito pode-se conceber uma série de

⁸⁴ A expressão é identificada em obras como WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1; e MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.2.

⁸⁵ De qualquer modo, a noção de decisão vai além da sentença, sendo empregada para acórdãos, decisões monocráticas e mesmo para decisões interlocutórias.

⁸⁶ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

elementos e requisitos, como a necessidade de relatório e fundamentação⁸⁷, o estilo como a decisão é tomada⁸⁸ e os efeitos que a decisão produz.⁸⁹ Decidir é a função essencial da jurisdição, de modo que não há caso levado ao Poder Judiciário que possa se encerrar sem um ato decisório do juiz. Em outras palavras, se há jurisdição, há decisão.

O precedente, por sua vez, é conceito relativamente recente, ao menos na ciência jurídica brasileira. Por um longo período, esta noção era apenas uma referência à tradição jurídica anglo-saxã, conhecida especialmente pela explicação da obra de René David.⁹⁰ Recentemente, uma série de obras publicadas em português vem se aprofundando e defendendo a aplicação de precedentes no Direito brasileiro.⁹¹ Para além disso, alterações na Constituição da República Federativa do Brasil e na legislação ordinária, bem como atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Justiça e tribunais, têm confirmado essa necessidade e suscitado em juízes, promotores, advogados e estudantes o interesse nesta figura.

Em uma definição inicial, precedente é uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores.⁹² Pode-se acrescentar que o precedente é uma decisão cujos limites superam os de um único caso, tornando-se paradigma para a resolução de outros casos semelhantes. Nesta linha, só há sentido falar em precedentes quando se observa que uma decisão é dotada de determinadas características, "basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos

⁸⁷ No direito alemão, por exemplo, há decisões que dispensam fundamentação. Ver: JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.302.

⁸⁸ Neste sentido, ver a análise do *stylus curiae* dos sistemas de *civil Law* e *common Law* em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p.16-92.

⁸⁹ Por exemplo, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes e *erga omnes*, nos termos do art. 102, § 2.º, da Constituição.

⁹⁰ Vale recordar que a França é um dos sistemas jurídicos que ainda refuta a validade e a força dos precedentes, de modo que a argumentação de um autor que tem esta origem deve ser considerada com cautela.

⁹¹ Ver, por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buri de (Orgs). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012; MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁹² Tradução livre de: "*precedents are prior decisions that function as models for later decisions.*" (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents**: a comparative study. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

jurisdicionados e dos magistrados".⁹³ Sem esta pretensão de universalidade, tem-se uma decisão judicial.

Portanto, um precedente é uma decisão, mas com algumas características adicionais. Nesta primeira análise, pode-se apontar como elementos que colaboram para o desenvolvimento de um precedente que a decisão tenha sido proferida por um tribunal cuja competência territorial se estenda por todo o território nacional (tais como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar) ou ao menos por um estado ou região (como os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais). Além disso, depreende-se da função de servir como paradigma que a decisão seja adequadamente fundamentada, de modo que dela se possam extrair os critérios a serem aplicados para os casos futuros.

Resta, por fim, apresentar uma breve definição de jurisprudência. Adota-se, aqui, o conceito de jurisprudência como o conjunto de decisões judiciais e precedentes disponíveis para consideração em um determinado cenário jurídico.⁹⁴

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta cinco acepções distintas representadas pela mesma expressão.⁹⁵ Destas cinco, observa-se que duas são bastante semelhantes e se aproximam do sentido que o presente trabalho

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.215.

⁹⁴ O conceito decorre de um trecho de MacCormick e Summers: "*the body of precedents available for consideration in any legal setting.*" (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

⁹⁵ Bem postas as coisas, parece-nos bastante a visualização da "jurisprudência" sob estas cinco acepções: a) num sentido largo, corresponde ao que usualmente se denomina "ciência do direito", ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero Ética, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo (nesse sentido, na Itália, algumas Faculdades de Direito se chamam '*Facoltà di Giurisprudenza*' como se dá, v.g., em Florença); b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos seus operadores – advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores – como na antiga Roma se dava com os prudentes, agentes estatais então investidos do *ius respondendi*; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar a interpretação teórica do Direito, feita pelos jurisconsultos e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo pareceres, sem portanto, necessária afetação a um caso concreto, acepção essa que hoje parece assimilada à palavra doutrina; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, tem a ver com a massa judiciária, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado; e) finalmente, num sentido mais restrito, ou propriamente técnico-jurídico, a palavra jurisprudência traduz "a colação ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo tribunal, ou de uma dada Justiça, sobre um mesmo tema jurídico." (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.36-37).

confere ao termo. A primeira delas, etimológica, é assim definida por Mancuso: "vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos seus operadores – advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores – como na antiga Roma se dava com os prudentes, agentes estatais então investidos do *ius respondendi*". Trata-se, portanto, do Direito aplicado especialmente pelos magistrados, pois é a decisão desses operadores que terá autoridade. Por outro lado, no que afirma ser um "ângulo de distribuição de justiça", Mancuso sustenta que a jurisprudência pode ser compreendida como "a massa judiciária, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado". Esta concepção reforça a primeira, de que jurisprudência é a soma das decisões judiciais do Estado.

A partir dessas duas concepções pode-se afirmar que o conceito de jurisprudência adotado compreende o conjunto de todas as decisões, sejam elas sentenças, acórdãos ou decisões monocráticas, produzidos em qualquer grau ou sede do Poder Judiciário brasileiro. Mais do que isso, esta noção de jurisprudência pressupõe que nela se encontram decisões judiciais e precedentes. Portanto, na jurisprudência podem-se encontrar decisões com caráter vinculante e que estabelecem a orientação para o jurisdicionado e para os magistrados, mas ao mesmo tempo nela se encontram todas as decisões proferidas por magistrados, sejam eles Ministros do Supremo Tribunal Federal, juízes de primeiro grau, de juizados especiais, de varas cíveis ou criminais. Em um primeiro momento, o conceito de jurisprudência não faz distinção entre as duas figuras anteriormente definidas, e isso é imprescindível para a compreensão do ordenamento jurídico.

Os itens a seguir aprofundam cada uma dessas figuras, com a intenção de refletir sobre os conceitos e desenvolver algumas concepções sobre os institutos.

1.4 DECISÃO JUDICIAL: DE TÉCNICA PROCESSUAL A VETOR DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Como decisão judicial, apresentou-se o conceito de "declaração judicial que determina uma consequência jurídica".⁹⁶ Constitui, portanto, o núcleo do conceito, a

⁹⁶ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

ideia de que a decisão é um ato tomado por um juiz e que ela estabelece um efeito.⁹⁷ No Brasil, estes atos judiciais devem ser praticados em meio a um processo, pelo que é seguro incorporar essa terceira qualidade ao conceito em análise.

Uma forma de compreender este conceito é como técnica processual, pela qual o magistrado conduz o processo, definindo as consequências jurídicas relacionadas ao andamento do procedimento, ou pela qual se põe um fim ao caso em análise e ao próprio processo. Por técnica processual, compreende-se todo modo pelo qual o direito processual se predica, especialmente com o objetivo de tutelar direitos.⁹⁸ Nessa ótica, a decisão judicial é objeto típico do processo, pois é o principal meio pelo qual os feitos judiciais têm andamento.

Seguindo essa linha, a técnica processual que se revela como a decisão judicial por excelência,⁹⁹ no Brasil, é a sentença, pois é ela que encerra o processo e estabelece as consequências jurídicas materiais discutidas pelas partes.¹⁰⁰ Assim, as sentenças "são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos".¹⁰¹ Por conta disso, é relevante analisar a definição legal de sentença para se conhecer os elementos da decisão judicial.

Na redação original do Código de Processo Civil de 1973, sentença era definida como o "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa", nos termos do artigo 162, §1.º.¹⁰² A consequência jurídica por excelência da sentença, no direito processual civil brasileiro, é o potencial para se encerrar o processo.¹⁰³ Mas apenas essa afirmação não é suficiente para o exame

⁹⁷ Neste sentido, Galeno Lacerda afirmava que o despacho saneador é uma decisão que "possui conteúdo declaratório e volitivo", pela qual o juiz "nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis". Na tentativa de diferenciar um mero despacho de um despacho saneador, ou seja, de uma decisão interlocutória, o professor observava, portanto, a característica de determinação judicial de efeitos jurídicos. (LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985. p.7-8).

⁹⁸ A noção de técnica processual foi bastante explorada por MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁹⁹ Neste sentido, é de Liebman a expressão de que a sentença é o ato jurisdicional por Excelência. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1980. p.217).

¹⁰⁰ "A sentença, na definição do Código, é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença: direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.21).

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.114.

¹⁰² Conforme a redação da Lei n.º 5.869/1973, anterior à alteração realizada pela Lei n.º 11.232/2005.

¹⁰³ Diz-se o potencial para se por fim ao processo porque das sentenças cabe recurso de apelação.

mais aprofundado que se deseja realizar – nem o era para o Código de Processo Civil de 1973.

Após conceituar a sentença, o Código exigia, no artigo 458,¹⁰⁴ que essa decisão tivesse relatório, fundamentação e dispositivo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, esses três requisitos representam os "elementos estruturais básicos" da sentença, pelo que ela não existe sem que o juiz produza sua decisão nesses termos.¹⁰⁵ Para o professor do Rio Grande do Sul, esses elementos estruturais básicos permitem ao magistrado demonstrar o juízo de concreção ou de subsunção da norma legal ao caso concreto.¹⁰⁶ A sentença pode ser assim compreendida como um silogismo: "a premissa maior seria a lei, os fatos e circunstâncias do caso concreto e a premissa menor, sendo a conclusão do silogismo representada pelo denominado dispositivo da sentença".¹⁰⁷

Dos elementos essenciais da sentença, o relatório é aquele pelo qual o juiz "dá conta dos principais acontecimentos do processo".¹⁰⁸ A fundamentação, por sua vez, é o espaço no qual o magistrado analisa as "questões de fato e de direito". O dispositivo, por fim, "encerra o comando jurídico que disciplinará a vida das partes"¹⁰⁹, ou seja, é o elemento da sentença que determina a consequência jurídica.

Estas conclusões são reforçadas pela disciplina do instituto da coisa julgada, especialmente no que diz respeito aos seguintes artigos 468 e 469, do Código de Processo Civil de 1973.¹¹⁰ O artigo 468 estabelece "força de lei" nos limites da lide,

¹⁰⁴ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

¹⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

¹⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

¹⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.404.

¹⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.144.

¹⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.147.

¹¹⁰ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

ou seja, entre as partes e sobre a questão envolvida. Já o artigo 469 dispõe que não fazem coisa julgada os motivos da decisão, "ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença", nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais.

A decisão que transita em julgado e pela qual o mérito da causa foi resolvido sujeita-se à eficácia denominada de coisa julgada material, pelo que esta decisão se torna indiscutível para as partes que integraram o processo. Além disso, essas partes deverão se submeter ao disposto na decisão, cumprindo seus termos ou sujeitando-se ao procedimento de execução forçada.¹¹¹

As reformas do Código de Processo Civil de 1973, promovidas por um conjunto de leis ordinárias nas décadas de 1990 e 2000¹¹², não modificaram substancialmente a definição de sentença. Houve, sim, alteração do artigo 162, § 1.º, que passou a admitir a existência de sentenças que não extinguem o processo. No entanto, o objetivo dessa alteração era admitir a existência de uma nova fase processual, qual seja, o cumprimento de sentença. A decisão judicial por excelência, portanto, não foi substancialmente alterada, mas passou a ser o ato judicial que extingue o processo ou que "encerra a fase de conhecimento".¹¹³ A sentença, para existir e ser válida, continuava na dependência de relatório, fundamentação e dispositivo.

Ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, uma lição sobre a sentença que foi bem delimitada é a extensão de seus efeitos. O artigo 459 dispõe que o juiz "proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor"¹¹⁴, o que restringe os limites da decisão. Vê-se, pelos requisitos da sentença, que a decisão judicial é um ato destinado a produzir efeitos

¹¹¹ O trabalho não desconhece a discussão sobre as chamadas decisões estruturais. No entanto, estas formas de decisão não são típicas, embora não sejam ilícitas. Por conta disso, a explicação aqui adotada concentra os esforços na técnica processual de decisão dos casos individuais. Sobre as decisões estruturais, v. ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. **Revista de Processo**, v.225, p.389-410, 2013.

¹¹² Sobre as reformas do Código, ver, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v.2. p.404.

¹¹⁴ Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

única e exclusivamente às partes, que são mencionadas expressamente pela legislação. Nessa ótica, a sentença é uma resposta às partes, pois decide uma questão de fato e de direito e que produz efeitos apenas sobre aqueles que participaram regularmente da relação jurídica processual.

O objetivo pragmático da decisão judicial também se reflete no artigo 469, I, que afirma que os motivos apresentados pelo magistrado (a fundamentação) não fazem coisa julgada¹¹⁵; do mesmo modo, não transita em julgado a verdade dos fatos nem as questões prejudiciais. Vale dizer, em síntese, que a decisão judicial, seja ela uma sentença ou um acórdão, tem valor apenas sobre o caso e sobre as partes que discutiram determinada questão.¹¹⁶ Não há, na gênese da noção de sentença brasileira, ou da expressão mais geral de decisão judicial, qualquer preocupação com a repercussão deste caso para além da relação jurídica processual.

O novo Código de Processo Civil, em primeira análise, aponta para a preservação do entendimento de que decisão judicial é simples técnica processual. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que as disposições gerais do novo Código, presentes nos artigos 485 a 495, não se referem apenas à sentença, mas a qualquer decisão judicial.¹¹⁷ Neste sentido, sentença "é gênero".¹¹⁸ A sentença como espécie é prevista no artigo 203, § 1.º. A sistematização do tema assim empreendida é consonante com o conceito de decisão judicial adotado acima, pois para os autores citados as decisões judiciais examinam uma questão e a resolvem, ou seja, estabelecem consequências jurídicas. À primeira vista, os elementos estruturais básicos da decisão e da sentença continuam intactos, uma vez que o artigo 489 dispõe serem essenciais o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

¹¹⁵ Sobre o tema da coisa julgada, ver: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹¹⁶ Não se discute, neste momento, os efeitos das decisões em controle de constitucionalidade concentrado, pela via principal, em que os efeitos da decisão são bastante distintos.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

No entanto, o exame pormenorizado do novo Código e sua compreensão como sistema indicam uma conclusão contrária que rompe com a tradição do processualismo clássico.

Não se quer dizer, com isso, que a perspectiva da decisão como técnica processual foi abandonada. Ela existe e está presente não só no novo Código, mas em toda a doutrina e no funcionamento dos tribunais brasileiros. O que ocorre é que essa técnica pode ser vista, hoje, como um elemento do processo que vai mais além da mera atribuição de consequências jurídicas às partes. A doutrina tem notado parte dessa alteração e produzido algumas obras que procuram explicar as novas funcionalidades da decisão judicial, o que faz como parte da análise da fundamentação da sentença. Cabe investigar, por conta disso, o motivo pelo qual a fundamentação das decisões assumiu papel tão relevante na ciência jurídica contemporânea.

São inúmeras as obras, coletivas ou individuais, em que autores voltam as atenções para as novas particularidades da fundamentação da decisão judicial.¹¹⁹ Evidentemente, parte da justificativa é um interesse na interpretação do direito positivo, especialmente do § 1.º do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, que define normativamente o que deve ser uma decisão judicial fundamentada. Em outras palavras, o referido dispositivo desdobra o elemento estrutural básico da fundamentação e o desvela em outros requisitos parciais. Assim, não se considera fundamentada a decisão que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹¹⁹ Ver, por exemplo, RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Ao exigir que o magistrado fundamente sua decisão, o Código reconhece que ela é o espaço por excelência da "experiência normativa", mas também "da subjetividade do magistrado".¹²⁰ Justamente para compor essas duas faces é que se exige, em primeiro lugar, que o juiz explique a relação de um ato normativo com a questão decidida. Trata-se da demonstração do silogismo, ou melhor, da justificação por dedução descrita acima, cabível para casos fáceis. Mas o Código não se limita a essa exigência. Esse inciso pode ser aplicado para outras situações: em um problema de pertinência, por exemplo, deverá a decisão ser justificada de modo que o ato normativo se revele compatível com a situação jurídica apreciada pelo Judiciário. O mesmo vale para problemas de prova e de classificação.¹²¹

Diz o artigo 489, § 1.º, que o magistrado também deve explicar o motivo concreto da incidência de conceitos jurídicos indeterminados, ao mesmo tempo em que não deve invocar motivos que se prestariam a justificar outra decisão. Como exposto, os conceitos jurídicos indeterminados acabam por configurar um problema de interpretação e devem ser justificados na fundamentação da decisão pela demonstração de sua incidência no caso concreto.

Os incisos V e VI acrescentam uma nova exigência para a fundamentação das decisões: deverão os juízes considerar as decisões passadas, seja na forma de súmulas, seja na de precedentes ou de jurisprudência, embora a explicação do sentido desses artigos deva ser postergada para outro momento do trabalho. Fato é que a análise de decisões passa a constituir pressuposto para a existência de uma decisão jurídica fundamentada.

O que se deve questionar, neste item, é a razão de ser desta regra. Em um primeiro momento, a resposta parece ser simplesmente a de que se trata de um desdobramento da exigência constitucional da fundamentação das decisões, prevista

¹²⁰ ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.19.

¹²¹ Uma análise de como as provas podem ser trabalhadas na sentença pelo novo CPC pode ser verificado em GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada**: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.373-386.

no artigo 93, IX, da Constituição.¹²² Tamanha é a preocupação da doutrina com esta relação que se afirma, inclusive, ser a fundamentação essencial para toda decisão, e não apenas para a sentença.¹²³ Esta é, de fato, uma das faces dessa exigência, mas não esgota a explicação sistemática do Código.

Já se anunciou que o novo Código de Processo Civil atribui efeitos vinculantes e persuasivos às decisões judiciais, em especial aquelas tomadas pelos Tribunais Superiores. Para tanto, a legislação procura instituir a figura dos precedentes e também faz menção à jurisprudência, mas esses dois institutos não são novas técnicas processuais, ou seja, o Código não criou um novo tipo de ato judicial chamado de "precedente". Na verdade, o Código se utiliza da mesma técnica processual da decisão judicial e sobre ela faz incidir novos efeitos. É por esta razão que a decisão é um elemento essencial para a compreensão dos demais institutos do chamado "direito jurisprudencial".

As exigências objetivas de fundamentação, sob este aspecto, não encontram relação com o dever constitucional de fundamentação previsto pela Constituição. Na verdade, a fundamentação que contemple a resposta aos seis incisos previstos no artigo 489, § 1.º, do novo Código, procura estabelecer critérios objetivos pelos quais os magistrados desenvolvam a argumentação jurídica e explicitem os critérios de interpretação que pautaram suas decisões. Assim, a exigência de fundamentação está ligada ao exercício da adjudicação e ao reconhecimento da atividade jurisdicional como parte do próprio Direito.

Deste modo, a decisão judicial segue como técnica processual para a decisão de questões incidentais ou finais de um processo. Mas, por outro lado, ela se torna produto e vetor da argumentação jurídica dos tribunais, carregada de efeitos decorrentes da proposta de transformação destas em precedentes. Vale destacar, ainda, que a

¹²² Neste sentido, "o novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB 1988, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro." (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p.301-302).

¹²³ "Fique claro que a garantia não só se dirige à sentença, mas a todo ato decisório do Poder Judiciário, culminando com a própria Constituição, resultando na pecha de nulidade ao seu desrespeito." (SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.360).

fundamentação é o elemento essencial pelo qual a argumentação se desenvolve, mas o relatório¹²⁴ e o dispositivo¹²⁵ também receberam alterações, diretas ou não, com relação aos efeitos que produzem.

Vistas desse modo, as decisões judiciais, há muito conhecidas pelo direito brasileiro, são a porta de entrada para o estudo da figura dos precedentes e da jurisprudência. O que se altera, porém, é o ângulo pelo qual elas são elaboradas pelo Judiciário e examinadas pelo jurisdicionado. As decisões, em conceito, ainda são declarações judiciais que determinam consequências jurídicas, mas a concepção brasileira lhes confere muitos acréscimos para permitir sua utilização como produtos do Poder Judiciário dotados de certa autoridade. Para tanto, precisam conter uma argumentação sólida, cujos elementos serão analisados no Capítulo 2.

Para dar sequência ao objetivo do presente capítulo, examina-se o conceito de precedente à luz da teoria desenvolvida na *common Law*.

1.5 PRECEDENTE

O conceito de precedente aqui adotado, conforme exposto acima, é o de uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores.¹²⁶ Para explicar esse conceito, MacCormick e Summers afirmam que o precedente é o Direito observando a si mesmo, sob dois aspectos. O primeiro é o de que um precedente é um registro de uma ou várias decisões, de um mesmo sistema jurídico, que resolveram

¹²⁴ Ao combinar o conhecimento clássico do relatório com um enfoque contemporâneo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero sustentam que o relatório "é fundamental para fins de cotejo entre os casos decididos e as respectivas soluções dadas pela jurisdição. Bem se compreende, portanto, o destacado papel que tem nos sistemas de *Common Law*. Nessa mesma linha, é fácil perceber igualmente a crescente importância que vem recebendo nos países de tradição romano-canônica realmente preocupados com a segurança jurídica e com a igualdade de todos perante o Direito. Um relatório bem redigido permite a compreensão analógica dos casos, o que é fundamental para adequada aplicação de precedentes e redação de recursos extraordinários e especiais fundados em divergência jurisprudencial." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p.144).

¹²⁵ Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, o dispositivo possui efeito vinculante, como decorre da interpretação do artigo 102, § 2.º, da Constituição: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

¹²⁶ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1.

um problema idêntico ou ao menos semelhante.¹²⁷ O segundo aspecto tem um sentido de conformidade ainda maior: o julgador pode utilizar o precedente como um padrão para uma nova decisão, sob o fundamento de que esse entendimento anterior é o correto ou é obrigatório.¹²⁸ Esta definição é compatível com o conceito de precedente de Siltala, segundo o qual precedente é uma decisão anterior que tem, ou pode ter, efeitos normativos e vinculantes nas decisões subsequentes.¹²⁹

Luiz Guilherme Marinoni afirma que precedente não é sinônimo de decisão judicial.¹³⁰ Para o autor, fundado em doutrina internacional, só há sentido falar em precedentes quando se observa que uma decisão é dotada de determinadas características, "basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados".¹³¹ Sem esta pretensão de universalidade, tem-se uma decisão judicial, nos termos apresentados acima. Mas apenas isso não basta: para se ter um verdadeiro precedente "é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto"¹³², deste modo conferindo materialidade ao direito legislado.¹³³

Em síntese, "é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina".¹³⁴ Para tanto, a decisão precisa ser contundente ao acolher e rejeitar argumentos, bem como se mostrar adequada para a orientação dos demais juízes e

¹²⁷ "First, when a lawyer – judge, practitioner, or legal scholar – contemplates a legal problema and inquires whether there is any precedent about this problem, what Will be produced for scrutiny, should the inquiry succeed, is a record of a prior decision or decisions from the same legal system that solved, well or ill, the same or at least a similar problem." (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

¹²⁸ "Second, there may be observance in the stronger sense of compliance; the later decision maker does not merely take note of an earlier solution, but may comply with it as a guiding model for solution of the present problem, and may do so on the ground that present observance of past rulings in like cases is the right or even the obligatory course to follow." (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

¹²⁹ "Any prior court decision which has or, at least, may have a normative, binding effect on a subsequent court's legal discretion is taken as a precedent in the civil law context". (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.66).

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.215.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.215.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.216.

¹³³ PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p.80 e segs.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.216.

cidadãos. Assim, pode se tornar um precedente qualquer decisão, desde que proferida por um tribunal de alta hierarquia e que seja efetivamente aplicada pelos demais tribunais e magistrados.

A função do precedente é servir como um paradigma para a decisão de casos futuros.¹³⁵ Por conta disso, a fundamentação deve ser a mais completa possível, tanto no plano fático quanto no plano de interpretação do direito material, ou seja, na subsunção de normas ou na aplicação de princípios jurídicos. Por conta disso, é possível afirmar que os precedentes são decisões judiciais com maior caráter normativo, e justamente por isso podem ser interpretados. Como consequência, a compreensão dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* é fundamental, pois são o cerne para a compreensão dessas decisões modelo.

Conforme noticiado, a teoria dos precedentes possui dois conceitos fundamentais para a compreensão do modo como os precedentes são aplicados na *common law*: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Por meio desses dois conceitos, os juristas extraem a regra jurídica das decisões judiciais. É importante notar, porém, que estes temas são amplamente debatidos pela filosofia do direito da *Common Law*. As opiniões ocupam extremos: enquanto alguns autores sustentam sua vital importância,¹³⁶ outros afirmam que os conceitos são inúteis,¹³⁷ pela impossibilidade de identificá-los com precisão nas decisões.

Logo de início, aponta-se que as teorias que negam a existência da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* não contribuem para o desenvolvimento do raciocínio que se pretende apresentar, pois não permitem identificar quais os elementos das decisões devem ser respeitados.

Dada a grande produção literária a respeito da *ratio decidendi*, dar-se-á especial enfoque ao texto que originou toda a discussão e que se revela essencial para qualquer estudo que pretenda tratar do assunto: o ensaio de Arthur Lehman Goodhart.¹³⁸

¹³⁵ Sobre o tema de Precedentes, é imprescindível recordar uma das primeiras obras publicadas sobre o tema no Brasil, responsável pelas primeiras apreensões desta teoria: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹³⁶ Por exemplo, DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹³⁷ Ver, dentre outros, STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v.22, p.597-620, nov. 1959.

¹³⁸ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

Antes, porém, de trazer o raciocínio de Goodhart, os conceitos merecem uma breve apresentação. A *ratio decidendi* refere-se às premissas e argumentos necessários à decisão. Já os argumentos ditos de passagem, que não se revelam vitais para a manutenção do julgado, são denominados *obiter dicta*.

A definição de Roland Séroussi aproxima-se deste entendimento. Para o autor, a *ratio* "não é senão a regra jurisprudencial fundamental, o cerne da decisão".¹³⁹ Já os argumentos considerados *obiter dicta*, "embora não tenham caráter imperativo, permitem compreender a decisão graças às opiniões dadas pelos juízes 'incidentemente', na forma de digressões (*by the way*)".¹⁴⁰

Essas rápidas definições são capazes, somente, de transmitir uma noção básica dos dois elementos. Além disso, a identificação do que é *ratio* e do que é *obiter* em uma decisão é muito mais difícil do que defini-las teoricamente. É por isso que o exame deve ser aprofundado.

Uma das primeiras tentativas de se estabelecer a distinção entre os dois elementos foi empreendida por Eugene Wambaugh, em 1892.¹⁴¹ De acordo com sua teoria, a *ratio decidendi* seria uma proposição em um julgamento que, caso tivesse seu sentido invertido, resultaria na alteração da decisão.¹⁴²

O erro de Wambaugh, porém, foi rapidamente identificado. Se um tribunal fundamenta sua decisão com dois argumentos distintos, ao se tomar qualquer um dos motivos e reverter seu significado o resultado da decisão não é alterado. Portanto, em todo caso que contiver duas razões independentes, o teste de Wambaugh indicará que as duas são, na verdade, *obiter dicta*, pois nenhuma delas é suficiente para, isoladamente, alterar o resultado da decisão.¹⁴³

¹³⁹ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2006. p.34.

¹⁴⁰ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2006. p.34.

¹⁴¹ Além do texto original, a doutrina de Wambaugh é bem explicada em CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.52 e segs.

¹⁴² "The beginner can determine whether a given proposition of law is involved in a given case by first fram carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition." (WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown & Co, 1892).

¹⁴³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.76-77.

Cerca de quarenta anos após o ensaio de Wambaugh, Arthur L. Goodhart publicou um verdadeiro divisor de águas: "*Determining the ratio decidendi of a case*".¹⁴⁴ Com Goodhart, o tema recebeu seu primeiro tratamento científico. O raciocínio do professor de Oxford parte de uma citação de John Salmond, para quem o precedente é uma decisão judicial que contém um princípio. Este princípio, que tem força vinculante, é comumente chamado de *ratio decidendi*. Entre as partes, a força vinculante seria o dispositivo da decisão, mas para o Direito, esta *ratio* abstrata teria caráter de lei.

A princípio, então, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é uma opinião de um juiz e que esta opinião deve ter influenciado a solução de um caso particular. Caso contrário, qualquer informação oferecida pelo juiz seria *obiter dictum*. Até a publicação de Goodhart, este era todo o desenvolvimento da doutrina sobre o tema. O que se apresenta a seguir são as inovações publicadas em 1930.

O autor sustenta que nunca é fácil indicar quais foram os motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão. Afinal, a lógica dos argumentos e a análise dos fatos da decisão anterior podem ter sido feitas de forma incorreta. Mas, ainda assim, essa decisão formará um precedente, com um princípio vinculante, como se toda a fundamentação fosse correta. Goodhart, aliás, afirma que muitos dos casos que se tornaram vitais para o Direito foram examinados por maus juízes – e que ainda assim fizeram "bom" Direito.¹⁴⁵

De qualquer forma, o autor não apresenta essas considerações para questionar a validade e a autoridade do Direito. Ele o faz para determinar, em seguida, as regras para a identificação da *ratio decidendi* dos precedentes.

A primeira regra dispõe que as razões expostas pelo juiz não influenciam a *ratio decidendi*. Essa regra deriva justamente da preocupação de que a fundamentação do juiz pode derivar de erros de interpretação, ou mesmo de má-fé, como é a decisão de *Priestley v. Fowler*. Neste caso, Charles Priestley pediu indenização em face de seu empregador, o Sr. Fowler, em razão de um acidente sofrido ao transportar carne de carneiro a um mercado em um vagão de propriedade do próprio Sr. Fowler e conduzido por outro empregado do empresário. O argumento do autor era o de que o

¹⁴⁴ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

¹⁴⁵ "*Paradoxical as it may sound, the law has frequently owed more to its weak judges than it has to its strong ones. A bad reason may often make good law.*" (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.164, dez. 1930).

réu deveria ter se certificado a respeito da manutenção do vagão e dos funcionários responsáveis pela direção. Para evitar a propagação de ações de funcionários contra seus empregadores, a Corte de Exchequer rejeitou o pedido, sob o argumento de que o empregado poderia ter se recusado a transportar o produto e que deveria, ele mesmo, ter se certificado da segurança do veículo.

Além disso, este caso deu origem à norma de que um empregado, no momento de sua contratação, concorda com a possibilidade de trabalhar junto com outros empregados negligentes. Por isso, qualquer dano que ele sofresse por descuido de um colega não seria responsabilidade de seu empregador. A argumentação desta decisão não tem nenhuma lógica, mas ainda assim era aplicada em casos similares, o que comprovaria a validade da primeira regra – ao menos para aquele período.

Evidentemente, esta primeira regra de Goodhart não se sustenta no direito contemporâneo. Decisões que não fazem sentido diante do ordenamento jurídico não devem ser admitidas. Este tema, central para a tese, será analisado com maior cuidado no Capítulo 2. O destaque feito a esta regra é apenas para demonstrar o ponto de partida dos argumentos de Arthur Goodhart.

A segunda regra, por sua vez, sustenta que a *ratio decidendi* não se encontra na proposição de Direito do juiz, pois ela pode ser abrangente demais ou restritiva demais.

Dois exemplos podem ilustrar a proposição de Goodhart. Em um caso, a Corte entendeu que o herdeiro que causa a morte de seu testador não poderia receber a herança, pois ele não poderia se aproveitar de um dano a que deu causa. Esta posição, demasiadamente abrangente, precisou ser revista para melhor resolver casos nos quais o herdeiro não teve intenção de assassinar seu testador.¹⁴⁶

Outro exemplo, desta vez de regra restritiva: afirmou-se que o empregador responde por atos ilícitos (fraude, conforme o caso descrito) de seus empregados se forem cometidos no curso do trabalho e em favor do empregador. Quarenta e cinco anos depois entendeu-se que a configuração de fraude independe do favorecimento do empregador.¹⁴⁷

¹⁴⁶ NOVA IORQUE. Court of Appeals of New York. Riggs et al. v. Palmer et al. **New York Official Reports**, New York, v.115, p.506, 1889.

¹⁴⁷ REINO UNIDO. Court of Exchequer. Barwick v. English Joint Stock Bank. **English Reports: Exchequer**, London, v.2, p.259, 1867.

É preciso ressaltar que essas duas observações não foram feitas somente por Goodhart. Herman Oliphant, ao se debruçar sobre as mesmas questões¹⁴⁸, entendeu que o papel do jurista era o de analisar somente os fatos descritos no relatório e a consequência jurídica imposta pelo juiz.

Em resposta a algumas considerações de Oliphant, Goodhart desenvolveu ainda mais sua teoria. Para ele, existia um grande defeito nas proposições de Oliphant, que considerava que os fatos podem ser levados totalmente em conta ao se estudar um precedente.

Ao discordar dessa afirmação, enunciou-se a terceira regra para determinar a *ratio decidendi* de uma decisão: o juiz é quem escolhe quais fatos são importantes para a resolução do caso. Isso quer dizer que nem todos os fatos apresentados em juízo são levados em consideração para a tomada da decisão. Quem interpreta o precedente deve, portanto, estudar como o juiz observou os fatos e as provas para então ver qual foi a decisão tomada. Sem isso, o sistema de precedentes não significaria nada.

A quarta regra complementa e auxilia na compreensão da terceira. Existem dois tipos de fatos: os materiais e os imateriais. Materiais são os fatos relevantes para a decisão, enquanto os imateriais são aqueles que não influenciaram o resultado do julgado. Alguns fatos são tipicamente imateriais, pois decorrem da imparcialidade do Judiciário, enquanto outros são verificados apenas na fundamentação da decisão.

Por outro lado, os fatos podem ser materiais. A melhor forma de saber se eles foram ou não levados em consideração pelo juiz é pelo exame do relatório. Após identificar se o magistrado reporta-se ou não a um determinado fato, é preciso investigar se ele o considerou relevante ou não para a resolução da questão. Alguns deles são expressamente considerados imateriais, ou seja, declarados irrelevantes, para a solução do caso, mas esta não é a situação mais comum.

Na maioria das vezes, a questão da materialidade de um fato somente é discutida nos casos que examinam a decisão anterior como precedente. Tome-se o

¹⁴⁸ OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v.14, 1928.

exemplo de *People v. Vandewater*¹⁴⁹, em que o réu foi acusado de "*public nuisance*" (incômodo público).

Dois fatos foram alegados: a) as pessoas que frequentavam o bar do réu incomodavam a vizinhança pelo barulho que faziam e pela condição na qual saíam do bar; e b) o bar era ilegal. O resultado do julgamento declarou que a ilegalidade do bar era o que causava a desordem. O barulho e o estado dos clientes foram considerados irrelevantes.¹⁵⁰

Outro caso utilizado por Goodhart para exemplificar sua teoria é *Rylands v. Fletcher*.¹⁵¹ Nele, o réu, Fletcher, contratou um empreiteiro para a construção de um reservatório de água na sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando-lhe prejuízos materiais e machucados.

Goodhart identificou, ao analisar o caso, os seguintes fatos: a) Fletcher construiu um reservatório de água em sua propriedade; b) o empreiteiro contratado agiu com negligência; c) a água escoou e causou danos a Rylands.

A decisão da corte foi a de que o réu era responsável pela indenização do autor. No entanto, considerou como fatos materiais somente a construção do reservatório e o dano causado, desprezando, assim, a negligência do empreiteiro. Com isso foi cunhada, nos Estados Unidos, a teoria da responsabilidade integral.¹⁵²

Essa decisão é importante para demonstrar que, mesmo na hipótese de haver um erro grave na interpretação fática do juiz, deve-se ter em mente que foi nesta representação da realidade que sua decisão se baseou. De acordo com os fatos eleitos como materiais, a decisão não pode ser considerada incorreta. Com isso, Goodhart encerra sua explicação do que seria a *ratio decidendi*: a regra jurídica definida pelo juiz para decidir o caso da forma como ele o observou, ou seja, de acordo com os fatos considerados materiais.

¹⁴⁹ NOVA IORQUE. Court of Appeals of New York. *People v. Vandewater*. **New York Official Reports**, New York, v.250, p.83, 1928. Para mais detalhes V. GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

¹⁵⁰ A decisão deixou de lado o estado com que os frequentadores do bar saíam de lá. Com isso, entendeu-se que a ilegalidade do bar era motivo suficiente para que se considerasse consumado o incômodo público.

¹⁵¹ REINO UNIDO. House of Lords. *Rylands v. Fletcher*. **English Reports: House of Lords**, London, v.3, p.330, 1868. Para mais detalhes V. GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

¹⁵² No original, "*absolute liability*".

Ao final de seu artigo, Goodhart ainda afirma que *obiter dicta* seriam as conclusões baseadas em fatos hipotéticos, entendidos como qualquer situação cuja existência não seja aceita pelo juiz. Esta ideia foi denominada por outros autores como uma argumentação "de passagem".

Goodhart não faz qualquer menção à interpretação de leis. Sua fundamentação é integralmente baseada na apreciação de fatos pelo juiz e nas regras criadas pelo próprio julgador. Por essa razão, o método de identificação de *ratio decidendi* cunhado pela *common law* não se revela perfeitamente compatível com a tradição civilista. O juiz de um sistema romano-germânico como o brasileiro não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos, pois deve demonstrar a incidência da legislação sobre o caso. É neste sentido que se destaca a posição de Frederick Schauer¹⁵³, como se passa a expor.

Ao iniciar sua exposição sobre como identificar um precedente, o autor afirma que é muito fácil dizer que um juiz deve seguir as decisões anteriores – seja pela força horizontal ou vertical do precedente¹⁵⁴, mas que raramente essa facilidade é encontrada ao tentar se identificar o que conta como uma decisão passada.

Comumente, não ficam claros quais casos contam como precedentes e, ainda mais importante, é muito raro saber como estes casos serão aplicados na questão que se coloca diante dos tribunais. Esta tarefa é complexa por um motivo principal: não existem dois eventos exatamente iguais. A tarefa da identificação do precedente compreende, em primeiro lugar, a constatação de que há, de fato, similaridade entre os casos, pois somente com isso a corte terá a obrigação de seguir o precedente.

No entanto, argumenta Schauer, o caminho da similitude entre casos possui inúmeras falhas e pode levar a reflexões bastante incompletas. É preciso procurar algo a mais que permita dizer quanto e como um caso anterior será realmente um precedente para o caso em análise. É esse algo a mais que costuma ser denominado

¹⁵³ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

¹⁵⁴ Para Schauer, o *stare decisis* representa o dever de um tribunal seguir seus próprios precedentes, o que também é denominado força horizontal. Por outro lado, existe a obrigatoriedade dos juízes vinculados a um tribunal superior de respeitar suas decisões, o que para Schauer recebe o nome de força vertical do precedente.

ratio decidendi, que dirá não só o *que* foi decidido, como também *porque* se decidiu daquela maneira.

Uma possibilidade é observar os fatos descritos pelo precedente e levá-los em consideração em conjunto com a decisão tomada pelo tribunal. Trata-se, justamente, da teoria de Goodhart. Ocorre que, para Schauer, esse raciocínio pouco ajuda. Explica-se: a identificação de fatos não especifica o nível de abstração ou o nível de generalidade com que estes fatos devem ser compreendidos. Sem esse fator adicional é impossível saber a razão pela qual o tribunal decidiu daquela forma.¹⁵⁵

Na verdade, um fato se torna material se uma regra jurídica o torna relevante. É uma regra jurídica que define quando duas situações são similares e é uma regra que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal. Vale dizer, se uma lei diz que as propriedades *p*, *q* e *r* são materiais, e se o caso precedente exhibe estas propriedades, então a busca pelas propriedades no caso em análise é uma busca pelas propriedades que a lei, e não o precedente, tornaram juridicamente relevantes.¹⁵⁶

Se há uma regra externa ao precedente que determina a materialidade dos fatos, é esta regra, e não o precedente, que carrega a força vinculante.¹⁵⁷ Ainda, se a determinação de materialidade não decorre de uma regra jurídica, a vinculação obrigatória do precedente nada mais é do que ilusória, pois não há barreira para que o tribunal julgador do caso atual procure semelhanças com um caso anterior.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Em outras palavras, Schauer não acredita que é possível identificar, pela decisão, quais fatos foram levados em consideração pelo juízo para a tomada de decisão. Mais do que isso, ainda que alguns fatos sejam manifestamente materiais, não é possível saber quais tiveram maior peso para que a decisão fosse proferida.

¹⁵⁶ "That is, if a statute says that properties *p*, *q* and *r* are material, and if the precedent case exhibits those properties, then the search for those properties in the instant case is a search for the properties that the statute and not the precedent case have made legally relevant." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.52).

¹⁵⁷ "If the standard for materiality comes from outside the precedent case – a statute, for example, then the structure is doing the work and we do not have an example of precedential constraint at all." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.52).

¹⁵⁸ A reflexão de Schauer, aqui, claramente não leva em consideração valores como a previsibilidade e a igualdade. Sua intenção é levar o raciocínio ao extremo, para demonstrar como funciona o sistema de precedentes.

Diga-se, ainda, que dois eventos ou situações fáticas podem ser semelhantes em alguns aspectos e diferir em outros. Sendo assim, a resposta de que o próprio precedente determina as semelhanças relevantes não é uma resposta verdadeira.

Tais constatações, porém, não devem levar o leitor à desistência do sistema de precedentes. Afinal, na maioria dos casos, as cortes não só apresentam a descrição fática e aplicam uma solução ao litígio, como também dizem as razões pelas quais se chegou àquela conclusão. Ou seja, a partir de fatos considerados pela lei como materiais, é possível identificar o entendimento do tribunal a respeito daquela matéria.

Partindo das considerações do autor, é possível, portanto, elaborar uma justificativa para a *ratio decidendi*: é a partir dela, ou seja, da explicitação dos fatos e das soluções jurídicas dos casos, que os juízes conferem materialidade às leis.

Ora, se para Schauer os fatos materiais são aqueles dotados de relevância jurídica conferida a eles pela lei, o papel do juiz da *Common Law* não é diferente do que se tem no Brasil. Afinal, o magistrado brasileiro deve, justamente, identificar os fatos relevantes alegados pelas partes e, a partir deles, solucionar o caso aplicando a norma prevista em lei. Portanto, caberá ao magistrado examinar os fatos juridicamente relevantes e aplicar o Direito de acordo com seus pares e respeitando as decisões anteriores acerca do tema.

A conclusão acima exposta não é uma construção isolada de Frederick Schauer, nem integra o núcleo do pensamento formalista do autor, que não é compatível com os argumentos apresentados no início deste Capítulo e, essencialmente, no Capítulo 2 deste trabalho. Muitos juristas da *common law* notaram que ao interpretar a lei o precedente não cria uma regra nova, mas confere maior especificidade à legislação. Aproxima-se dessa tese a opinião de Benjamin Cardozo. O *Justice* afirmava que os costumes e as leis não eram propriamente direito, pois os tribunais deveriam aplicá-los para que tivessem efetividade.¹⁵⁹ A opinião de Kenneth Vandeveld, menos radical, confirma a tese de Schauer ao reconhecer que o precedente é uma norma de direito com nível

¹⁵⁹ "Customs, no matter how firmly established, are not law, they say, until adopted by the courts. Even statutes are not law because the courts must fix their meaning." (CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921. p.125).

mais baixo de generalidade. Em outras palavras, é uma norma de direito combinada com os fatos de um caso específico.¹⁶⁰

Neil MacCormick também permite uma melhor compreensão do tema. Sua análise é pertinente com as anteriores e a descrição de seus argumentos também autoriza a retomada do ponto central da tese, que é o papel da argumentação nas decisões. Ao tratar dos precedentes¹⁶¹, em *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, o autor procura responder, em primeiro lugar, quais são as diferenças entre a interpretação de normas do direito legislado e as erigidas pelos precedentes. Afinal, destaca, é comum a afirmação de que "o processo de raciocínio a partir de precedentes ou com eles é radicalmente diferente do raciocínio de leis ou com elas".¹⁶² Mas a tese defendida pelo professor da Universidade de Edimburgo, em 1978, é oposta: "na realidade, as diferenças são no máximo diferenças de grau, não de natureza".¹⁶³ Resta saber o que é este grau e como, então, funcionaria a interpretação de precedentes.

Por um lado, cabe destacar que no raciocínio de MacCormick, o processo de interpretação de leis depende das decisões anteriores. Recorde-se, neste sentido, que o autor já afirmou, em outro momento, que o precedente é o Direito observando a si mesmo. Esta noção é reforçada em *Argumentação Jurídica*, pois "a interpretação de uma lei é em termos bastante padronizados uma questão de interpretá-la à luz de glosas já impostas por precedentes".¹⁶⁴ O elemento central que justifica essa conclusão é a coesão do direito, e ela só pode ser atingida se tanto a lei quanto as decisões forem respeitadas. O tema da coesão e da coerência do Direito, para MacCormick, será aprofundado no Capítulo 2. O que importa, aqui, é compreender o raciocínio

¹⁶⁰ "um considerando é essencialmente uma norma de direito estabelecida em um nível mais baixo de generalidade; é, em suma, uma norma de direito repensada nos termos dos fatos de um caso particular." (VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.39).

¹⁶¹ É interessante destacar que a análise de MacCormick sobre os precedentes parte do estudo de um sistema jurídico que se reputa "híbrido", pois trabalha tanto com a influência da *civil Law* quanto da *common Law*. Sobre o tema, ver: ORÜCÜ, Esin. What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion? **Electronic Journal of Comparative Law**, Tilburg, v.12.1, maio 2008. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/121/art121-15.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁶² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.278.

¹⁶³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.278.

¹⁶⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.278-279.

inicial do autor, no sentido de que a compreensão de um precedente segue as mesmas linhas da compreensão da lei.

O problema seguinte é identificar como as normas podem ser derivadas das decisões judiciais.¹⁶⁵ Para responder a este ponto, recorre-se à definição de *ratio decidendi* de Rupert Cross, segundo a qual a *ratio* seria todo passo necessário para que um juiz chegue a uma conclusão em determinado caso.¹⁶⁶ Na visão de MacCormick, a *ratio*, ou o fundamento da decisão, é uma deliberação que determina um ponto do direito posto em questão pelas partes. Ele faz, portanto, parte da justificação da decisão e está pautado pela argumentação jurídica. No que toca à produção de normas pelas decisões, o ponto está no fato de que "a deliberação proferida por um tribunal precedente fornece uma norma para casos atuais pertinentes".¹⁶⁷

Evidentemente, MacCormick sustenta que esta derivação de normas pelas decisões é muito mais fácil de ser verificada em sistemas pautados por uma doutrina de precedentes vinculantes. Neles, a aplicação de uma norma pelo Judiciário faz transparecer uma deliberação quanto a sua correta interpretação, para uma determinada espécie de fato.¹⁶⁸ Este fenômeno de subsunção de normas e fatos resulta no aumento de complexidade do Direito e das deliberações dos tribunais.¹⁶⁹

No entanto, mesmo em sistemas marcados por uma forte tradição da *Civil Law*, o papel dos precedentes é verificado. Destaca-se, por exemplo, o caso da França, onde não há efeito vinculante, mas os comentários aos códigos citam as decisões mais importantes sobre a interpretação dos dispositivos.¹⁷⁰

¹⁶⁵ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.279.

¹⁶⁶ No original, "*the ratio decidendi of a case is any rule expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.*" (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.72).

¹⁶⁷ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.281.

¹⁶⁸ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.283.

¹⁶⁹ Após descrever um conjunto de casos, MacCormick afirma que "o processo característico pelo qual uma deliberação inicial, simples em princípio, a respeito de uma importante questão do direito, é por sua vez concretizada e trabalhada em detalhe por uma série de deliberações secundárias." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.284).

¹⁷⁰ "Na França, onde em teoria o precedente não tem nenhum efeito vinculante, as edições modelo dos códigos relacionam, de modo semelhante, em notas de rodapé, para cada alínea de cada artigo, as decisões mais importantes que decidiram pontos de interpretação da lei pertinente. A simples leitura dos códigos proporciona ao leitor algum conhecimento sobre o espírito e os princípios

Um último ponto que deve ser destacado do pensamento do autor escocês é a liberdade que este confere na interpretação e aplicação de decisões judiciais anteriores. Para ele, a subsistência de um precedente depende não só da qualidade de seus argumentos, mas também da adequação da decisão aos valores e princípios do direito ao tempo em que a nova decisão é tomada.¹⁷¹ Isto permite que a estabilidade do presente¹⁷² não prejudique a alteração de posicionamentos no futuro.¹⁷³ O mesmo raciocínio que leva os tribunais a distinguir ou superar precedentes é o que os leva a interpretar de modo amplo ou restrito uma determinada lei: sua compatibilidade com o ordenamento, especialmente com seus valores e princípios.¹⁷⁴

Com isso, constata-se a importância da interpretação e da argumentação jurídicas que integram o Direito e contribuem para a sua complexidade, pois estão em todos os momentos e aspectos necessários para a compreensão das decisões judiciais e dos casos em que essa decisão assume efeitos vinculantes ou persuasivos. Daí a afirmação de que é na fundamentação e, portanto, na argumentação das decisões, que se dá a passagem da decisão judicial como mera técnica processual para a resolução de um caso para um precedente, ou seja, uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores.

A retomada do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, permite reforçar essa conclusão. Pelos requisitos da fundamentação expostos acima, a legislação

gerais do direito francês. Entretanto, o leitor poderia estar pessimamente orientado quanto ao efeito prático detalhado da lei, se não estudasse também os precedentes reveladores de como ela foi interpretada judicialmente. Quanto a essa questão, decerto não deveria ser exagerada a diferença entre a lei promulgada e os precedentes, e na realidade entre qualquer sistema codificado e não-codificado." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.285).

¹⁷¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.291.

¹⁷² "A abertura ilimitada tem também outro aspecto, na medida em que as normas da jurisprudência são em certo sentido apenas relativamente vinculante. Num sistema hierárquico de tribunais, somente confusão e despesa resultam do fato de tribunais de instâncias inferiores se recusarem a seguir precedentes firmados por tribunais superiores." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.296).

¹⁷³ "O fato de um precedente ser ou não ser discriminado não é condicionado simplesmente pela questão de saber se ele é de algum modo discriminável. Ele é condicionado também, e em termos cruciais, pelo fato de aos olhos do tribunal parecer ou não que existam bons motivos para discriminá-lo." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.292).

¹⁷⁴ "Pode-se dizer no mínimo que o processo e os fundamentos para explicar de modo restritivo e discriminar precedentes são acentuadamente semelhantes àqueles empregados na interpretação restritiva de leis promulgadas." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.291).

pretende que os tribunais forneçam uma fundamentação suficiente para que as decisões assumam a função de precedentes.

Este é o primeiro passo para que o conjunto de decisões seja compreendido como jurisprudência. Há, no entanto, um segundo momento que deve ser destacado antes de se investigar o conceito do instituto da jurisprudência. O entendimento dos tribunais pode não ser definido por apenas uma decisão. Em outras palavras, pode ocorrer de que um precedente não seja suficiente para formar o entendimento jurisprudencial sobre um determinado tema. Isto se deve tanto às circunstâncias fáticas dos casos julgados quanto à compreensão do tema ao longo do tempo e à luz dos princípios que regem um ordenamento jurídico. É este ponto que o próximo item pretende explorar. Todavia, adverte-se o leitor mais familiarizado com a teoria dos precedentes que os parágrafos abaixo podem configurar *obiter dicta* ao argumento central.

1.6 PRECEDENTE E PRECEDENTES: O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO NOS TRIBUNAIS EM DIREÇÃO À JURISPRUDÊNCIA

O que se pretende demonstrar neste tópico é a questão de que o precedente, ou melhor, a regra estabelecida por um precedente, pode se formar a partir de um conjunto de decisões. Um tema clássico do direito inglês pode auxiliar na demonstração desta afirmação. Trata-se do desenvolvimento da matéria da negligência, pela qual as Cortes do Reino Unido analisaram casos de produtos capazes de gerar risco aos usuários.¹⁷⁵

Em *Langridge v. Levy*, de 1837,¹⁷⁶ um homem comprou uma arma de um fabricante, que a vendia como se fosse segura. O filho do adquirente atirou com a arma e seu barril explodiu, o que mutilou a mão do rapaz. O caso foi levado ao Judiciário, tendo como discussão se o filho do adquirente teria algum direito. A Corte negou o pedido e fundamentou que, pelo direito contratual, o menino não havia comprado a arma e que não havia previsão legal para a reparação civil por negligência.

¹⁷⁵ Uma das obras que se utiliza da matéria de negligência para explicar o desenvolvimento da teoria dos precedentes é CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

¹⁷⁶ REINO UNIDO. Court of Exchequer. *Langridge v. Levy*. **English Reports**, London, v.150, p.863, 1837.

A Corte, porém, condenou o fabricante da arma por fraude, já que a vendia como se fosse segura.

Já em *Winterbottom v. Wright*,¹⁷⁷ de 1842, o caso envolvia um motorista de uma Carruagem-Correio (*mail coach*) que se acidentou enquanto trabalhava. O réu da ação, Wright, era o responsável pela manutenção das carruagens. O resultado do julgamento foi a total improcedência do pedido, sob o argumento de que o motorista da carruagem não tinha qualquer relação com o responsável por sua manutenção – o que imperava era o direito contratual. Este julgamento estabeleceu o chamado princípio de Winterbottom, pelo qual os consumidores lesados por produtos defeituosos não tinham nenhuma ação legal contra a execução defeituosa de um contrato no qual eles não eram partes.

Assim, por mais de duas décadas, o direito inglês a respeito da negligência pautou-se por duas regras estabelecidas jurisprudencialmente: o princípio de Winterbottom e a proteção contra a fraude firmada em Langridge. Ao conjugar estas duas regras, em 1869, a Corte concedeu o pedido do autor no caso *George v. Skivington*,¹⁷⁸ no qual o reclamante comprou um xampu defeituoso para sua esposa, causando-lhe perda de cabelo. O tribunal entendeu que, nesta situação, o fabricante/vendedor sabia que o produto seria usado por um terceiro, alheio à relação contratual, e que o produto era inadequado (o que configurava fraude).

Anos depois, um novo caso foi levado ao Judiciário e ensejou o início da revisão das regras relativas à negligência. *Heaven v. Pender*,¹⁷⁹ de 1883, analisou um caso bastante peculiar. O reclamante (*Heaven*), funcionário de uma prestadora de serviços, trabalhava em um porto consertando navios. Para realizar sua atividade, utilizava-se de andaimes instalados pela administradora do porto (*Pender*). Por conta de uma corda queimada, o andaime tombou e causou danos ao funcionário.

Note-se, aqui, que pelo entendimento de Langley e Winterbottom, o reclamante não teria a princípio nenhum direito, pois não era parte da relação contratual com o causador do dano, nem havia sido prejudicado por fraude. Todavia, o Judiciário

¹⁷⁷ REINO UNIDO. Court of Exchequer. *Winterbottom v Wright*. **English Reports**, London, v.152, p.402, 1842.

¹⁷⁸ REINO UNIDO. Court of Exchequer. *George v. Skivington*. **Law Reports: Exchequer**, London, v.5, p.1, 1869.

¹⁷⁹ REINO UNIDO. Court of Appeal. *Heaven v. Pender*. **Queen's Bench Division**, London, v.11, p.503, 1883.

alterou seu entendimento ao julgar que o responsável pelos andaimos tinha um dever de cuidado com qualquer usuário e que este dever foi descumprido.

Anos depois (1937), um caso ainda mais emblemático foi apreciado pelos magistrados ingleses: *Donoghue v. Stevenson*.¹⁸⁰ Os fatos iniciam com uma amiga da Sra. *Donoghue* pedindo, em um Café, uma bebida típica escocesa feita com sorvete e cerveja de gengibre.¹⁸¹ O dono do Café trouxe à mesa um recipiente com o sorvete e uma garrafa de cerveja, produzida por *D. Stevenson*, servindo uma dose sobre o sorvete. Ao servir-se uma segunda vez da cerveja, *Mary Jane Donoghue* viu que, além da bebida, um caracol decomposto também saiu da garrafa. Horas depois, a Sra. *Donoghue* foi diagnosticada com gastroenterite atribuída à bebida. A questão que se colocava é que a Sra. *Donoghue* não tinha comprado o produto, o que impediria qualquer requerimento judicial, nos termos do caso *George v. Skivington*.

Reconhecendo a insuficiência de seus entendimentos anteriores, a *House of Lords* estabeleceu uma nova regra: o dever de cuidado. Este dever destinava-se não apenas ao comprador de um produto, mas ao usuário final, o que garantiu à Sra. *Donoghue* reparação pelos danos sofridos. Enfim, após quase 100 anos aperfeiçoava-se o direito inglês na matéria da negligência. A *House of Lords* havia, finalmente, observado que a proteção conferida apenas pela fraude era insuficiente, estendendo seu entendimento e admitindo a reparação de danos de terceiros.

Observe-se que a análise acima passou por cinco casos, julgados ao longo de um século. A este respeito, duas são as observações que merecem ser feitas: a primeira, de que um precedente pode não se formar com apenas uma decisão; e a segunda é que ao mesmo tempo que os precedentes vinculam, deve-se dar espaço às Cortes para que examinem os fatos de casos diferentes, o que oportuniza o aprimoramento da interpretação das normas jurídicas. Estas noções devem acompanhar o desenvolvimento da análise deste trabalho. Tenha-se certo, portanto, que a noção de precedente utilizada não é, por si só, restritiva ao desenvolvimento do Direito.¹⁸²

Espera-se, assim, ter delineado de forma satisfatória o que se compreende pelo conceito de precedente como uma decisão anterior que serve como modelo

¹⁸⁰ REINO UNIDO. House of Lords. *Donoghue v Stevenson*. **United Kingdom House of Lords Decisions**, v.100, p.562-623, 1932.

¹⁸¹ Trata-se de um *"Ice cream float"*. No Brasil, é relativamente comum um produto similar, chamado Vaca-Preta, feito com sorvete e refrigerante.

¹⁸² Este ponto integra o núcleo da noção de estabilidade, o que será explorado adiante.

para decisões posteriores. É do conjunto dessas decisões, com ou sem efeitos para além do processo, que a jurisprudência pode ser compreendida.

1.7 JURISPRUDÊNCIA

Tem-se por jurisprudência o conjunto de decisões judiciais e precedentes disponíveis para consideração em um determinado cenário jurídico.¹⁸³

A expressão "jurisprudência" não é nenhuma novidade para o Direito brasileiro. As mais conhecidas obras de introdução ao Direito apresentam ao estudante a figura da jurisprudência ao tratar das fontes do direito. Assim, por exemplo, Tércio Sampaio Ferraz Jr. parte da explicação dos costumes para afirmar que "há um tipo de costume que, por sua relevância, merece um destaque especial: o costume jurisprudencial".¹⁸⁴ Apesar de discutir a validade da jurisprudência dos tribunais como fonte do Direito, o autor não define o que entende pela expressão, de modo que o leitor tem apenas a ciência de que se trata de um produto "dos tribunais".¹⁸⁵

Se, por um lado, existem autores que se afastam da definição do termo, outros deixam claro que há uma "poluição semântica" a respeito da jurisprudência.¹⁸⁶ De acordo com Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira, a causa da polissemia decorre do fato de que o termo *iurisprudencia* designa, nas línguas latinas, por vezes o conhecimento das regras jurídicas e, por outras, a sua atuação prática pelo Judiciário. O primeiro significado, destaque-se, é o que costuma ser empregado pelas tradições anglo-saxônicas, tanto que há publicações como o *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*¹⁸⁷ dedicadas ao que, no

¹⁸³ O conceito decorre de um trecho de MacCormick e Summers: "*the body of precedents available for consideration in any legal setting.*" (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study.** Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

¹⁸⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.209.

¹⁸⁵ "É discutido, nesse passo, se a jurisprudência dos tribunais deve ser considerada fonte do direito." (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.209).

¹⁸⁶ "Em relação ao conceito de jurisprudência, existe verdadeira poluição semântica uma vez que, por diversas vezes, ele é confundido com o termo latino *iurisprudencia*." (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.294).

¹⁸⁷ COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law.** Oxford: Oxford University Press, 2002.

Brasil, denomina-se Teoria do Direito, Filosofia do Direito ou, em um âmbito muito mais amplo, doutrina.¹⁸⁸

Em obra que procura tratar do "Sistema Brasileiro de Precedentes", por sua vez, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁹ amplia o número de significados destinados à palavra jurisprudência. Para ele, a primeira utilização designa a ciência do Direito, ou seja, o ramo do conhecimento que procura estudar o ordenamento jurídico. Há, em segundo lugar, um significado etimológico, que representa o Direito aplicado aos casos concretos. Em terceiro, o autor destaca a concepção exegética da jurisprudência, que representa a interpretação teórica do direito pelos juristas e, atualmente, pela doutrina. Pode-se ainda definir jurisprudência pelo ângulo da distribuição da justiça, pelo que a expressão significa a massa judiciária, ou seja, a somatória global dos julgados dos Tribunais. Por fim, o quinto sentido, mais pragmático, representa uma coleção ordenada e sistematizada de julgados, de um certo tribunal, sobre um tema jurídico.

É importante, também diferenciar jurisprudência de precedente. Neste aspecto, a lição do professor italiano Michele Taruffo mostra-se muito precisa.¹⁹⁰ Em primeiro lugar, os termos possuem uma diferença quantitativa. A expressão "precedente" costuma ser utilizada para se fazer referência a uma decisão, relativa a um caso particular, ou no máximo a "poucas decisões sucessivas" que compõem o entendimento sobre um assunto.¹⁹¹ Por outro lado, quando se fala em jurisprudência, "faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas".¹⁹² Para Taruffo, essa diferença implica consequências, como a dificuldade de se estabelecer qual decisão é relevante e

¹⁸⁸ A aproximação do significado de jurisprudência como "conhecimento das regras jurídicas" à doutrina é atribuído a ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.294.

¹⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.42-43.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.3, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁹² TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.3, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

quantas decisões são necessárias para afirmar que existe, de fato, jurisprudência sobre a interpretação de uma norma.¹⁹³

O segundo aspecto que diferencia precedente de jurisprudência é qualitativo. O precedente pode ser aplicado como critério para a decisão seguinte em função de sua identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso com o segundo. É a qualidade da decisão, não a quantidade de sentenças, que permite a "aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro".¹⁹⁴ A jurisprudência, por sua vez, funciona de modo bastante diverso. No caso italiano – e no brasileiro, pela semelhança dos sistemas – não se parte de um raciocínio comparativo de fatos. Há uma tendência de sumular os entendimentos jurisprudenciais¹⁹⁵, formuladas como "declarações, concentradas em uma ou em poucas frases"¹⁹⁶ semelhantes às regras. As súmulas, portanto, são "enunciados gerais de conteúdo preceptivo".¹⁹⁷ Desta observação, Taruffo conclui que a jurisprudência tem uma preocupação menor com os fatos que foram objeto da decisão. Esta observação revela a necessidade de rever a forma e a argumentação desenvolvida pelos tribunais da *Civil Law* que pretendem, de alguma maneira, implementar a utilização de precedentes.

Após a análise do tema pela ótica doutrinária, é preciso voltar as atenções para outra fonte e verificar o modo como a legislação brasileira trata da figura da jurisprudência. Curiosamente, são poucas as leis que empregam este termo, sendo que são os Códigos de Processo Civil (de 1973 e 2015) os que mais se preocupam com o tema. Em uma análise pautada pelo critério cronológico, o Código de 1973 deve ser observado por primeiro.

¹⁹³ Michele Taruffo escreve em consideração ao direito italiano. No direito brasileiro, a existência de jurisprudência, nos termos em que o autor se refere, tem recebido o nome de "jurisprudência dominante".

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.4, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁹⁵ Na Itália, as súmulas recebem o nome de "massime": "trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais." (TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.4, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.4, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.4, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

O vocábulo "jurisprudência" aparece em treze oportunidades ao longo do texto da Lei n.º 5.869/1973. A que suscita maior atenção, porém, é a oportunidade em que o Código utiliza a expressão como título do Capítulo I, do Título IX, de seu Livro I: "Da Uniformização da Jurisprudência". A análise dos dispositivos deste tema se revela bastante importante.

O primeiro dispositivo que exige estudo é o artigo 476, que atribui ao juiz que compõe órgão colegiado solicitar o pronunciamento prévio do tribunal a que está vinculado sobre a interpretação do direito quando verificar que ocorre divergência a este respeito ou quando, no julgamento, "a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas".

Outro momento em que a noção de jurisprudência é empregada pelo Código de Processo Civil de 1973 é o tratamento dos recursos especiais e extraordinários. Neste sentido, de acordo com o artigo 541, parágrafo único, os recursos aos tribunais superiores podem se fundar em "dissídio jurisprudencial".¹⁹⁸

Estes dois dispositivos acima citados transparecem algo que deve ser apreendido pela doutrina: a legislação brasileira pressupõe que a jurisprudência admite dissídio. Em outras palavras, a jurisprudência não é, pelo menos aos olhos do legislador, "a colação ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo tribunal, ou de uma dada Justiça, sobre um mesmo tema jurídico".¹⁹⁹

Aliás, esta presunção de que a jurisprudência compreende divergência pode ser verificada em outros dispositivos do Código de 1973, como por exemplo os artigos 120, parágrafo único²⁰⁰, 479, parágrafo único²⁰¹, 543-A, § 3.²⁰², 543-C,

¹⁹⁸ Sabe-se que a redação deste dispositivo decorre do artigo 105, II, c), da Constituição da República Federativa. No entanto, a Constituição não trata expressamente de jurisprudência, fazendo referência à hipótese em que a decisão recorrida "der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

¹⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.36-37.

²⁰⁰ "Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente."

²⁰¹ "Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante."

²⁰² "Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal."

§ 2.^{o203}, 544, § 4.^o, alíneas b)²⁰⁴ e c),²⁰⁵ e 557, *caput* e § 1.^{o206}. Em todas essas oportunidades, a legislação se utiliza da expressão "jurisprudência dominante", com a intenção de destacar um determinado posicionamento que prevalece nos tribunais.

Há de se reconhecer, portanto, que a legislação brasileira pressupõe o dissenso na atuação dos tribunais e atribui ao resultado dos julgamentos como um todo o nome de jurisprudência. Aqueles posicionamentos reiterados ou consolidados por determinados tribunais são classificados como uma espécie deste gênero, sendo chamados de "jurisprudência dominante". Por outro lado, há quem oponha à classe dominante a figura da "jurisprudência minoritária"²⁰⁷, por exemplo.

O novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), por sua vez, emprega a expressão por doze vezes ao longo de seu texto original. Há uma dessas oportunidades que merece destaque e que comprova o que se desenvolveu nos parágrafos anteriores. Trata-se do artigo 926, cujo *caput* dispõe que os tribunais "devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O dispositivo acima será o ponto de partida do Capítulo 2. No entanto, neste primeiro momento, deve-se observar apenas que o Código de Processo Civil de 2015 também entende que a jurisprudência, no Brasil, é o conjunto composto por todos os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário.

Há, no entanto, que se fazer uma ressalva imprescindível para o prosseguimento da exposição: quando se afirma que a jurisprudência é o conjunto de todos os

²⁰³ "Não adotada a providência descrita no § 1.^o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida."

²⁰⁴ "negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal."

²⁰⁵ "c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal."

²⁰⁶ "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."

²⁰⁷ Apelação – Ação de indenização por danos materiais e morais – indeferimento inicial – extinção do processo sem julgamento de mérito – Inconformismo – Cabimento – competência restrita dos Foros Regionais que não pode levar à extinção drástica da ação, quando a parte renitente se recusa a aditar a inicial genérica conforme jurisprudência minoritária – admissibilidade de pedido genérico na ação de indenização por dano moral – recurso provido para, após designação de audiência, determinar a citação da ré (Voto 14911). (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **SR 4249324000 SP**. Relator: Ribeiro da Silva. Julgamento: 21/08/2008. Órgão Julgador: 8.^a Câmara de Direito Privado. Publicação: 05/09/2008).

julgamentos, esta afirmação exige que se integrem à noção de jurisprudência as duas noções expostas nos itens anteriores, quais sejam, decisões judiciais e precedentes.

Dentre as propostas de Mancuso, é preciso deixar claro, portanto, que este trabalho utiliza como significado de jurisprudência a seguinte: "a massa judiciária, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado".²⁰⁸

Estabelecidas as definições iniciais com as quais se pretende trabalhar, o item a seguir procura expor o problema que a tese pretende enfrentar e aponta a hipótese que norteará o trabalho.

1.8 O PROBLEMA E A HIPÓTESE: A INSUFICIÊNCIA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA UM EFETIVO RESPEITO À JURISPRUDÊNCIA

Se, por um lado, a legislação auxilia na identificação do que se pode entender pela expressão jurisprudência, os efeitos de um tratamento legal sobre a matéria são bastante distintos e merecem reflexão. O ponto de partida deste item, portanto, é a consideração de que o Brasil, local onde o ordenamento jurídico vigente costumava dar pouca importância para a jurisprudência como elemento vinculante ou persuasivo nas decisões, passa a reconhecer neste instituto certa autoridade, na medida em que ela deve ser considerada pelo Poder Judiciário ao decidir. O curioso é que essa alteração de *status* decorre, à primeira vista, de inovações do próprio legislador, especialmente no novo Código de Processo Civil.

Pode-se dizer que a Lei n.º 13.105/2015 trouxe várias inovações em matéria de jurisprudência. A partir de sua análise, verifica-se uma grande preocupação por parte do legislador em destacar a importância em seguir as decisões dos tribunais. Na exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil²⁰⁹, destacou-se a relevância da uniformização da jurisprudência na busca pela segurança jurídica e pela isonomia, dentre outros valores. Isso fica cristalino no excerto abaixo:

²⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.42-43.

²⁰⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Coidigo de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

Haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiu-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 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.

[...]

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

As intenções do projeto eram a de ampliar a previsibilidade das decisões e criar estímulos para que a jurisprudência uniformize-se, estabilize-se e que seja aplicada pelos magistrados vinculados aos tribunais que a estabelecem. Tudo isto tem nos tribunais superiores a peça chave para seu bom funcionamento, pois são vistos pelo legislador como responsáveis por "proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado".

Em razão dessa preocupação e visando ao resguardo dos valores supramencionados, há quatorze pontos com relevantes modificações no Código de Processo Civil atinentes à questão dos efeitos das decisões: *i)* as novas hipóteses de improcedência liminar do pedido (artigo 332); *ii)* os requisitos da fundamentação das decisões (artigo 489, § 1.º); *iii)* a noção de jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (artigo 926); *iv)* o rol de precedentes aparentemente obrigatórios (artigo 927); *v)* a modificação das hipóteses de julgamento liminar pelo relator do recurso (artigo 932); *vi)* o incidente de assunção de competência (artigo 947); *vii)* o incidente de arguição de inconstitucionalidade (artigo 948 e seguintes); *viii)* o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976 e seguintes); *ix)* a ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação (artigo 988); *x)* a desistência de recursos e a análise de questões (artigo 998, p. único); *xi)* a presunção de repercussão geral (artigo 1.035, § 3.º); *xii)* o procedimento dos recursos especiais e extraordinários

repetitivos (artigo 1.036 e seguintes); *xiii*) os requisitos do agravo (artigo 1.042); *xiv*) as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência (artigo 1.043).

Destes, quatro são essenciais para a análise aqui proposta. A primeira delas é a inovação do artigo 927, que elege um grupo de decisões que, de acordo com o *caput* do dispositivo, devem ser "observadas". Surge, aqui, a primeira dúvida a respeito do dispositivo, pois "observar" é verbo que pode ser interpretado como um dever a ser cumprido (que, em inglês, é representado pelo verbo *ought to* ou *must*²¹⁰), com eficácia vinculante, ou como uma palavra que denota mera eficácia persuasiva (que, em inglês, poderia ser traduzida como *should be*).²¹¹

Parte da doutrina tem defendido que a interpretação mais adequada para este dispositivo é a de que as decisões nele previstas têm eficácia vinculante.²¹² Outras linhas argumentam que os efeitos admitem sopesamento e considerações caso a caso.²¹³ De todo modo, o dispositivo por si só produz a necessidade de se refletir sobre o problema e aponta para uma eficácia muito diferente da que as decisões judiciais e a jurisprudência possuíam até então. O que também não fica claro da leitura do artigo é se há alguma restrição temporal com relação às decisões que ganham eficácia vinculante. Outro problema que decorre do artigo 927 é a identificação das súmulas do Supremo Tribunal Federal "em matéria constitucional" pois, por ser a Constituição brasileira demasiadamente extensa, pode haver discussões substanciais sobre o que significa a referida matéria constitucional. Como exemplo, tem-se a

²¹⁰ Conforme a sistematização definida por MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

²¹¹ Sobre os graus de obrigatoriedade das fontes do direito, ver: AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.134-141.

²¹² "O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e de súmulas vinculantes (inciso II), mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código) ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos 'acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos' (inciso III). E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um inusitado caráter vinculante (IV). Ainda, o inciso V do art. 927 prevê, de forma geral, que também deve ser observada pelos Tribunais 'a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados'." (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p.355). Ainda, ver: MACÊDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.459-490.

²¹³ ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.399-405.

Súmula n.º 618²¹⁴, que trata de juros em desapropriações e é anterior à Constituição de 1988, bem como a Súmula n.º 625²¹⁵, que trata de matéria que pode ou não ser conhecida em Mandado de Segurança. Esta mesma reflexão deve ser empregada para os recursos repetitivos já julgados pelos tribunais superiores pois, embora houvesse uma tendência de uniformização, não havia na época o conhecimento de que estas decisões atingiriam o *status* de decisões de observação obrigatória.

Todas essas considerações foram feitas apenas a partir do artigo 927. É preciso considerar, também, a previsão do artigo 489, § 1.º, especialmente no que diz respeito a seus incisos V e VI. Em síntese, o que esses incisos significam é que os magistrados serão obrigados a fundamentar suas decisões a partir da jurisprudência. Assim, será nula por falta de fundamentação a decisão que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" ou que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Note-se que estes incisos encontram-se ao lado de exigências como a de que o magistrado deve explicar a relação da norma aplicada com o caso concreto, em verdadeiro juízo de subsunção. Portanto, passa a integrar as necessidades mais básicas de uma decisão que o juiz trabalhe com a jurisprudência que lhe está à disposição. O problema que daqui decorre é que, para além das decisões com efeito vinculante previstas no artigo 927, a jurisprudência brasileira – ressalte-se que o artigo 489 utiliza a expressão mais geral, jurisprudência – é rica em posicionamentos divergentes. Com isso, o Código de Processo Civil parece atribuir uma tarefa digna de Hércules ao magistrado brasileiro: trabalhar com todo o arcabouço jurisprudencial disponível no Brasil a cada caso.²¹⁶

O terceiro ponto que exige reflexão é o previsto no artigo 332, do Código de Processo Civil de 2015. De acordo com este dispositivo, o pedido pode ser julgado

²¹⁴ Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.

²¹⁵ Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

²¹⁶ Justamente por isso, a questão do artigo 489, § 1.º, V e VI, já foi considerada pelos próprios magistrados, que aprovaram o Enunciado n.º 11, do ENFAM: Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1.º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

liminarmente improcedente quando não depender da produção de provas e contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, acórdão de um desses tribunais proferido em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência, ou, ainda, enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Identifica-se como problema, aqui, questão semelhante à observada quando se comentou o artigo 927: pode haver súmula que impeça a discussão de questões relevantes, como a 385, do Superior Tribunal de Justiça.²¹⁷

Ainda com relação à questão de decisões liminares, merece destaque o artigo 311, inciso II, que permite ao juiz antecipar a tutela, sem urgência, desde que "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Portanto, a jurisprudência passará a influenciar não só o resultado final, mas também permitirá o julgamento liminar contra ou a favor do autor. Mais uma vez, o problema é o de que há entendimentos, na jurisprudência, que podem permitir julgamentos liminares de improcedência ou procedência diante de um mesmo caso. Este é parte do preço a se pagar pela transformação da jurisprudência, pela via legislativa, em elemento essencial para as novas decisões, concedendo-lhe autoridade.

O novo Código de Processo Civil procura implementar um sistema que confere efeitos aos precedentes. Esta tarefa, porém, exige mais do que simples alteração legal, e aqui está o problema: não existe, no Brasil, uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir. O porvir desta teoria depende da compreensão teórica e empírica da argumentação e da interpretação jurídicas voltadas ao sistema brasileiro, além de um direcionamento dos dispositivos recentes que tratam da vinculação dos efeitos das decisões dos tribunais.

A presente tese defende, no entanto, que o primeiro passo para sanar essas deficiências também se encontra na legislação, desde que ela seja bem interpretada. O principal caminho para o tratamento da jurisprudência de modo a se preservar o ordenamento jurídico e, quiçá, aprimorá-lo, encontra-se no artigo 926, do Código de

²¹⁷ Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Processo Civil de 2015. Dispõe o *caput* do artigo 926 que "[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Há, portanto, a imposição de um dever aos tribunais de uniformizar a jurisprudência e o estabelecimento de parâmetros para que esta se desenvolva: estabilidade, integridade e coerência.

É a partir do artigo 926 que se enuncia a hipótese a ser verificada no presente trabalho. Tem-se que uniformidade, estabilidade, integridade e coerência não são meros requisitos legais, mas elementos essenciais para que um direito jurisprudencial se desenvolva. É necessário seguir estes parâmetros como um ideal normativo, ou seja, buscar um aprimoramento do direito positivo ao mesmo tempo em que se preservam as garantias de segurança jurídica e de previsibilidade.

Afirmar que uniformidade, estabilidade, integridade e coerência formam um conjunto de premissas a serem seguidas pelos tribunais implica o enfrentamento de questões de argumentação jurídica. Por um lado, a jurisprudência passa a ocupar um lugar central na tarefa de compreensão dos dispositivos legais. Isto significa que os tribunais devem olhar para o passado e se preocupar com o futuro, evitando romper com os entendimentos anteriores sem boas razões, com a ciência de que o que for decidido terá efeitos para outros casos.

Há, também, um outro lado: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência servem como critérios para a alteração dos entendimentos firmados pelos tribunais. Em outras palavras, a mudança é possível e bem vinda, mas com a devida cautela e com o respeito à previsibilidade, à segurança e à igualdade.

O Capítulo seguinte procura expor este conjunto de parâmetros legais sob uma perspectiva normativa, ou seja, como um "dever ser" para que as decisões judiciais resultem em precedentes bem fundamentados e aplicáveis aos casos novos, de modo que a jurisprudência brasileira se torne mais do que um mero conjunto de decisões e represente a sabedoria e a prudência dos tribunais.

CAPÍTULO 2

UNIFORMIDADE, ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA

A efetividade dos precedentes em um sistema jurídico não depende apenas de sua introdução no ordenamento pela via legislativa. Esta prática, na verdade, não é comum nos sistemas que seguem a tradição da *Common Law*, tampouco é utilizada pela *Civil Law*.²¹⁸ Pelo contrário, os precedentes são costumeiramente apresentados como resultado de uma teoria cujo ponto de partida é uma premissa básica acerca do direito: *stare decisis et non quieta movere*. Em uma adaptação do latim ao português, a expressão representa a ideia de manter aquilo que foi decidido e não alterar aquilo que foi estabelecido. Assim, ao ligar o *stare decisis* às decisões tomadas pelos tribunais, define-se a linha mestra que deveria pautar a atuação das cortes, qual seja, a de respeitar suas decisões anteriores e não alterar seus posicionamentos. Em uma acepção contemporânea desta doutrina, autores também se utilizam da expressão "*treat like cases alike*".²¹⁹

Nesta linha, a afirmação de que a *Common Law* é um direito elaborado por juízes é, sim, verdadeira.²²⁰ Tendo como elemento principal a doutrina do *stare decisis*, as decisões judiciais devem ser consideradas vinculantes não só para as partes, mas também para casos semelhantes a serem decididos no futuro. Nos casos novos, em que houver um problema de interpretação, de pertinência ou de qualificação, os juízes preenchem essas lacunas com novas decisões.²²¹ Esta, porém, é uma descrição geral do funcionamento da *Common Law* e não pode guiar todas as conclusões extraídas do estudo deste sistema.

²¹⁸ Ver, neste sentido, MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991; ; Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

²¹⁹ Por exemplo, WINSTON, Kenneth I. On treating cases alike. **California Law Review**, Berkeley, v.62, n.1, p.1-39, 1974.

²²⁰ POSTEMA, Geral. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.588.

²²¹ "*In novel cases, where Law is arguably silent, judges fill the silence with new binding precedents.*" (POSTEMA, Geral. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.588).

Vale destacar, ainda em sede preliminar, que embora os precedentes sejam elemento essencial do Direito da *Common Law*, eles não são o próprio Direito. Isto quer dizer que nenhuma decisão tem autoridade jurídica simplesmente pelo fato de um juiz ou tribunal ter decidido de uma determinada maneira, pois os juízes que analisarão os casos futuros são livres para testar os argumentos anteriores à luz de critérios de razoabilidade.²²² Postema afirma que estes critérios podem ser assim concebidos: "[s]omente na medida em que a decisão puder ser integrada ao corpo do direito – produzida de modo consistente e razoavelmente coerente (ao menos em um contexto local)"²²³ e "for tomada na deliberação e nos argumentos da comunidade jurídica".²²⁴ Assim, uma decisão contrária aos preceitos jurídicos, ou seja, que rompa com os critérios de razoabilidade estabelecidos pela consistência e pela coerência da argumentação jurídica, não terá qualquer autoridade.

Por conta desta reflexão, Zenon Bankowski sustenta que o Direito produzido pelos tribunais forma uma moldura de raciocínio prático que orienta a organização social.²²⁵ Não se trata, portanto, de uma noção de direito como um conjunto de regras organizadas ou codificadas, como se costuma conceber nos sistemas de *Civil Law*. O valor do precedente está na sua argumentação e na sua capacidade de desenvolver ou revelar o Direito, preservando sua coerência.

Gerald Postema aponta três razões pelas quais os precedentes são importantes na *Common Law*.²²⁶ A primeira é o de que o aproveitamento das decisões pelas cortes e pelos juízes confirma sua importância como experiência – ou melhor, como

²²² POSTEMA, Geral. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.596.

²²³ "Only in so far as the decision can be integrated into the body of Law – made consistent and reasonably coherent (at least within its local context)." (POSTEMA, Geral. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.596).

²²⁴ "[I]s taken up in the deliberation and argument of the legal community". "Only in so far as the decision can be integrated into the body of Law – made consistent and reasonably coherent (at least within its local context)." (POSTEMA, Geral. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.596).

²²⁵ "[C]oherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing the coherence of of the legal system, are absolutely fundamental to them." (BANKOWSKI, Zenon et al. *Rationales for Precedent*. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.487).

²²⁶ POSTEMA, Geral. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.597.

raciocínio prático. Em segundo lugar está a razão de que a decisão revela como o raciocínio jurídico opera e, portanto, como ele pode ser repetido. Por fim, os casos julgados não impedem a deliberação e a argumentação nos casos futuros; ao contrário, eles incentivam essa atividade. Os juízes têm a possibilidade de, a qualquer momento, testar os precedentes.

Outra forma de ver essas três razões pode ser sintetizada no fato de que o raciocínio a partir dos precedentes é importante para o funcionamento do processo de decisão. Analisar um caso a partir de outro, já julgado, permite organizar a fundamentação, apoiando ou rejeitando a fundamentação anterior. O conjunto de precedentes, portanto, é a acumulação da sabedoria do passado e funciona como um modelo para as novas decisões.²²⁷ Esta prática, na verdade, revela o núcleo da *Common Law*, de que o Direito é um conjunto de regras – escritas ou não – que se ajustam entre si e em acordo com a vida da comunidade.²²⁸

Por conta dessa visão, o tratamento da legislação pela *Common Law* não é substancialmente diferente da conferida aos precedentes. Para Postema, as leis têm uma autoridade evidente, uma vez que são aprovadas pelo Poder Legislativo. No entanto, a sua utilização, exposição, interpretação e extensão serão definidas pelos tribunais. Assim, ao serem incorporadas na prática, as leis poderão ser interpretadas e aplicadas restritivamente, o que reduz sua importância, ou delas podem ser extraídos princípios que ampliem sua extensão.²²⁹ Esta afirmação é compatível com outras, como por exemplo a de Guido Calabresi, que ao enfrentar o problema da legislação nos Estados Unidos da América, no início da década de 80, propôs o reexame da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário²³⁰ e apresentou, como hipótese para equilibrar esta questão, a tese de que a legislação poderia ser integrada ao pensamento jurídico e que os dispositivos legais deveriam ser interpretados pelos

²²⁷ "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. [...] The body of precedents available for consideration in any legal setting represents, at its best, an accumulation of wisdom from the past." (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

²²⁸ POSTEMA, Geral. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.598.

²²⁹ POSTEMA, Geral. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.598.

²³⁰ CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard, 1982. p.70.

magistrados.²³¹ Desta forma, segundo o autor, a *Common Law* e seus precedentes poderiam ser construídos sobre as leis.

A remissão a Guido Calabresi se faz relevante por um detalhe: o trabalho do professor e ex-diretor de Yale procura estabelecer parâmetros teóricos e normativos para que os juízes norte-americanos interpretassem e aplicassem as leis. Ou seja, parte-se da premissa de que há, no Direito, algo anterior à legislação que deve ser considerado pelos magistrados ao decidir, assim como pelo legislador ao estabelecer uma nova regra. Em linhas gerais, este elemento que precede a decisão e a legislação é definido, pela doutrina, como a coerência. Essa exigência de coerência decorre da necessidade de se estabelecer uma teoria que especifique o que é necessário para que as normas tenham vigência em harmonia.²³²

A observação de que, por trás dos efeitos vinculantes dos precedentes há uma teoria, deve ser aplicada para o ordenamento jurídico brasileiro. Viu-se, ao final do Capítulo 1, que o novo Código de Processo Civil prevê uma série de efeitos para as decisões judiciais, que passarão a ter *status* de precedentes. O que o Código não faz, e nem teria condições de fazê-lo, é explicar as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir. O que a legislação faz, dentro de suas limitações, é abrir espaço para que a doutrina e os tribunais desenvolvam este elemento. É neste espaço que se propõe seja recepcionado o *caput* do artigo 926, do novo Código de Processo Civil: "[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O dispositivo citado faz mais do que meramente estabelecer um dever de uniformização aos tribunais. Ao determinar que a jurisprudência seja uniformizada e mantida estável, íntegra e coerente, o Código propõe os elementos essenciais para que o Direito oriundo dos tribunais seja considerado e se desenvolva no ordenamento jurídico brasileiro, preservando-o como um sistema. Assim, os quatro elementos não podem ser compreendidos como meras características das decisões ou requisitos internos para a validade dos precedentes. Ao contrário, a hipótese da

²³¹ "Let us suppose that common law courts have the Power to treat statutes in precisely the same way that they treat the common law." (CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard, 1982. p.82).

²³² "Beyond providing a base, coherence theories must explain how to modify the base to produce law as output. Put differently, a coherence theory must specify in more detail what it means for legal norms to cohere or fit together." (KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.539).

presente tese é a de que uniformidade, estabilidade, integridade e coerência devem funcionar como ideais normativos, ou seja, de que eles são elementos que visam estabelecer ordem à aplicação do Direito e, essencialmente, ao processo de decisão judicial.²³³ Assim, seguir estas regras na ótica normativa significa buscar a compreensão do direito positivo por meio de uma postura interpretativa, de modo a identificar, na expressão de Dworkin, a intencionalidade do artigo 926.²³⁴

Afirmar que essa tétrede forma um conjunto de premissas a serem seguidas pelos tribunais implica o enfrentamento de questões de argumentação jurídica. De um lado, essa afirmação significa que a jurisprudência passa a ocupar um lugar central na tarefa de compreensão dos dispositivos legais. Pelo outro, significa que os tribunais devem olhar para o passado e se preocupar com o futuro, evitando romper com os entendimentos anteriores sem boas razões, com a ciência de que o que for decidido terá efeitos para outros casos. Há, também, um terceiro aspecto: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência servem como critérios para a alteração dos entendimentos e para a compreensão da temporalidade do Direito. A mudança é possível, mas com cautela e com a devida fundamentação.

O desenvolvimento da hipótese aqui proposta exige, necessariamente, a apreciação de cada um dos elementos estabelecidos pelo direito positivo. Assim, o presente capítulo apresentará as principais lições da doutrina sobre a uniformidade, a coerência, a integridade e a estabilidade. A ordem em que os elementos serão examinados, porém, não segue a prevista pela legislação. Há, aqui, certa discricionariedade – motivada – na forma em que os temas foram organizados. Em primeiro lugar, examina-se a noção de coerência, por ser a concepção mais ampla e abrangente das quatro examinadas. Tem-se, de certo modo, o exame da coerência é o ponto de partida para a compreensão do artigo 926. Em seguida, passa-se ao exame da integridade, cuja explicação é extraída dos argumentos de Ronald

²³³ A concepção de "normativo" aqui adotada é derivada da de Neil MacCormick em **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.14-16.

²³⁴ De acordo com a explicação de Ronaldo Porto Macedo Jr., a interpretação do Direito, para Dworkin, é uma forma de interpretação criativa na qual "o sujeito constitui um ponto de vista integrante da constituição do próprio objeto" (MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.121) tornando um objeto ou uma prática "o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertencam" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.52; trecho selecionado e traduzido por MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.120).

Dworkin. Com os fundamentos teóricos e metodológicos encontrados na coerência e na integridade, torna-se possível caminhar em direção à estabilidade. O exame deste item estará voltado à noção de estabilidade como fundamento da segurança jurídica e da previsibilidade, mas ao mesmo tempo como válvula de escape para inovações na interpretação do Direito. Por fim, tem-se que a proposta de uniformização da jurisprudência reflete um ideal próprio de uniformidade, mas que só pode ser adequadamente compreendido à luz dos outros três.

2.1 O DIREITO COMO FATO INSTITUCIONAL: NOÇÕES DA TEORIA DO DIREITO DE NEIL MACCORMICK

A melhor forma de se compreender o pensamento de Neil MacCormick é partir de sua concepção institucional de Direito. Originalmente publicada ao lado de Ota Weinberger, em 1986²³⁵, o professor escocês aprofundou essa visão na coleção de obras que denominou de "Law, State, and Practical Reason", especialmente o volume destinado à Teoria do Direito, "Institutions of Law: an essay in legal theory".²³⁶ Na síntese do próprio autor, para a teoria institucionalista o Direito é uma ordem normativa institucional ("Law is institutional normative order").²³⁷ O autor reconhece que esta definição é explicativa, pois aprofundar o conceito é aprofundar aspectos já reconhecidos como Direito.²³⁸ O Direito dos estados contemporâneos são exemplos das formas que o Direito pode assumir. Neste sentido, além dos ordenamentos nacionais, há o direito internacional, o direito canônico, as regras que regulam os esportes, dentre outros. O que todas essas formas "de direito" têm em comum é a aspiração

²³⁵ MacCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. Dordrecht: Springer, 1986.

²³⁶ MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. Para uma discussão mais aprofundada a respeito dos efeitos do conceito estabelecido pelo autor, ver: DEL MAR, Makymilian; BANKOWSKI, Zenon (Eds.). **Law as institutional normative order**. Edimburgh: Edimburgh Centre for Law and Society, 2009. Para uma crítica ao pensamento do autor, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v.106, p.263-313, jan./jun. 2013.

²³⁷ MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.1. Optou-se pela mesma tradução utilizada em: MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.3.

²³⁸ MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.1.

de estabelecer ordem, tomando-se esta palavra no sentido de organização e disciplina (*orderliness*), não de comando.²³⁹

A partir dessa necessidade de organizar e ordenar as condutas sociais, estabelece-se um conjunto de padrões a serem seguidos de modo "vinculante" por todas as pessoas dentro de um determinado território. Aquelas que seguem este conjunto de padrões pré-estabelecidos contribuem para a preservação da ordem – quem desvia dessas condutas, prejudica a organização.²⁴⁰ A possibilidade de organização que decorre da conformação aos padrões depende da remissão desses padrões a um objetivo racionalmente inteligível. É com isso que MacCormick justifica o emprego das normas: "há uma qualidade sistemática postulada sobre os supostos padrões de conduta, ou normas, que sustentam a aspiração de ordem".²⁴¹

Uma vez constatada a importância das normas e do Direito para a preservação da ordem na sociedade, MacCormick dá início à explicação individualizada dos elementos de sua teoria institucional do Direito. Para tanto, trata dos fatos institucionais, do que é normativo, de ordem e da institucionalidade. São estes os pontos que serão examinados a seguir.

Ao lado dos fatos brutos, constatados na natureza, o mundo dos homens também é formado por fatos institucionais, cuja definição preliminar é oferecida por MacCormick como fatos que dependem da interpretação das coisas, dos eventos ou de comportamentos a partir de uma moldura normativa.²⁴² Neste sentido, um "pedaço de plástico com marcas curiosas sobre ele" é, na verdade, um cartão de crédito, enquanto um disco metálico com a face de uma pessoa, de um lado, e a indicação de um número, do outro, é uma moeda.²⁴³ Essas realidades são "institucionais" no sentido atribuído pelo autor, pois só podem ser verificadas a partir

²³⁹ "All have in common the aspiration to order (in the sense of 'orderliness', not that of command)." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.11).

²⁴⁰ "An elaborate set of patterns for human conduct is taken to be 'binding' on all persons within the ordered domain, and order prevails among the persons addressed to the extent that they succeed in matching their conduct to the stipulated patterns." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.11).

²⁴¹ "There is a postulated systematic quality about the supposed conduct-patterns or norms that underlie the aspiration to order." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.11).

²⁴² MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.1.

²⁴³ Os exemplos são do próprio MacCormick.

da referência normativa – nestes casos, da definição jurídica de dinheiro e na regulação de cartões de crédito, por exemplo. O Direito, assim, é formado por uma série de "instituições", como os contratos, o casamento e a propriedade. Ao mesmo tempo, o Direito é administrado ou formado por outro grupo de "instituições", como os tribunais, a legislação, o processo.²⁴⁴ Não se trata, assim, da identificação de fatos brutos, mas sim de conceitos e concepções que dependem do sentido a eles atribuídos pelo homem.

O Direito é composto por fatos institucionais cujo primeiro objetivo é ser normativo. A normatividade, assim, é um dos pontos que devem ser explicados. Para explicar esta questão, MacCormick apresenta ao leitor o exemplo de uma fila, que permite a cada pessoa esperar a sua vez para ser atendido em um determinado serviço ou para obter um determinado bem. A prática de fazer uma fila também gera um sentimento de justiça e eficiência, além de produzir certo constrangimento naqueles que visam burlar a espera. É justamente a partir desses elementos que se pode depreender a noção de normatividade: a fila desperta um senso de dever, de fazer o que é certo em um contexto (no original em inglês, o normativo é representado pela expressão *ought*).²⁴⁵ Este *dever de fazer o que é certo* aponta para a existência de uma norma e para uma expectativa normativa dos envolvidos na prática, pois espera-se que todos ajam de uma certa maneira.²⁴⁶ O que está por trás dessa normatividade é um desejo de ordem – mais uma vez, no sentido de organização e disciplina, não de comando – que também é discutido pelo autor.

A noção de ordem normativa de MacCormick (*normative order*) nasce do fato de que as pessoas agem e se comportam de acordo com uma opinião sobre a

²⁴⁴ "For those concerned with the Law in the sense of the law of a contemporary state, 'municipal positive law', the idea of institutional facts links up easily with the idea that an important element in such law is formed by 'institutions' such as contract, property, marriage, trust, foundation (Stiftung), and the like. It also connects with the idea that law is 'institutional' in the sense of being administered through 'institutions' such as courts, legislatures, public prosecution agencies, police forces, and the like." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.2).

²⁴⁵ "Turn taking or queuing is then normative. For where there is a queue for something you want, you ought to take your turn in it, and people who do take their turn do so because in their opinion that is what one ought to do – that is, ought to do in the given context." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.15).

²⁴⁶ Neste sentido, MacCormick sugere que o exemplo da fila é muito semelhante aos conceitos interpretativos (*interpretive concepts*) de Dworkin.

forma como elas e os outros devem (*ought*) se comportar.²⁴⁷ No exemplo da fila, por exemplo, as pessoas entram na fila porque percebem, umas as outras, que há uma ordem a ser seguida. Esta noção de normatividade, porém, é interpretativa, pois apesar de haver uma posição majoritária sobre o que é certo, ou o que deve ser feito, não há apenas um modo de formular a regra aplicável à situação.²⁴⁸

Ainda que os padrões de conduta admitam alguns desvios, é possível afirmar que, para a maioria da população, a ordenação dos atos e das condutas é possível e desejada.²⁴⁹ Neste sentido, há ordem normativa sempre que as pessoas escolhem suas condutas pautadas nas suas opiniões do que é correto na ótica da comunidade.²⁵⁰ Assim, uma fila, por mais que não seja objeto de nenhuma regra escrita, pode e costuma funcionar com certo grau de efetividade. As situações que são regidas pela ordem normativa, mas que não possuem regras formais estabelecidas, são denominadas por MacCormick de convenções ou práticas informais. Estas hipóteses são assim denominadas para diferenciá-las de outras, nas quais a ordem normativa é institucionalizada.

A institucionalização é parte essencial da teoria do Direito de MacCormick. Ao lado das convenções e das práticas informais, existem regras cuja origem vai além da simples convergência de crenças e de expectativas. São normas explicitamente

²⁴⁷ "It is a 'normative order' because, or to the extent that, one can account for it by reference to the fact that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.16).

²⁴⁸ Observa-se que MacCormick preserva o uso da expressão "interpretative", diferenciando a sua concepção da adotada por Dworkin, a qual o próprio professor escocês se refere como "interpretive". Neste sentido, "For indeed the practice is an interpretative one, in which each party 'reads' the situation as s/he thinks others are reading it, and forms an opinion with regard to the opinion he/she thinks others hold, though this is not necessarily any kind of reflective deliberation about other's opinions." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.16-17).

²⁴⁹ Não se pode olvidar que a obra de MacCormick tem forte influência de Herbert Hart. O autor escocês não só reconhece explicitamente que suas primeiras obras tinham como escopo servir como um "acompanhante do clássico de H. L. A. Hart" (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.xvii.) como também escreveu um livro específico sobre o pensamento de seu professor (MacCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2.ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. A primeira edição é de 1981.). Assim, inúmeras das reflexões aqui expostas também são devedoras de Hart e seu Conceito de Direito, de 1961 (HART, Herbert L. A. **The concept of Law**. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012).

²⁵⁰ "There is order wherever people conduct themselves in relation to others on the basis of an opinion concerning the right thing to do which they suppose to be a mutual opinion provided that there turns out to be sufficient community (not perfect identity) of opinions held and acted on." (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.17).

formuladas por aqueles que fornecem determinado serviço. Neste sentido, pode-se tomar como exemplo a utilização de senhas, ao invés de filas, para o atendimento em locais públicos ou em restaurantes, ou a divisão entre classes e grupos feita pelas companhias aéreas para facilitar o embarque em um avião. Esta opção é comum nas situações em que os problemas são recorrentes e a consistência de tratamento é, por alguma razão, importante, de modo que são formuladas regras gerais, aplicáveis a todos, para estabelecer ordem.²⁵¹ Essas regras são comumente estabelecidas por meio de um texto que será interpretado por aqueles que fornecem o serviço e por quem pretende utilizá-lo. Chama a atenção o fato de que MacCormick, já nas primeiras oportunidades em que fala sobre interpretação, já admite que se trata de uma prática vinculada à intencionalidade, ou ao *point*, da prática.²⁵²

Como a institucionalização das práticas costuma fazer uso do estabelecimento de normas por escrito, e como textos dependem de interpretação, é bastante comum que a adoção de regras venha acompanhada de um elemento adicional: a determinação de pessoas responsáveis por aplicar e interpretar as normas. Esta prática, por si só, é normativa, pois sua intenção é a de permitir que a prática seja realizada da melhor maneira possível, com ordem e disciplina. Não se pode ignorar, porém, o fato de que se trata de um conjunto distinto de normas, ainda que voltadas para o mesmo fim.²⁵³ MacCormick observa que a institucionalização costuma estabelecer dois pisos de normas: o primeiro piso trata do próprio serviço, enquanto o segundo atribui a determinadas pessoas a tarefa de esclarecer ou de tornar mais exatas as regras gerais. No exemplo da fila, pode haver uma regra de primeiro piso que dê prioridade a idosos, mas, se não houver uma clara definição de quem é idoso, caberá a um

²⁵¹ *"Wherever there is decision-making authority, there is in principle the possibility of making explicit decisions about priority in given cases. Where problems are recurrent and consistency of treatment is for some reason important, decisions can be taken explicitly or implicitly in such a way as to lay down general rules aimed at dealing with such recurrent problems. Unlike informal norms or conventions, explicitly made rules necessarily involves attending to the very words used by the rule-maker, and reflecting on the underlying point of the words only where the words seem to result in practice. By contrast, informal norms emerge from practices based on mutual expectations and beliefs, and any attempt to formulate in express terms the implicit norm depends on interpreting the practice and its point. Here, interpretation precedes formulation. But in the case of rules explicitly issued, interpretation succeeds formulation."* (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.23).

²⁵² Sobre a intencionalidade, ver: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵³ MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.23.

funcionário competente, assim atribuído por uma regra de segundo piso, decidir sobre quem pode ou não ter essa prioridade. A institucionalização das ordens normativas têm um benefício particular: "a possibilidade que ela abre de se evitar uma confiança exclusiva em normas implícitas de caráter vago".²⁵⁴

Até aqui, para se explicar a concepção de Direito de MacCormick, as expressões "norma" e "regra" foram utilizadas com certa liberdade. Neste momento, o próprio autor estabelece a distinção entre elas. Como se expôs, as normas podem ser implícitas ou explícitas, mas assim podem ser chamadas se visam estabelecer uma ordem normativa. As normas tornam-se regras se formuladas em termos "explicitamente articulados".²⁵⁵ Essa articulação deve ser realizada por uma pessoa em posição de autoridade para formular a regra – seja para elaborar regras de primeiro grau, de segundo grau ou, ainda, no exercício das regras de segundo grau que interpretam e aplicam as demais. Mais do que isso, a articulação correspondente às regras tem dois elementos essenciais: o primeiro está ligado à situação em que a regra será aplicada, enquanto o segundo dispõe o que deve ser feito quando determinada situação ocorrer. A definição da situação, pela regra, é chamada pelo autor de "fato operativo" (FO),²⁵⁶ enquanto o efeito é denominado "consequência normativa" (CN).²⁵⁷ Assim, uma norma explicitamente articulada pode ser representada, em termos gerais, como "sempre que FO, então CN".²⁵⁸ Este é o formato pelo qual as normas são institucionalizadas, a fim de contribuir para o objetivo de se ter uma ordem normativa.

Apesar disso, há um problema a ser resolvido e que consiste na determinação da força prática de uma regra. Observando que qualquer posição é possível – da aplicação absoluta e invariável até posicionamentos céticos –, MacCormick divide as possíveis forças práticas que as regras podem possuir em aplicação absoluta, estrita

²⁵⁴ Tradução livre de: "*the possibility it opens to avoid exclusive reliance on somewhat vague implicit norms*". (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.24).

²⁵⁵ MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.24.

²⁵⁶ *Operative fact*, no original. (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.25).

²⁵⁷ *Normative consequence*, no original. (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.25).

²⁵⁸ "*Whenever OF, then NC.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.25).

aplicação e aplicação discricionária.²⁵⁹ A regra de aplicação absoluta não admite exceções, no sentido de que em toda situação que ocorrer FO, CN deve ser aplicada infalivelmente. Um exemplo para esta hipótese de aplicação são alguns jogos como o xadrez, no qual a torre só se movimenta pelas colunas e fileiras, nunca pela diagonal.

As regras de estrita aplicação se aproximam das hipóteses de aplicação absoluta, mas podem ceder diante de circunstâncias especiais ligadas aos valores ou à intenção da regra original. Nas palavras do professor escocês, "por seu espírito, a regra não deveria ser aplicada, mas por sua letra, ela deveria".²⁶⁰ Esta escolha entre aplicar ou justificar o afastamento da regra é atribuído à pessoa responsável por sua aplicação, que possui um certo grau de discricionariedade.

Esta posição não pode ser confundida com a aplicação discricionária, na qual o protagonista do processo de decisão não é a regra, mas a pessoa responsável pela escolha. Neste modelo, a regra é tomada apenas como mais um argumento em favor ou contra uma determinada decisão, sem representar um argumento mais forte do que outros.²⁶¹

Enfim, chega-se ao ponto central da concepção de Direito de MacCormick para a presente tese. Após descrever os três modelos de força prática das regras, o autor afirma que a opção por uma delas não é encontrada nas próprias regras de primeiro piso, ou seja, não se dão pela regra que visa resolver os problemas de um determinado serviço ou situação. Na verdade, a resposta está nas regras de segundo piso, que determinam os poderes ou os limites daqueles que tomarão as decisões a respeito da aplicação das regras: "Aqui estão as regras que você deve aplicar; você deve tratá-las como absolutamente aplicáveis/estritamente aplicáveis/de aplicação discricionária".²⁶²

²⁵⁹ No original, as expressões são *absolute application*, *strict application* e *discretionary application*. (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.226-27).

²⁶⁰ Tradução livre de: "*By its spirit, the rule should not be applied, but by its letter it should.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.27).

²⁶¹ "*A rule of discretionary application is not itself exclusionary or entrenched, but it is a tie-breaker where the other relevant factors fail to give clear or conclusive guidance.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.28).

²⁶² Tradução livre de: "*Here are the rules you have to apply; you are to treat them as being of absolute application/of strict application/of discretionary application.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.27).

Adiante-se ao leitor que, no sentido proposto por MacCormick, o artigo 926, do Código de Processo Civil, é uma regra de segundo piso, pois atribui um dever aos magistrados de uniformizar a jurisprudência. Há, assim, ao menos um direcionamento da discricionariedade. Por hora, faz-se necessário examinar a posição de MacCormick diante do problema desta referida discricionariedade e do papel dos valores no Direito.

Para MacCormick, não deve haver uma liberdade total a ser exercida quando se toma uma decisão – ao menos, não no Direito. Pare ele, pode haver uma discricionariedade "guiada".²⁶³ Quando há opções disponíveis para a tomada de uma decisão, os critérios para a escolha das diversas decisões possíveis giram em torno de justiça, sensatez, eficiência, razoabilidade, igualdade, dentre outros. Estes critérios podem ser denominados de "valores" e na medida em que são ou deixam de ser atendidos, tornam as decisões melhores ou piores. Pode, ainda, haver algum tipo de exigência no sentido de que esses valores sejam atendidos até certo ponto, pelo que também podem ser considerados "*standards*", ou padrões mínimos. Esses valores são aplicáveis a uma imensa gama de situações e estão disseminados na ordem institucional, pelo que só podem ser reduzidos a expressões articuladas por meio de generalizações, tais como "devemos ouvir os dois lados de uma história em qualquer caso em disputa" ou "devemos considerar o impacto de uma decisão no bem-estar de todos com legítimos interesses na questão".²⁶⁴

Esta peculiaridade dos valores que permeiam a ordem normativa institucionalizada resulta, portanto, na formulação de expressões distintas das regras comuns, "sempre que FO, então CN". Ao contrário, essas normas são generalizadas para que tenham incidência sobre qualquer circunstância. Elas são chamadas, costumeiramente, de princípios.²⁶⁵ São estes princípios, normas fundadas em valores ou que instituem

²⁶³ No original, "*guided discretion*". (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.28).

²⁶⁴ Traduções livres do original "*One ought to hear both sides of a story in any case of dispute, [...] one ought to consider the impact of a decision on the well-being of everyone with a legitimate interest in the matter.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.29).

²⁶⁵ "*Since they are, like the values in question, pervasive, we do not normally find it helpful to structure them in accordance with the formula 'Whenever OF, then NC'. These are norms that bear on decision-making in almost any circumstance, so there is no point in singling out particular circumstances of application. They are what we commonly call 'principles', or indeed 'general principles'.*" (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.29).

esses valores no ordenamento jurídico, que guiam as decisões nas hipóteses de regras estritamente aplicáveis ou mesmo de aplicação discricionária.

Como se vê, MacCormick admite que, salvo nas hipóteses de aplicação absoluta, o Direito depende de um ato de decisão mais ou menos discricionário que concretiza ou determina o conteúdo de uma regra em uma decisão judicial.²⁶⁶ Esta atividade não pode e não é realizada pelo legislador, cuja responsabilidade se encerra ao editar dispositivos com níveis aceitáveis de certeza.²⁶⁷ A partir dessas observações, tem-se que os sistemas jurídicos não são formados meramente pelas regras, mas também pelo corpo de precedentes, pelas discussões doutrinárias, pelos princípios e pelos valores.²⁶⁸ Isto faz parte da própria natureza do Direito. Ao contrário, porém, da maioria dos positivistas, o autor reconhece a importância institucional do ato decisório e se dedica, especialmente em duas obras, à fundamentação e à argumentação jurídica. Para ele, como se verá nos itens a seguir, o principal ponto que limita a discricionariedade é a coerência da fundamentação e é ela que concilia o caráter argumentativo do Direito com a necessidade de segurança e a previsibilidade do Estado de Direito.²⁶⁹

2.2 DA COERÇÃO DA JUSTIÇA FORMAL À UNIVERSALIDADE

Como exposto no Capítulo 1, MacCormick admite que alguns casos podem ser resolvidos por mera dedução, ou seja, pela identificação do caso e aplicação do direito positivo: "sempre que FO, então CN".²⁷⁰ No entanto, nos casos difíceis, sejam eles de interpretação, pertinência, prova ou qualificação, a dedução não permite a solução do problema. A saída, nestes casos, está na fundamentação a partir de

²⁶⁶ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.13.

²⁶⁷ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.15.

²⁶⁸ "Em contraste com a moralidade, ou com a ordem moral, os sistemas jurídicos incluem, entre outras coisas, um vasto corpo de regras enunciadas por autoridades. Essas são frequentemente apoiadas por um grande corpo de precedentes registrados com cuidado em compilações de decisões judiciais, e por discussões jurídico-doutrinárias de princípios e valores abordados nesses precedentes e implícitos na legislação. Tudo isso estabelece uma moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos privados." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.17-18).

²⁶⁹ Sobre a posição do autor acerca do Estado de Direito, ver: MacCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

²⁷⁰ Em *Retórica e Estado de Direito*, o autor se refere a este raciocínio como silogismo jurídico. Ver, em especial: MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.43-64.

princípios disponíveis para "restringir, derrotar ou até mesmo revogar um discurso expresso em termos de normas".²⁷¹ Ao reconhecer a existência de princípios pertinentes ao discurso e à argumentação jurídica, MacCormick observa que a justificativa por simples dedução, apesar de ser possível nos casos fáceis, não é preferível diante da complexidade do ordenamento jurídico. Assim, sustenta, "o raciocínio dedutivo das normas não pode ser um modo auto-suficiente e auto-sustentável de justificação jurídica".²⁷² Ao contrário, o Direito "se encontra envolto por uma teia de raciocínio anterior e posterior a partir de princípios e valores".²⁷³ O recurso a princípios e valores nas decisões judiciais, porém, não é uma atividade secundária do Direito, deixada apenas ao critério da discricionariedade: é preciso reconhecer que "a argumentação a partir de normas somente pode nos levar até certo ponto"²⁷⁴, a partir do qual faz-se necessário compreender a fundamentação das decisões judiciais.

A possibilidade de justificação por dedução²⁷⁵, deste modo, é apenas o ponto de partida das lições do autor, pois esta forma de raciocínio é insuficiente para a solução dos apontados problemas de interpretação, pertinência, prova ou qualificação. Torna-se imprescindível, diante desta constatação, examinar a razão prática²⁷⁶ que se encontra por trás da fundamentação das decisões.

Ao tratar do tema da justificação no discurso jurídico, o primeiro passo de Neil MacCormick é afirmar que "justificar um ato x consiste em demonstrar que é certo e justo fazer x".²⁷⁷ Evidentemente, após fazer esta afirmação o autor se preocupa em definir o que entende por justiça. Para tanto, o professor escocês se filia ao

²⁷¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.xiv.

²⁷² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.xiv.

²⁷³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.xiv.

²⁷⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.xv.

²⁷⁵ Também chamada pelo autor de justificação de primeira ordem. Ver: MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.23-92.

²⁷⁶ A expressão "razão prática" é devida ao próprio MacCormick. Para ele, a razão prática "consiste na aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha" (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.ix.). O raciocínio jurídico é uma das formas pelas quais a razão prática é aplicada. (MacCORMICK, Neil. **Practical reason in Law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.171-192).

²⁷⁷ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.93.

pensamento de John Rawls, segundo o qual o conceito de justiça é diferente das concepções de justiça. O conceito de justiça é abstrato e formal, e exige que os casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante; que casos diferentes sejam tratados de modo diferente; e que a cada um seja dado o que é certo. O que as concepções de justiça oferecem são conjuntos de princípios e normas para determinar que casos são semelhantes e o que é devido a cada pessoa.

É de se observar, porém, que antes de subscrever uma concepção de justiça, o conceito formal de justiça pode colaborar para o pensamento do jurista. Considerando especialmente os casos em que há problemas de interpretação²⁷⁸ e de pertinência²⁷⁹ ou relevância²⁸⁰, nos quais não é possível meramente deduzir uma resposta a partir da lei, o recurso aos precedentes é uma saída bastante adequada.²⁸¹ Afinal, ele permite tratar os casos semelhantes de forma semelhante e, por consequência, preservar o que chama de integridade do Direito.

O que se depreende dessa conclusão, porém, é imprescindível para a compreensão do argumento de MacCormick: as exigências da justiça formal "impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado".²⁸² Quer isto dizer que ao tomar a decisão, o julgador não está vinculado apenas às decisões do passado. Na verdade, o juiz deverá conceber argumentos que possam ser aplicados para todos os casos semelhantes, de modo que a decisão do caso seja universalizável.²⁸³ Desprezar essa relação do precedente

²⁷⁸ "Resumindo: as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. [...] Nosso problema consiste portanto em como uma escolha dessas é justificada – e esse problema, por motivos bastante óbvios, chamarei de 'problema de interpretação'." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.86).

²⁷⁹ "De fato, o problema é saber se no direito é justificável afirmar, ou negar, alguma proposição do tipo se p, então q, para qualquer p que cubra os fatos do caso em foco e qualquer q que cubra a específica reparação pretendida." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.89).

²⁸⁰ Conforme a tradução de MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.67.

²⁸¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.95.

²⁸² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.95.

²⁸³ "O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.96).

com o futuro significa uma opção pela arbitrariedade na condução das relações humanas²⁸⁴, o que retira o valor da racionalidade de uma sociedade organizada.²⁸⁵

O ato de decidir um caso, sem dúvida, depende da análise dos fatos. Sendo assim, a sentença não deixa de ser um ato voltado para um caso individual. No entanto, a justificação que deve ser dada para este caso particular requer que o magistrado procure uma resposta a uma pergunta universal. Um trecho da fundamentação do caso *Donoghue v. Stevenson*²⁸⁶, de autoria do Lorde Tomlin, destacado pelo próprio MacCormick, representa bem seu pensamento sobre a universalidade dos argumentos. Ao apresentar os fundamentos para decidir sobre o caso, comentado também no Capítulo 1, que procurava estabelecer a responsabilidade do fabricante ou do vendedor de uma bebida com um caramujo dentro da garrafa, que deixou a consumidora doente, Lorde Tomlin sustentava que a vítima tinha razão, mas que o fundamento favorável "deverá ser com base na proposição de que todos os fabricantes ou responsáveis por consertos de qualquer produto estão sujeitos a um dever perante todos os que venham, daí em diante, a usar legitimamente o produto".²⁸⁷

O que desperta a atenção de MacCormick é o argumento levantado pelo julgador de que a decisão implica afirmar a responsabilidade de todos os fabricantes perante qualquer consumidor. Do caso concreto, formula-se uma regra geral aplicável para a resolução de qualquer caso semelhante, sob pena de violação do princípio da justiça formal.²⁸⁸

Outro exemplo recente da Corte de Apelações da Inglaterra, selecionado pelo próprio MacCormick, auxilia na compreensão do sentido de universalidade. Trata-se do caso *Re A (children) (conjoined twins)*²⁸⁹, que julgou uma situação bastante complexa de gêmeas siamesas. As circunstâncias médicas do caso revelavam que

²⁸⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.97.

²⁸⁵ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.98.

²⁸⁶ REINO UNIDO. House of Lords. *Donoghue v Stevenson*. **United Kingdom House of Lords Decisions**, v.100, p.562-623, 1932.

²⁸⁷ Tradução livre de: "*I think that if the appellant is to succeed it must be upon the proposition that every manufacturer or repairer of any article is under a duty to every one who may thereafter legitimately use the article to exercise due care in the manufacture or repair.*" (REINO UNIDO. House of Lords. *Donoghue v Stevenson*. **United Kingdom House of Lords Decisions**, v.100, p.599, 1932).

²⁸⁸ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.100.

²⁸⁹ REINO UNIDO. Court of Appeal. *Re A (children) (conjoined twins)*. **Weekly Law Reports**, v.480, 2001.

as gêmeas Jodie e Mary estavam ligadas pelo inferior do abdome, com uma única coluna cervical, de uma cabeça até a outra, de modo que as duas crianças só poderiam ficar deitadas com as barrigas para cima ou para baixo.²⁹⁰ De forma leiga, uma das gêmeas só poderia ficar de pé se a outra estivesse de cabeça para baixo. Pior do que isso, apenas os órgãos vitais de uma delas funcionava: era Jodie quem respirava e fazia o sangue circular pelas duas. No entanto, o corpo de Jodie não tinha condições de sustentar as duas. Em síntese, para que Jodie sobrevivesse, a vida de Mary teria que acabar. A opinião de um dos julgadores sobre o caso foi a seguinte:

Para evitar que se pense que esta decisão possa se tornar um precedente de dimensões mais amplas, de tal modo que um médico, tendo determinado que seu paciente não pode sobreviver, mate o paciente, é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá inevitavelmente ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica).²⁹¹

Assim, por uma questão de justiça formal, os tribunais devem analisar se a argumentação desenvolvida para julgar um caso será aplicável para outros.²⁹² Dentro dessa ótica, podem os tribunais limitar ou ampliar suas razões como entenderem mais adequado²⁹³, ou reconhecer em seus próprios argumentos que se trata de uma "*narrow decision*",²⁹⁴ mas não podem afastar a aplicação de suas razões para os

²⁹⁰ As circunstâncias fáticas do caso podem ser consultadas em <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/920487.stm>>.

²⁹¹ A tradução é de MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.119.

²⁹² "O 'porquê' da justificação é um conector universal neste sentido: para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.120).

²⁹³ Ver, neste sentido, os comentários do autor sobre o caso das gêmeas siamesas *Re A (conjoined twins)* em MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.119.

²⁹⁴ A ideia de *narrow decisions* tem tomado forma nas últimas décadas a partir de teorias que defendem, em certos aspectos, um minimalismo judicial. Essa técnica costuma restringir os efeitos de uma decisão pela delimitação cautelosa dos fatos e dos argumentos jurídicos, de modo que o precedente não possa ser facilmente utilizado em situações semelhantes. Sobre o tema, ver, por exemplo, CALVERT, Clay. Too Narrow of a Holding - How - and Perhaps Why - Chief Justice John Roberts Turned Snyder v. Phelps into an Easy Case. **Oklahoma Law Review**, Oklahoma, v.64, n.2, p.111-134, 2011-2012; SQUIERS, Cristina. Employment Law - Hobby Lobby's Narrow Holding Guards against Discrimination. **SMU Law Review**, Dallas, v.68, n.1, p.307-320, 2015.

casos futuros. Em síntese, a ideia é a de que uma "resposta justificada à pergunta particular requer uma resposta à pergunta universal".²⁹⁵ Essa coerção acaba por aprimorar as decisões, pois "obrigam um tribunal a atentar na necessidade de deliberações genéricas sobre questões do direito, e sua aceitabilidade como deliberações genéricas, como algo essencial para a justificação de decisões particulares".²⁹⁶ Outra passagem do autor revela a extensão do que compreende por justiça formal e pela universalização dos argumentos:

Por nada neste mundo consigo entender como pode existir algo que não seja uma boa razão para decidir um único caso que não seja uma boa razão genérica para decidir casos do tipo particular em foco, ou seja, os 'méritos' de qualquer caso individual são os méritos do tipo de caso ao qual o caso individual pertence.²⁹⁷

Por fim, vale destacar que após se tornar um precedente, a decisão poderá ser novamente apreciada e explicada pelas cortes, ou até mesmo afastada, em um processo de contínua verificação de coerência.²⁹⁸ Este último tema será analisado com maior cuidado, adiante.

Com o objetivo de demonstrar que as afirmações feitas até aqui valem tanto para casos que examinam questões de direito quanto questões de fato, MacCormick expande seus argumentos para problemas referentes à comprovação e do que chama de "fatos secundários".²⁹⁹ O exame dos problemas de comprovação é particularmente importante.

²⁹⁵ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.104.

²⁹⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.110.

²⁹⁷ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.124.

²⁹⁸ "A doutrina dos precedentes, mesmo em sua versão inglesa, confere ao tribunal posterior um espaço significativo 'para explanação'." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.108). Sobre este assunto, ver também o desenvolvimento do pensamento do autor sobre a derrotabilidade das normas e das decisões em MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.307-328.

²⁹⁹ Ao tratar dos fatos secundários, o autor trata dos problemas de classificação ou qualificação, já abordados. Ver: MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.118-124.

Todo litígio envolve a suposição de que é possível estabelecer verdades presentes sobre fatos passados. Não fosse este o caso, a premissa básica da estrutura do Direito do autor, "sempre que FO, então CN", seria inatingível. Tendo isso em vista, existem casos em que as partes estão de acordo sobre o que ocorreu, de modo que a discussão se limita apenas às consequências jurídicas dos fatos narrados.³⁰⁰ Nos demais, os fatos dependem de comprovação e de uma avaliação das provas por parte dos magistrados. O primeiro elemento essencial para as decisões a respeito de problemas de comprovação é a existência de regras sobre o ônus da prova: "alguém precisa assumir a responsabilidade de tentar comprovar que os acontecimentos pertinentes ocorreram".³⁰¹ Outro ponto que deve ser considerado é o significado da expressão "comprovar", que depende da análise de provas. Para MacCormick, prova é algo que permite "considerar verdadeiras proposições sobre o presente" e das quais se pode "deduzir proposições sobre o passado".³⁰² A partir das provas é possível fazer inferências sobre uma questão do caso ou a um fato em questão.

É neste momento que o autor apresenta sua primeira concepção de coerência: a partir da análise das provas, o magistrado é capaz de definir a sequência de fatos mais convincente para decidir – por meio de uma inferência pela qual completa as circunstâncias fáticas que não podem ser provadas. Por exemplo, um recibo é uma prova que *comprova* o pagamento porque dele é possível inferir que o credor emitiu tal documento ao receber o valor ou o bem devido. As provas não permitem ao julgador constatar a verdade, mas permitem identificar no relato a versão mais coesa. Neste sentido, diz o autor, "o único teste de que dispomos para verificar afirmações contestadas sobre o passado é esse teste de 'coerência'" pelo qual, tomando-se todas as provas apresentadas, permitem a elaboração de "uma história que tem coesão, que faz sentido como um todo coerente".³⁰³ Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia

³⁰⁰ Estas hipóteses são chamadas, pelo processo civil brasileiro, de incontrovérisa do pedido ou de questão de direito. Sobre o tema, ver, com foco processual, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; e LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁰¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.113.

³⁰² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.113.

³⁰³ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.115.

Rosane Roesler e Ricardo Antonio Rezende de Jesus denominam esta espécie de coerência identificada na obra de MacCormick como "coerência narrativa", que impõe que os fatos sejam narrados de acordo com uma sequência inteligível de eventos que façam sentido como um todo.³⁰⁴ Admitindo a necessidade de realizar inferências, sustentam os autores que o "teste para verificar a coerência fática não pode prescindir dos elementos da experiência racional, juízos probabilísticos de senso comum, combinados com causalidades produzidas pelo conhecimento científico".³⁰⁵

Superadas as questões de prova, cabe aqui uma síntese do pensamento do autor. Dentro da ótica do Direito como fato institucional, ou como ordem normativa institucional, a existência de normas cumpre apenas parcialmente o objetivo jurídico de organizar e disciplinar as atividades do homem. O segundo momento em que esta ordem pode ser alcançada é na aplicação das normas, por parte de um agente institucionalmente incumbido desta função, costumeiramente denominado de juiz. Em alguns casos, fáceis, o trabalho do magistrado é a mera aplicação da norma ao caso. Em outros, porém, a tarefa de julgar exige mais do que isso e está condicionada, antes de mais nada, à coerção da justiça formal como conceito, ou seja, como a noção abstrata de tratar os casos iguais de forma igual. Isto impõe que a decisão dos casos sejam universalizáveis, ou seja, que a argumentação e o resultado do julgamento sejam aplicáveis para qualquer outro caso idêntico ou, ao menos, semelhante ao anterior.³⁰⁶ No que toca aos fatos, o autor demonstra a necessidade de que a decisão faça referência às provas de modo a atender o requisito da coerência narrativa e que, portanto, o relato fático faça sentido. Na própria redução de MacCormick, a justiça formal "exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja

³⁰⁴ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.16, n.2, p.216, maio/ago. 2011.

³⁰⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.16, n.2, p.216, maio/ago. 2011.

³⁰⁶ Em obra mais recente, a universalidade é explicada como um instituto de dupla função: "Primeiro, ele exige a 'universalizabilidade' das razões – para o presente conjunto de circunstâncias X contar como uma razão para chegar à decisão D, e para agir sobre D, é preciso que seja aceitável manter a decisão do tipo D como uma decisão apropriada em qualquer momento em que as circunstâncias C ocorram. Segundo, ele sugere um modo de testar se é possível dizer que D é uma solução apropriada em qualquer momento em que C ocorra". (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.128-29).

disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual".³⁰⁷

O que ainda deve ser respondido pela teoria de MacCormick, porém, é no que pode consistir essa justificação universalizável elaborada pelo juiz. Isto leva o autor a tecer considerações sobre o que chama de justificações de segunda ordem, sobre argumentos consequencialistas e, posteriormente, permite-lhe traçar sua concepção de coerência para além da narrativa.

2.3 JUSTIFICAÇÕES DE SEGUNDA ORDEM E A DELIMITAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS

Se a dedução parte das normas jurídicas válidas como argumento para a tomada de decisões, é possível chamar esta espécie de justificação de primeira ordem. Como já se afirmou anteriormente, porém, existem casos que não são resolvidos pela simples aplicação de uma norma a um fato: "porque as normas não são claras, porque a correta classificação dos fatos pertinentes é questionável ou mesmo por haver controvérsia quanto a haver ou não fundamento legal para alguma reivindicação ou decisão nos termos do direito".³⁰⁸ Em outras palavras, quando as normas jurídicas se esgotam e a decisão ainda não foi tomada, é necessário um segundo plano de justificação, a qual MacCormick denomina de "segunda ordem".

A questão pode ser colocada de outra maneira. Se, a partir do critério de justiça formal, seguir as decisões anteriores tomadas de modo universal é importante, a deliberação que dá origem a uma decisão como essa não pode ser considerada como algo irrelevante para o Direito. Por outro lado, também não se pode afirmar que o julgador que aprecia o primeiro caso tem total arbitrariedade, ou discricionariedade ampla, para decidir como bem lhe convém. Fosse assim, "qualquer noção de que a racionalidade orientasse o processo seria vazia".³⁰⁹ Evidentemente, a conclusão do

³⁰⁷ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.126.

³⁰⁸ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.127.

³⁰⁹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.128.

autor não é essa. Para ele existem linhas normativas que demarcam e guiam a argumentação jurídica.

Há uma premissa que deve ser ressaltada desde já. Quando a simples aplicação da norma não é suficiente para determinar o resultado de uma decisão, caberá ao julgador realizar uma "escolha" entre diversos resultados possíveis. Pense-se, por exemplo, em um problema atual de interpretação do direito brasileiro: tem-se discutido sobre o significado do artigo 86, § 4.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual o "Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções". Tem-se, de um lado, a interpretação de que este dispositivo separa os mandatos de cada um dos Presidentes, inclusive reeleitos, pelo qual a responsabilização por eventuais crimes só implicam impedimento se cometidos durante o mandato impugnado.³¹⁰ Por outro lado, há uma segunda interpretação que compreende o dispositivo à luz das emendas à Constituição, pelo que o Presidente reeleito exerce um único mandato, ao menos para fins de responsabilização criminal.³¹¹ Sem entrar no mérito do tema, fato é que as duas propostas de interpretação são razoáveis e têm seus subscritores. Assim, se houver a necessidade de se decidir a respeito, haverá, sim, uma "escolha" por parte do julgador, na ótica de MacCormick. Vale dizer que uma deliberação é escolhida, ao menos, em detrimento de sua negação: o Presidente reeleito é responsável, ou não é, pelo mandato anterior. Assim, o "caráter de nossos vários tipos de caso 'problema' é precisamente determinado pelo fato de eles envolverem possibilidades rivais".³¹²

³¹⁰ "[a] responsabilização por eventuais crimes só implicam impedimento se cometidos durante o mandato impugnado" – Ayres Britto segundo notícia vinculada em: Agência Brasil. Fatos do 1.º mandato não cabem em ação de impeachment de Dilma, diz Ayres Britto. Publicada em 25/09/2015. (Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-09/fatos-do-1o-mandato-nao-cabem-em-acao-de-impeachment-de-dilma-diz-ayres>>. Acesso em: 02 maio 2016).

³¹¹ "[O] Presidente reeleito exerce um único mandato, ao menos para fins de responsabilização criminal" – Dallari segundo Parecer Técnico Jurídico solicitado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Crime de Responsabilidade do Presidente da República – Viabilidade jurídica do processo – Exercício da função por oito anos – Acusação de ação ou omissão culposa – Garantia do devido processo legal. (DALLARI, Adilson Abreu. Parecer técnico jurídico. *Jota*, 08 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/386-IASP-CRIME-DE-RESPONSABILIDADE.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016).

³¹² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.129.

É justamente para orientar essas escolhas que MacCormick propõe o estudo das justificações de segunda ordem.³¹³ O primeiro passo para compreendê-las é observar que essas decisões não decorrem do livre arbítrio do julgador. Elas são tomadas sob uma estrutura de conhecimento, ou seja, sob um corpo de direito normativo, pelo que não pode ser admitida uma proposta de deliberação completamente dissociada do ordenamento jurídico.

Dentre os resultados possíveis a escolha será realizada com base em alguns critérios. O primeiro deles, para MacCormick, é uma análise das diferenças que resultariam da adoção e aplicação de uma ou de outra deliberação oposta. Seguindo o exemplo proposto, ao decidir, o julgador avalia, sim, as consequências de considerar que o Presidente reeleito tem um único mandato ou mandatos diferentes – sendo que uma das principais consequências é a responsabilização por crime de responsabilidade cometido, supostamente, no primeiro mandato.

Esta constatação leva o autor escocês a traçar um perfil preliminar da argumentação jurídica. Em primeiro lugar, ela é consequencialista, pois considera as consequências de adotar uma ou outra deliberação, especialmente porque o julgador deverá avaliar "os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos [...] e que se enquadrariam nos termos da deliberação".³¹⁴ Em segundo lugar, a argumentação é avaliatória, pois sopesa a aceitabilidade ou a inaceitabilidade dessas consequências. Por fim, a argumentação é, ao menos em parte, subjetiva, pois cada juiz pode adotar critérios diferentes de avaliação e ter diferentes preferências de valor que moldam seus raciocínios jurídicos.³¹⁵ Há, portanto, certa discricionariedade na decisão que recorre à justificações de segunda ordem, especialmente no que diz respeito a esses três pontos, pois ela é consequencialista, avaliatória e subjetiva.

Apesar dessa primeira conclusão, MacCormick não aceita que a explicação sobre a argumentação jurídica se encerre por aqui. Na verdade, a identificação do caráter consequencialista apenas torna ainda mais importante a qualidade da

³¹³ "A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.129).

³¹⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.133.

³¹⁵ Ver, em sentido próximo, MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, 01 fev. 2010. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>> Acesso em: 06 fev. 2016.

argumentação jurídica desenvolvida na decisão. Sem ela, afinal, as decisões fundadas apenas nas consequências não são aceitáveis.

Nesta linha, o autor acrescenta que a decisão, apesar de ser consequencialista, está restrita a um conjunto de possíveis opções, uma vez que a fundamentação deve fazer sentido no sistema. Para tanto, deve-se considerar que a ideia básica de um sistema jurídico é de que ele se forma a partir de um "corpo coerente e coeso de normas".³¹⁶ Cabe, aqui, apontar os significados preliminares de coesão e coerência adotados pelo autor. A noção de um corpo coeso deve ser compreendida em um sentido estrito, de modo que uma deliberação, por mais desejável que seja pela via do consequencialismo, não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório no sistema.³¹⁷ Assim, para preservar a coesão do ordenamento jurídico brasileiro, não seria razoável condenar uma pessoa sequer à pena de morte, por violação expressa da Constituição. A ideia de coesão também está presente na medida em que os tribunais interpretam uma lei aparentemente contraditória com a Constituição de forma a preservar sua constitucionalidade,³¹⁸ o que atualmente resulta na discussão da interpretação conforme e de acordo.³¹⁹

Por sua vez, a coerência é um termo empregado por MacCormick de forma menos estrita. Para compreendê-la, vale recordar que o Direito, para o autor, envolve a ideia de ordem normativa, pelo que ele está fundado em valores e princípios que precedem as normas individuais.³²⁰ Deste modo, cada norma pode ser vista como uma manifestação de um princípio geral, o que confere ao sistema jurídico um grau de coerência. Trata-se da necessidade de que a decisão possa ser justificada sob o ponto de vista dos princípios que fundamentam as normas e que integram a característica normativa do ordenamento jurídico. Em outras palavras, o julgador não

³¹⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.135.

³¹⁷ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.135.

³¹⁸ "Naturalmente, um precedente ostensivamente contraditório pode ser 'explicado' e 'discriminado' para evitar uma contradição semelhante; ou uma lei ostensivamente conflitante pode ser interpretada de uma forma que evite essa contradição." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.135).

³¹⁹ Sobre o tema, ver: KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. In: BUSTAMANTE, Thomas et al. (Orgs.). **Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v.2. p.156-170.

³²⁰ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.136.

pode tomar qualquer decisão que atenda seus desejos consequencialistas; as escolhas disponíveis são apenas aquelas que "possam ser inseridas no âmbito do corpo existente do princípio jurídico geral".³²¹

Um exemplo simples pode auxiliar na demonstração preliminar do conceito de coerência. O novo Código de Processo Civil contém dispositivo que veda qualquer decisão sem que a parte prejudicada seja ouvida (artigo 9.º) – com exceção das tutelas provisórias e da ação monitória. A partir desse dispositivo, que pode ser remetido ao princípio do contraditório, não é razoável julgar um pedido improcedente contra o autor mesmo em caso de violação de norma de ordem pública, como o decurso de prazo decadencial. Uma decisão como essa não seria coerente com o sistema, pois é incompatível com um dos princípios que orienta seu caráter normativo. Note-se que esta questão não foi deixada apenas à interpretação, de modo que o legislador incluiu dispositivo específico sobre o tema, no artigo 10.³²² Coerência, portanto, significa que "cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada [pelo Direito como ele é]".³²³

Tendo em vista que o consequencialismo está limitado pelo sistema jurídico, MacCormick tece algumas considerações sobre a forma pela qual o advogado deve construir seus argumentos. Uma breve análise deste tema auxilia na compreensão do significado de coesão e coerência do autor. Em síntese, o objetivo do advogado é demonstrar que a decisão pleiteada é compatível com as normas jurídicas existentes. A forma mais simples de se realizar esta tarefa é identificar uma norma diretamente aplicável. A dificuldade surge na medida em que esta norma não existe, momento no qual se busca um princípio ou uma analogia para a estruturação do caso. Estes dois recursos têm como função demonstrar, juridicamente, que o pedido é legítimo – ou

³²¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.136.

³²² Sobre a vedação de decisões surpresa e a condução dos feitos pelos magistrados de modo coerente com o sistema jurídico, ver: DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

³²³ A tradução para a língua portuguesa utilizou a expressão "pela lei como ela é". No entanto, o raciocínio do autor não se limita à lei no sentido de direito positivo, de modo que a opção pela expressão "pelo Direito" mostra-se mais coerente com o raciocínio desenvolvido na obra original. Isto fica claro pelos argumentos que seguem a citação acima: "Na medida em que as normas detalhadas existentes sejam ou possam ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, princípios cujo teor vai além do âmbito de normas já estabelecidas, um fundamento suficiente e suficientemente legal existe para justificar como decisão legal alguma deliberação inovadora e a decisão particular a ela sujeita." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.136-137).

seja, que não há conflito com as normas vigentes e que a consequência requerida é endossada pelo Direito, por seus princípios, pela jurisprudência ou mesmo pela doutrina.³²⁴

Se a argumentação dos advogados está condicionada ao Direito, a técnica de decisão segue as mesmas limitações. Aliás, vale recordar que os juízes brasileiros estão, via de regra³²⁵, vinculados aos pedidos das partes, de modo que as observações de MacCormick são bastante adequadas ao ordenamento nacional. É possível sustentar, nessa linha, que "os juízes atuam dentro das mesmas restrições normativas impostas aos advogados".³²⁶ Outro aspecto positivo que se depreende da atuação dos advogados e do contraditório, especificamente no que toca à deliberação sobre as questões de fato e de direito, é que a discussão das teses tem o potencial de afastar potenciais argumentos arbitrários ou extravagantes.³²⁷ O debate entre as partes e advogados, portanto, auxilia o magistrado a buscar uma decisão universalizável, consequencialista, coesa e coerente.

Apresentados os elementos que, para além de uma análise consequencialista, configuram a justificação de segunda ordem, o autor trata pormenorizadamente das questões da coerência e da coesão. É sobre estes dois assuntos que o item a seguir se dedica.

2.4 COERÊNCIA E COESÃO

É importante esclarecer que a tese desenvolvida por MacCormick tem um caráter eminentemente normativo. O próprio autor reconhece essa característica, ao afirmar que sua proposta pretende estabelecer como "as decisões deveriam ser

³²⁴ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.155.

³²⁵ Sobre a excepcionalidade desta regra, ver: ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. (Orgs.). **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

³²⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.156.

³²⁷ O arremate do autor merece certo destaque: "pelo menos, isso acontece se as pessoas que exercem essas funções estiverem à altura de suas tarefas e forem honradas no cumprimento dos deveres que lhe couberem". Esta afirmação suscita, porém, um assunto que não comporta análise nesta tese, que seria a qualidade da advocacia e da magistratura de um país. (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.157-158).

justificadas".³²⁸ Esta ressalva é feita para evitar uma crítica preliminar no sentido de que nem sempre, na prática, as decisões possuem um caráter de universalização, muito menos uma argumentação coerente e coesa. A questão que se apresenta, e que é anterior a esta crítica, é se decisões que não apresentam argumentos claros pode ser consideradas justificações satisfatórias. Para MacCormick, essas decisões não são aceitáveis; e pelo artigo 489, § 1.º, do novo Código de Processo Civil, também parecem não configurar decisões válidas.³²⁹ É por esta razão que o desenvolvimento dos temas da coerência e da coesão importam.

Tratar de coerência é investigar o lugar dos argumentos a partir de princípios gerais do direito na argumentação jurídica.³³⁰ Não se trata, portanto, de uma simples análise de coerência narrativa – esta espécie, recorde-se, está ligada ao relato fático do juiz na sentença, que deve fazer sentido. A coerência significa que as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto.³³¹ Um trecho do autor colabora para a compreensão dessa explicação preliminar: "conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou 'concretas' dessa norma".³³² Vale lembrar que o MacCormick que escreveu *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, em 1978, ainda tinha fortes laços com a teoria de Hart, pelo que, nesta obra, os princípios são tratados como uma norma mais geral.³³³ O MacCormick do século XXI, da coleção "Law, State and Practical Reason", desenvolve outras reflexões sobre o tema, as

³²⁸ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.193.

³²⁹ "A existência dessas críticas apoia ainda mais a alegação de ser um requisito aceito da justificação o de que os juízes deveriam deixar clara a deliberação sobre a lei, sob cujo amparo estão agindo ao decidir um caso, e deveriam testá-la pela aplicação de critérios adequados de avaliação, como, por exemplo, o 'senso comum', a 'justiça', a 'compatibilidade com princípios jurídicos' e 'a política do interesse público'." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.194).

³³⁰ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.197.

³³¹ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.197.

³³² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.197.

³³³ "Chamar uma norma de 'princípio' significa, portanto, que ela tanto é relativamente geral como tem valor positivo." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.198). O autor prossegue, neste sentido, afirmando que vê sua obra como um complemento ao Conceito de Direito hartiano. A mudança no pensamento do autor será considerada adiante.

quais serão objeto de análise mais adiante. Fato é que, na obra de 1978, o autor identifica os princípios como normas que não enunciam apenas uma regra "sempre que FO, então CN", mas que contêm objetivos gerais que se reputeem desejados. Como exemplo, pode-se pensar na ideia de um Código de Trânsito, cujo objetivo geral é o de oferecer segurança para motoristas, ciclistas, pedestres, dentre outros. A segurança é o objetivo geral, ou seja, é o princípio, enquanto regras que limitam a velocidade ou disciplinam uma ultrapassagem são manifestações desse princípio.³³⁴

A argumentação que relaciona as decisões com princípios não é exclusivamente consequencialista, pois o princípio que norteia a situação a ser decidida limita o número de resultados justificáveis. A existência de um princípio permite que um juiz chegue a uma decisão que inova o ordenamento jurídico, mas não implica usurpação de competência do legislativo.³³⁵ Afinal, são eles expressões normativas de políticas racionalizantes ou justificatórias já reconhecidos no ordenamento.³³⁶ Esta argumentação a partir de princípios pode ser constatada nos argumentos que levaram à procedência da ADPF 130, pelo qual o Supremo Tribunal Federal considerou que a Lei de Imprensa, n.º 5.250/1967, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Pela própria ementa do caso, depreende-se que a incompatibilidade não se dá apenas por determinados artigos da lei, mas pelos princípios que orientaram a redação original da Lei de Imprensa com os ideais normativos instituídos no Brasil em 1988.³³⁷

³³⁴ "O efeito de explicar princípios gerais desse modo consiste em criar a possibilidade de encarar as Leis de Trânsito não simplesmente como um amontoado de ordens, proibições e permissões arbitrárias, mas como um conjunto coerente de normas destinadas a garantir objetivos gerais que pelo menos os que elaboraram as normas consideravam desejáveis. Neste sentido, explicar os princípios é racionalizar as normas." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.203).

³³⁵ "Sua existência torna permissível que um juiz chegue a uma decisão que, de outro modo, deveria caber à legislatura." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.209).

³³⁶ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.216.

³³⁷ "Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal n.º 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-208 DIVULG 05/11/2009 PUBLIC 06/11/2009).

Com a remissão a princípios, os juízes podem fazer "justiça de acordo com [o Direito]".³³⁸ Isto não significa, porém, que apenas a argumentação por dedução é admitida no ordenamento jurídico; na verdade, essa afirmação reconhece que é possível ir além dos enunciados normativos, mas que ao mesmo tempo há um limite para as decisões consequencialistas, pois as decisões devem fazer sentido diante do ordenamento jurídico. Sob esta ótica, os princípios são, ao mesmo tempo, responsáveis pela variedade e pela delimitação das possíveis decisões para um caso.³³⁹ Isto permite à Teoria do Direito reconhecer que os juízes têm poder para entender a lei de modo a cobrir suas lacunas, mas não confere a eles uma autonomia tal qual é a do legislador.

Aliás, cabe aqui a transcrição do autor a respeito do problema da criação de leis pelos juízes:

Parece verdadeiro afirmar que a controvérsia frequentemente acirrada, mas sempre árida, a respeito de poderem os juízes 'fazer leis' ou 'legislar', se deveriam agir desse modo ou se de fato o fazem, é na essência uma questão verbal ou terminológica. Trata-se no fundo de uma decisão arbitrária se deveríamos usar uma palavra diferente para descrever o processo de decretação de leis pelos parlamentos, após debates políticos nos quais não se aplica à justificação da decretação o fato de ela estar em conflito com normas ou princípios do direito anteriores (pois com frequência é esse o propósito dessas decretações) e outra para o processo de criação de normas judiciais, justificado pela referência a analogias e princípios na lei vigente na medida em que estes promovam valores de 'senso comum'. Existe, é claro, um sentido pelo qual decisões e deliberações justificadas desse modo apenas tornam explícito o que estava implícito na lei preexistente; e essa é uma diferença considerável entre os dois processos. É também verdadeiro, porém, que [o Direito é modificado] no momento seguinte à decisão de um importante 'caso de firme jurisprudência' em relação ao que era no momento anterior. E essa é uma semelhança notável. O que é essencial é ver tanto a diferença quanto a semelhança. A terminologia é muito menos importante, embora seja louvável a ideia de reservar os termos 'legislação' e 'legislar' para a descrição do primeiro processo, e buscar outro termo para o segundo. Por que não o muito desdenhado 'declarar' a lei, usado no século XVIII? Pelo menos, uma distinção dessas nos ajudaria a ver a finalidade da doutrina da separação dos poderes e a perceber a realidade dos limites sobre os poderes judiciais da inovação jurídica.³⁴⁰

³³⁸ Novamente, alterou-se a tradução. (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.215).

³³⁹ "Os 'princípios gerais' que fornecem essa orientação necessária, por um lado, mas limitação, pelo outro, expressam as razões subjacentes para as normas específicas que existem." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.215-216).

³⁴⁰ MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.244-245.

O que chama a atenção do trecho acima destacado é a questão de que, mesmo em um país cuja tradição é a *Civil Law*, como o Brasil, uma alteração na jurisprudência realmente causa efeitos semelhantes aos da edição de uma nova lei. Vale lembrar, apenas como exemplo, casos recentes cujas decisões tiveram grande repercussão em todo território nacional, como a validade da Lei da Ficha Limpa, as determinações sobre o uso de algemas em presos e a autorização de pesquisas com células-tronco. Os resultados são, de fato, semelhantes a uma decisão do legislativo. A diferença, com o perdão do pleonasma, é o que faz toda a diferença: as decisões do Judiciário dependem de uma argumentação coerente que demonstre a permissibilidade do resultado do julgamento. Além disso, pela fundamentação, deve-se provar que a decisão não conflita com normas já estabelecidas e de caráter compulsório – o que MacCormick chama de coesão, como se passa a expor.

No que toca à coesão, o autor destaca que é fácil exprimir este conceito, pois ele é um mandamento fundamental do Direito: não se deve contradizer o que é estabelecido e vinculante pelo Direito. Trata-se, em última análise, de uma versão da tese da validade positivista que MacCormick não descarta – embora admita restrições e exceções, especialmente em obras posteriores. No entanto, o significado da coesão não é o de meramente obrigar os juízes a decidir de acordo com as leis vigentes. Há um espaço de interpretação e argumentação maior, pois a noção de coesão não apaga as considerações sobre coerência. Assim, por melhor que seja um argumento, até mesmo construído sobre princípios vigentes no ordenamento, a decisão não pode prosperar se ela não demonstrar que não é incompatível com normas estabelecidas. Em outras palavras, o esforço argumentativo não terá valor se não superar um dispositivo que o torne ilegal. Por exemplo, pela previsão legal de que a bigamia é crime, tem se defendido no Brasil que é admissível a multiplicidade de uniões estáveis, mas não de casamentos.³⁴¹

³⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Decisão reconhece a família simultânea**. 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4995/novosite>>. Acesso em: 04 jun. 2016. MENDONÇA, Alba Valéria. Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação. **Globo**, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>>. Acesso em: 04 jun. 2016. Em sentido contrário, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 609.856/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 28/04/2015. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 19/05/2015.

A coesão, assim, pressupõe não apenas o conhecimento dos dispositivos legais, mas também a possibilidade de interpretação de todo o ordenamento jurídico: "não contradirás uma lei do Parlamento – mas descobrir uma interpretação de uma lei que seja compatível com a deliberação que se considera correta por outros motivos não representa violação desse mandamento".³⁴²

Deve-se destacar, porém, que embora as principais questões do pensamento de MacCormick tenham sido lançadas em *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, sua visão mais atual a respeito da coerência encontra-se na obra *Retórica e Estado de Direito*, publicada originalmente em 2005 e traduzida para o português em 2008.³⁴³ Por conta disso, sem dispensar as premissas até aqui estabelecidas, o presente item passa a discutir o conteúdo desta obra. Nela, a coerência surge nas primeiras páginas como condição para a admissibilidade de uma decisão fundada em regras e princípios.³⁴⁴

O argumento de MacCormick parte de uma questão já mencionada: o contexto jurídico não é uma folha em branco que permite alcançar qualquer conclusão, simplesmente pelo fato de ser ela razoável. Ao oferecer a solução, o magistrado precisa fundamentar sua conclusão em alguma proposição que tenha "credibilidade como uma proposição jurídica"³⁴⁵, e a melhor forma de fazer isso é que "essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado".³⁴⁶ Não se pode, portanto, abandonar as regras de primeiro piso, pois elas servem como material para guiar e justificar as decisões em uma ordem normativa institucional.³⁴⁷ As leis, vistas com esse propósito,

³⁴² MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.256.

³⁴³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

³⁴⁴ "Portanto, os princípios e regras de decisão e de conduta que alguém adota têm que pertencer a um corpo de pensamento prático e de compromissos que seja internamente consistente, e que seja caracterizado também por uma certa coerência geral." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.30).

³⁴⁵ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.31.

³⁴⁶ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.31.

³⁴⁷ Sobre o material disponível, diz o autor que "compreende as constituições, os tratados, as leis dos Parlamentos nacionais ou subnacionais, as regulações e diretivas de entidades supranacionais, e os milhares de repertórios de decisões judiciais, reconhecidas em alguns sistemas como 'precedentes' no sentido de consistirem em uma 'fonte formal de Direito'. Esses precedentes são usados em praticamente todos os sistemas jurídicos ao menos como um tipo de guia dotado de (mais ou menos) autoridade para a interpretação das leis, dispositivos constitucionais e outros tipos de disposições jurídicas e vinculantes. Isso também inclui tratados e outros escritos acadêmicos sobre o Direito produzidos por especialistas reconhecidos." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.31-32).

são tidas como um material pré-interpretativo, ou como a matéria-prima de um sistema jurídico.

O que não pode ser desprezado, porém, é que para que a aplicação dessa matéria-prima ocorrer não basta que os fatos operativos nela previstos sejam constatados: "é necessário ainda que algum tipo específico e contestável de acusação ou alegação desses fatos seja feito contra o indivíduo ameaçado de sofrer aquelas consequências".³⁴⁸ Essas alegações devem ser provadas em um processo em que a contraparte possa contestar cada elemento, seja probatório, seja de direito. No Brasil, esta possibilidade é prevista constitucionalmente pelas garantias de contraditório e ampla defesa.³⁴⁹

O caráter dialético ou argumentativo dos processos judiciais é uma característica inafastável do arranjo constitucional do Estado de Direito, pois nele os cidadãos têm a possibilidade de questionar e se defender contra qualquer acusação. Assim, se, por um lado, o sistema jurídico é claro e relativamente determinado, por outro, a possibilidade que o próprio Direito prevê de contestação das regras o torna relativamente indeterminado. Com isso, MacCormick observa que a indeterminação do Direito não decorre apenas de problemas de linguagem, como ambiguidade, vagueza e texturas abertas, como afirmaria Hart. Na verdade, ela "também resulta e é em alguma medida amplificada pelo devido reconhecimento de um 'direito de defesa' em qualquer contexto de acusação penal ou contencioso cível".³⁵⁰ No Direito, portanto, pode haver disputas sobre a interpretação dos fatos, das provas, da caracterização dos fatos, da relevância dos fatos sobre as normas, das próprias normas, dentre outros. Note-se, porém, que essas possibilidades de disputa não são algo que o Direito deve corrigir, pois são parte integrante da ordem jurídica instaurada pelo Estado.

Por melhor que seja a legislação produzida e por mais claras que sejam as regras processuais, fato é que as causas chegam aos tribunais como objeto de uma discussão que compreende elementos fáticos e teóricos que precisa ser decidida. Nessa decisão, os tribunais podem aplicar posicionamentos anteriores ou estabelecer novos entendimentos (precedentes) que resolverão o caso em tela sem, no entanto,

³⁴⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.35.

³⁴⁹ Sobre o tema, ver, dentre outros, NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁵⁰ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.36.

definir a questão jurídica de modo definitivo – caso contrário, abrir-se-ia mão da possibilidade de outro interessado, parte em um processo mais recente, contestar aquele entendimento. Aqui, o autor apresenta um conceito mais recente que deve ser compreendido: ao tratar da possibilidade de se afastar uma regra ou uma decisão, sustenta que o silogismo "consiste em uma nova certeza provisória e excepcionável (*defeasible*) que surge a partir da resolução por meio da argumentação de questões levantadas sobre certezas provisórias e excepcionáveis (*defeasible*) que imperavam anteriormente".³⁵¹ É esta excepcionalidade, derrotabilidade ou *defeasibility*, que liga a determinação e a indeterminação do Direito.³⁵² Ao se combinar normas determinadas com a oportunidade de questioná-las, as certezas são provisórias e podem ser afastadas por meio de argumentação.³⁵³

Demonstra-se, desta forma, não só a importância da chamada derrotabilidade, mas especialmente da interpretação e da argumentação. Aplicar o Direito envolve a sua interpretação. Toda norma precisa ser entendida antes de ser aplicada. Se é assim que o Direito funciona, as decisões dependem de bons argumentos para que as conclusões interpretativas se sustentem.³⁵⁴ Dentre os argumentos interpretativos, existem três tipos de argumentos tidos como persuasivos para fundamentar a compreensão de um texto legal. O primeiro tipo de argumento é o linguístico, ou seja, aquele que recorre ao contexto da própria regra como fonte de razões para justificá-la³⁵⁵; o segundo é a interpretação que olha para o sistema jurídico como o contexto que dá sentido à norma, e por isso é chamado de sistêmico³⁵⁶; por fim, tem-se os argumentos

³⁵¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.38.

³⁵² Sobre o tema, ver: SERBENA, Cesar Antonio. **Teoria da derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010; VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do direito tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

³⁵³ O próprio autor reconhece que em seus escritos mais recentes aproximou-se das ideias de outro teórico que será estudado adiante: "Dessas e de outras formas eu procuro avançar com base naquilo que escrevi antes, aproximando-me mais do que eu antes entendia correto, nesse processo, da posição de Ronald Dworkin." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.42).

³⁵⁴ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.165.

³⁵⁵ O autor afirma que este método busca o "sentido claro" das palavras. (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.167-169).

³⁵⁶ "Argumentos sistêmicos são aqueles que funcionam no sentido de prover uma compreensão aceitável do texto legal visto particularmente em seu contexto como parte de um sistema jurídico." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.170). De acordo com o autor, são seis os melhores exemplos de interpretações sistêmicas: harmonização contextual, argumentos a partir de precedentes, analogia, argumentos conceituais, princípios gerais e argumentos a partir da história.

teleológico-avaliativos, que buscam nos objetivos ou nas finalidades do texto legal uma forma de lhes dar melhor sentido.³⁵⁷ Como já destacado, as consequências visadas pelo intérprete são fundamentais para a escolha do critério.³⁵⁸ Muito mais já foi produzido sobre a interpretação de textos legais,³⁵⁹ mas há importantes considerações a serem feitas a respeito da interpretação de precedentes.

Em 1978, dizia MacCormick que a coesão deveria ser demonstrada a partir da lei e também com relação aos precedentes que antecedem a decisão.³⁶⁰ As diferenças entre a interpretação coesa das leis não era necessariamente diferente a interpretação de precedentes, desde que se compreendesse que as decisões fornecem resultados universalizáveis para os casos.³⁶¹ Assim, os precedentes constituiriam momentos em que uma regra foi aplicada, interpretada, e serviriam como balizas de coerência e coesão para novas decisões. As lições de Retórica e Estado de Direito, porém, mostram uma mudança de posição do autor após quase trinta anos, o que começa a ser percebido com a observação de que "interpretar textos legislativos difere marcadamente da interpretação de precedentes".³⁶²

Ao apresentar seu pensamento mais recente, MacCormick sustenta que existem três razões primárias para decidir de acordo com precedentes.³⁶³ A primeira delas é por uma questão de justiça formal – já considerada. A segunda é a ideia de um sistema jurídico imparcial que trata a todos da mesma forma, independentemente das partes e do juiz que julga o caso – esta ideia parece ter forte relação com o

³⁵⁷ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.175-182.

³⁵⁸ "Por trás da interpretação linguística repousa um objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. Por trás da interpretação sistêmica repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo o sistema jurídico. Por trás da interpretação teleológico-avaliativa repousa o respeito por uma demanda de razão prática segundo a qual as atividades humanas precisam ser guiadas por algum senso de valor a ser realizado pela ação e por princípios que sejam observados nesse senso de valor." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.185).

³⁵⁹ Ver, dentre outros, GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011, e TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

³⁶⁰ "Há de se entender que o mandamento do 'não contradirás normas de direito estabelecidas e vinculantes' se aplica também a normas derivadas da jurisprudência." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.279).

³⁶¹ "[N]ormas são deriváveis da jurisprudência porque pode se considerar que a deliberação proferida por um tribunal precedente fornece uma norma para casos atuais pertinentes." (MacCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.281).

³⁶² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.186.

³⁶³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

conceito de Estado de Direito que influenciou as últimas quatro obras do autor.³⁶⁴ A terceira razão é a economia de esforço de juízes e advogados, que não precisam de nova argumentação para resolver um caso já apreciado pelas cortes. Esta prática com precedentes que, destaca-se, "cresceu de maneira quase universal nos sistemas jurídicos contemporâneos"³⁶⁵, revela a força da combinação dessas três razões. Fato é que os precedentes contemplam soluções para casos, na maioria das vezes, e para a maioria das tradições jurídicas, por meio de interpretações explicativas da lei.³⁶⁶

É preciso questionar, porém, como os textos dos precedentes são interpretados. A primeira questão que deve ser assentada, aqui, é que a existência de precedentes pressupõe que os votos dos juízes são normativos, no sentido de que guiam uma interpretação para um determinado sentido. Ao mesmo tempo, esses votos são compostos por justificativas das decisões, pelo que não existe uma compreensão da teoria por trás dos precedentes sem uma teoria da justificação.³⁶⁷ Afinal, é o texto do precedente, composto pela fundamentação jurídica, que produzirá efeitos sobre os demais tribunais. Assim, sem a justificação e sem a compreensão deste texto, não há precedente. Como se pode depreender do pensamento do autor, esta justificação depende do conceito de coerência, o que permite o retorno ao estudo deste elemento à luz do pensamento contemporâneo do professor escocês.

A solidez de um argumento está na sua coerência. Tratar da coerência pela Teoria do Direito é "tornar inteligível a natureza do critério assim colocado, e mostrar seu lugar dentro de um cânone de justificação racional".³⁶⁸ Para tanto, tem-se dois testes de coerência: um deles é o da coerência narrativa, relacionada aos fatos e as inferências a partir de provas, considerada no item 2.3; há, também, o teste de coerência normativa, relacionado à justificação de soluções jurídicas no contexto de

³⁶⁴ "Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191).

³⁶⁵ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

³⁶⁶ Na versão original, em inglês, *glosses*. (MacCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p.144).

³⁶⁷ MacCormick aponta que grande parte dos estudos sobre precedentes não se atenta para este pré-requisito, qual seja, uma teoria da justificação bem articulada. Sem ela, "uma análise satisfatória do Direito jurisprudencial é extremamente difícil". (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.193).

³⁶⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.247.

uma ordem normativa – a coerência normativa, portanto, está ligada à concepção de Direito como ordem normativa institucional.

Tanto a coerência normativa quanto a narrativa têm como objetivo dar sentido a uma decisão ou a um ordenamento jurídico. Porém, não se deve confundir coerência com efetividade ou aplicabilidade do Direito. É perfeitamente possível imaginar que um conjunto de regras incoerentes sejam cumpridas: "imagine uma casa na qual os habitantes devem deixar seus quartos tão desarrumados quanto possível às segundas, quartas e sextas-feiras, e então arrumá-los à máxima perfeição às terças, quintas e sábados".³⁶⁹ Não há sentido aparente na regra, mas ela pode ser cumprida pelos moradores da casa sem deslizes. Buscar a coerência, portanto, é buscar o sentido, a sustentação de uma regra ou de uma decisão.

Neil MacCormick também costuma destacar que, para ele, coerência não se confunde com consistência. Consistência, aqui, tem o sentido de não-contradição: "um grupo de proposições é mutuamente consistente se cada uma puder ser, sem contradição, afirmada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras". Ao contrário, a coerência "é a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, 'faz sentido' na sua totalidade".³⁷⁰ Assim, o exemplo da casa que deve ser arrumada e desarrumada não é coerente, mas é consistente. A consistência, no entanto, não é garantia de sentido ou eficiência para um conjunto de regras.

O primeiro aspecto da coerência normativa é buscar um valor ou grupo de valores servidos pelas normas. Pense-se, por exemplo, em uma regra que proíba carros brancos e prateados de circular nos dias pares, enquanto os pretos não podem circular nos dias ímpares. Sem qualquer justificativa, essas regras podem ser consideradas consistentes, mas não coerentes. No entanto, podem ser uma tentativa de se implementar um rodízio de automóveis, como ocorre em algumas cidades brasileiras pelo numeral da placa do veículo, com o objetivo de reduzir a quantidade de veículos em trânsito e como método de controle da poluição. Investigar a coerência normativa é, assim, uma "questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes".³⁷¹

³⁶⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.247-248.

³⁷⁰ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.248.

³⁷¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.250.

Este aspecto da coerência normativa tem um outro lado: ao mesmo tempo em que as regras devem se subordinar a valores, elas não podem violar outros. Uma medida de segurança, como a porta giratória com detector de metais em bancos, não pode violar a dignidade da pessoa humana.³⁷²

Observa-se a importância dada pelo autor ao conceito de valor para a compreensão da coerência normativa. Sobre este tema, tem-se que são "estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins".³⁷³ Isto leva MacCormick a identificar uma possível sobreposição entre sua concepção de valor com a ideia de princípio, tida pelo autor como uma expressão normativa marcada pela generalidade. Assim, se o valor que dá sentido a um Código de Trânsito é a "segurança nas estradas", as regras nele contidas podem ser representadas por um princípio de que "a vida humana não deve, injustificadamente, ser posta em perigo em decorrência do tráfego motorizado em estradas".³⁷⁴ A conversão de valores em princípios, no Direito, é um meio intrínseco de realizar esses valores.³⁷⁵ Feitos esses esclarecimentos, pode-se apresentar como segundo aspecto da coerência a satisfação, por um conjunto de regras, de um princípio mais geral.

Para fazer sentido, portanto, as normas devem ser relacionadas racionalmente com a realização de algum valor ou de um princípio. Veja-se a síntese a seguir:

Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória.³⁷⁶

³⁷² Neste sentido, a seguinte decisão: APELAÇÃO. Indenização por danos morais. Porta giratória. Banco. Autor que foi impedido de entrar no Banco, em razão da porta giratória ter travado devido ao fato de estar usando muletas metálicas. Não utilização pelo gerente de outra entrada especial, reiterada a exigência de que o autor deveria deixar seus pertences em uma caixa. Existência de Boletim de Ocorrência sobre os fatos. Retenção que se mostrou exagerada e abusiva. Desassossego anormal. Dano moral configurado. Responsabilidade civil do Banco assentada nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Valor fixado em R\$ 10.000,00. Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso Improvido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL 00067378320108260223 SP 0006737-83.2010.8.26.0223**. Relator: Egidio Giacoia. Julgamento: 12/08/2014. Órgão Julgador: 3.^a Câmara de Direito Privado. Publicação: 13/08/2014).

³⁷³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.251.

³⁷⁴ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.251.

³⁷⁵ "Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro de um sistema jurídico estatal ou de alguma ordem normativa análoga." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.251).

³⁷⁶ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.253.

Destaque-se que a conclusão do autor sobre o ponto de chegada da coerência é a ideia de uma forma de vida satisfatória. Esta noção está ligada à chamada optimalidade de Aarnio, que relaciona a razoabilidade racional da justificação com um princípio válido e efetivo que funcione no cotidiano.³⁷⁷ Em outras palavras, a coerência deve refletir a realidade. A otimização da coerência será examinada com maiores detalhes no próximo item.

Resta saber as razões pelas quais a coerência normativa justifica. O primeiro motivo está ligado às lições acima suscitadas de Aarnio: ser coerente traz uma concepção de racionalidade na vida prática. Assim, as regras estabelecidas pelo legislador devem ter universalidade e generalidade, pois decorrem de princípios que afetam a todos. Deste mesmo modo, as regras devem se mostrar como desdobramentos de princípios gerais também porque detalham a forma como esses princípios ou valores interferem na vida de cada um. Por conta disso, ser coerente garante relativa clareza e previsibilidade na aplicação do Direito. Assim, o ordenamento será mais inteligível "se for representado concretamente por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais que podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade".³⁷⁸

Ao demonstrar a coerência de uma regra, o Legislativo justifica sua pertinência no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, ao justificar uma decisão, acaba fazendo mais do que isso. Este é um ponto essencial na teoria. Ao analisar um caso em que as partes discutem a aplicabilidade de uma regra e, também, a possibilidade de se excepcionar a aplicação deste dispositivo, os juízes avaliam as possíveis consequências e procuram "qual princípio melhor explica o Direito tal como estabelecido, até agora, pelos agentes responsáveis por produzi-lo?"³⁷⁹ Se o caso for genuinamente novo e não houver regra expressa para decidi-lo, há de se reconhecer que a argumentação desenvolvida no julgamento será responsável por desenvolver o Direito. No entanto, esse novo Direito não nasce apenas da criatividade do magistrado, mas sim do Direito existente, pois a decisão deve ser coerente com o ordenamento e ser compatível

³⁷⁷ *"La expectativa de certeza jurídica queda plenamente satisfecha solo si (a) la decisión (o interpretación) cae dentro del marco legal, (b) El discurso procede de manera racional y (c) la decisión satisface El código de valores dominante. Esto significa que la aceptabilidad racional no es meramente un ideal abstrato sino un principio válido y efectivo que funciona em la práctica cotidiana."* (AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.288).

³⁷⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.263

³⁷⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.266.

com sua "moldura de referência".³⁸⁰ Por meio da argumentação coerente, caso a caso, um corpo de normas pode emergir com o tempo e ser perfeitamente compatível com o sistema jurídico, seja com as regras estabelecidas na lei, seja com os valores e com os princípios definidos pelo Estado.³⁸¹

Para MacCormick, portanto, a coerência normativa é atendida se a justificação demonstrar que as regras fazem sentido, ou que são aceitáveis, diante dos valores e dos princípios estabelecidos por uma ordem superior. Ao determinar que a jurisprudência deve ser uniformizada com a observância da coerência, o Código de Processo Civil parece exigir que a argumentação jurídica desenvolvida pelos magistrados faça sentido nestes termos. Desta forma, o Direito se sustenta, de forma coerente, seja com os alicerces da lei, seja com precedentes. Vale dizer que "é preciso enxergar o ordenamento jurídico – e a norma que sair de cada decisão passa a fazer parte desse sistema – não como um amontoado de regras jurídicas desconexas, mas sim como um grupo de normas que fazem sentido quando analisadas em conjunto".³⁸²

Uma vez identificado o significado de coerência para MacCormick, resta analisar o que se compreende por uma noção que vem ganhando relativo espaço na doutrina. Trata-se da otimização de coerência, mencionada pelo professor escocês com remissão a Aulis Aarnio, e que tem sido aperfeiçoada por outros juristas. É o que se passa a expor.

2.5 OTIMIZAÇÃO DA COERÊNCIA

Além de MacCormick, outra pesquisadora que desenvolve o tema da coerência no Direito é Amalia Amaya.³⁸³ Para a autora, as decisões jurídicas relativas

³⁸⁰ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.267.

³⁸¹ "No que toca ao requisito da coerência, observou-se que ela deve ser um ideal perseguido pelo ordenamento jurídico como um todo e também pela decisão judicial. Isso porque a decisão, com potencial para se transformar em precedente, torna-se parte do ordenamento jurídico." (Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.16, n.2, p.219, maio/ago. 2011).

³⁸² MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.16, n.2, p.214, maio/ago. 2011.

³⁸³ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.21-64, 2011; AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.304-329, 2011.

a normas e fatos serão consideradas justificadas em virtude do seu maior grau de coerência, desde que tais decisões tenham resultado de processos de otimização da coerência que considerem o contexto e sejam realizados por decisores epistemologicamente responsáveis.³⁸⁴

Nessa linha, em seu mais completo ensaio, Amalia apresenta, em dez teses, uma teoria unitária da coerência fática e normativa como condição à justificação jurídica.³⁸⁵ Para o desenvolvimento desta teoria, a autora aplica a concepção da coerência como satisfação de restrições, desenvolvida por Paul Thagard (primeira tese)³⁸⁶, que concebe coerência como uma questão de satisfação de restrições positivas e negativas. Apesar de ser utilizada em campos não jurídicos, a autora esclarece que a coerência como satisfação de restrições elucida a coerência da argumentação jurídica e enuncia critérios objetivos para definir e avaliar a coerência.³⁸⁷

Para Thagard, a coerência de um conjunto de elementos decorre da satisfação de restrições positivas e negativas estabelecidas entre pares de elementos que compõem determinado conjunto. As restrições positivas fazem com que ambos os elementos sejam aceitos ou rejeitados, já as restrições negativas determinam que se um elemento for aceito o outro deve ser rejeitado. Dessa forma, provocam a formação de dois subconjuntos: elementos aceitos e elementos rejeitados. Os tipos de coerência são delineados conforme os seus elementos e suas restrições, de modo que Thagard

³⁸⁴ AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.306 e 313-318, 2011; AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.28, 2011; AMAYA, Amalia. Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding. **Episteme**, v.5, n.3, p.306-319, 2008.

³⁸⁵ A autora esclarece que a maioria das teorias e reflexões sobre coerência no direito trata apenas do papel desempenhado pela coerência na justificação de conclusões normativas, tais como a teoria normativa de coerência de MacCormick, o modelo de pesos e medidas de Peczenik e a teoria do direito como integridade de Dworkin. Todavia, resta negligenciada a análise da coerência na justificação em relação aos fatos, evidências e provas, havendo apenas abordagens menos rígidas como a teoria da plausibilidade relativa de Ronald Allen; a versão pragmática de Michael Pardo; a teoria das narrativas ancoradas de Wagenaar, van Koppen e Crombag; e a abordagem de Simon. (AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.306-309, 2011.

³⁸⁶ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.23-24, 2011; AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.313, 2011.

³⁸⁷ Cumpre esclarecer que apesar de Amaya eleger como base a teoria de coerência como satisfação de restrições, proposta por Paul Thagard, a autora não ignora as limitações desta concepção. Nesse sentido, expõe que a teoria de Thagard não dá uma resposta última sobre o que é coerência, não explica a origem do conjunto de elementos considerados relevante para a avaliação de sua coerência ("problema do input") e necessita de uma explicação mais detalhada da interação dos diferentes tipos de coerência. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.26, 2011).

diferencia seis espécies: explicativa, analógica, dedutiva, percentual, conceitual e deliberativa; e estabelece que a solução de um problema de coerência específico requer a interação de mais de um tipo de coerência.

A teoria da coerência fática e normativa no Direito, proposta por Amaya, distingue dois tipos de coerência no Direito: (i) a coerência fática, relevante para avaliar a justificação de conclusões sobre questões de fato em direito, e revela-se da interação da coerência explicativa e da coerência deliberativa (isto porque a natureza institucional do raciocínio sobre os fatos no contexto jurídico restringe os princípios gerais da coerência explicativa); (ii) a coerência normativa, importante para a justificação de proposições normativas, é fruto da interação da coerência interpretativa (que dá conta do caráter interpretativo do raciocínio normativo no Direito) e dos tipos de coerência da justificação moral.³⁸⁸ Nesse sentido, Amaya toma como modelo, respectivamente, as teorias da coerência epistêmica e ética de Thagard, adicionando certas especificações para dar conta do raciocínio jurídico.³⁸⁹

Amaya ressalta que, apesar da coerência explicativa e da coerência interpretativa possuírem restrições distintas, já que aquela liga hipóteses fáticas à proposições sobre provas e esta relaciona hipóteses interpretativas à elementos normativos, contudo, estes tipos de coerência têm estruturas análogas.³⁹⁰ Esta estrutura comum indica a identidade do processo de inferências à melhor explicação e da otimização da coerência na justificação de fatos e normas³⁹¹, o que é negligenciado por outras teorias.

Nesse sentido, ao contrário do senso de que a coerência é uma questão de intuição, sem padrões inferenciais das hipóteses coerentes e não suscetível de análise, a autora aponta que a coerência tem natureza explicativa (segunda tese)³⁹², logo, é

³⁸⁸ AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.314, 2011. Sobre o tema da coerência fática, ver também: AMAYA, Amalia. Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding. **Episteme**, v.5, n.3, p.306-319, 2008.

³⁸⁹ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.24-25, 2011.

³⁹⁰ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.25-26, 2011.

³⁹¹ AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.314-315, 2011.

³⁹² Amala Amaya esclarece que, apesar das ferramentas da lógica tradicional não serem suficientes para avaliar explicações do tipo sintático, semântico e pragmático, o uso de formalismos auxiliam na compreensão dos mecanismos de construção da coerência. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.29-30, 2011).

possível decifrar detalhadamente o processo que leva à melhor explicação no Direito (mais coerente) e à justificação com a ajuda de ferramentas da lógica abdutiva.³⁹³

Desse modo, a inferência à explicação mais coerente no Direito segue três etapas fundamentais, que servem como um processo de maximização da coerência. Na primeira etapa, há o descobrimento dos elementos relevantes (hipóteses fáticas e provas no caso do raciocínio sobre os fatos ou hipóteses interpretativas e elementos normativos no caso do raciocínio jurídico de caráter normativo) em relação aos quais a coerência será aferida, desse modo, restringem-se as hipóteses que valem a pena ser consideradas, eliminando as hipóteses incoerentes com a concepção de direito e de mundo do agente.

Na segunda etapa são elaboradas alternativas de decisão plausíveis por meio de perguntas que auxiliam na investigação, por exemplo: "quais hipóteses nos permitiriam explicar de modo coerente uma série de provas aparentemente contraditórias (?)". Tais alternativas são posteriormente refinadas por mecanismos de construção de coerência (terceira tese), aplicados para que as hipóteses se apresentem do modo mais coerente possível no momento da avaliação e se chegue a melhor solução de um problema normativo ou fático no direito.³⁹⁴

Cumprido ressaltar que são três os principais mecanismos de construção de coerência. Um deles é a contradição, que transforma um conjunto incoerente em coerente por meio da exclusão de elementos incoerentes em relação ao conjunto. Por exemplo, caso a hipótese de inocência seja altamente coerente com as provas, exceto com um testemunho, deve-se rechaçar a testemunha como pouco confiável para aumentar o grau de coerência do conjunto que afirma a inocência; ou rechaçar como equivocado um precedente que seja dissonante com uma hipótese interpretativa que permite explicar um conjunto de precedentes. Em segundo lugar, a adição alcança a coerência mediante a inclusão de novos elementos, por exemplo: a culpabilidade do acusado é coerente com o conjunto de provas disponíveis, porém incoerente com

³⁹³ "[...] el proceso mediante el cual uno puede llegar a encontrar la interpretación más coherente de una norma jurídica, el curso de acción que mejor encaja un conjunto de valores y objetivos, la hipótesis de hechos controvertidos que tiene más sentido a la luz de las pruebas disponibles, o la teoría científica que es más coherente con los datos experimentales y con el conjunto del saber científico [...]." (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.26-27, 2011).

³⁹⁴ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.32-33, 2011.

um testemunho que indica que o acusado estava longe da cena do crime, para restabelecer a coerência da hipótese fática apresenta-se a ideia de que seria improvável que a testemunha tenha identificado o acusado; aumenta-se o grau de coerência de uma hipótese interpretativa adicionando ao conjunto de elementos normativos um princípio que permita explicar "tanto dita hipótese como um conjunto de precedentes que pareciam inicialmente estar em conflito com a mesma".³⁹⁵ Por último, pode-se reinterpretar os elementos ou "modificar os elementos problemáticos" de maneira que se reduza o grau de incoerência do conjunto, por exemplo: uma prova encontrada na casa do acusado pode ser reinterpretada e deixar de ser tratada como prova de sua culpabilidade, tornando-se compatível com a hipótese de irregularidade na investigação policial; reinterpretar um precedente à luz de outro princípio de forma que aumente o grau de coerência do conjunto de precedentes.

Na terceira etapa comparam-se e avaliam-se as alternativas de decisões, segundo uma série de critérios, a fim de selecionar a hipótese que melhor satisfaça as restrições, ou seja, a mais coerente.³⁹⁶ Assim, a inferência à melhor explicação se opera no contexto de descobrimento e confere justificção à explicação escolhida porquanto se trata da alternativa mais coerente entre um conjunto de alternativas relevantes.³⁹⁷

Contudo, destaca Amaya, somente será considerada justificada uma hipótese em virtude de sua coerência se cumpridos *standards* de responsabilidade epistêmica no processo de inferência, os quais se referem ao cumprimento de deveres e ao exercício de virtudes epistêmicas.³⁹⁸ Este cuidado de complementar uma teoria da coerência

³⁹⁵ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.32, 2011.

³⁹⁶ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.28-29, 2011.

³⁹⁷ "This process of coherence maximization is best described as an 'inference to the best explanation,' in which legal decision-makers generate a number of alternative explanatory and interpretative hypotheses and then select as justified the one that is best, that is, the one that best coheres." (AMAYA, Amalia. Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding. **Episteme**, v.5, n.3, p.315, 2008; AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.28, 2011).

³⁹⁸ "In the context of legal inquiry, epistemically responsible behavior requires the exercise of virtues such as thoroughness, perseverance in following a line of inquiry, and openmindedness in collecting and appraising evidence. Important virtues in the context of legal deliberation include openness to new alternatives, readiness to consider objections to one's preferred alternative, and the ability to imagine how the different alternatives are likely to affect the parties involved." (AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.316, 2011). Amaya define duas maneiras de definir os standards de responsabilidade epistêmica dos decisores jurídicas para deliberar sobre os feitos e do direito: (i) segundo a concepção deontica os *standards* requerem o cumprimento de deveres de caráter epistêmico, seguimento de regras tais como o dever de crer

com uma teoria da responsabilidade epistêmica (quarta tese) é necessário porque é possível que o decisor "fabrique" coerência através da manipulação dos elementos da decisão para que a hipótese eleita segundo suas adesões pessoais e crenças infundadas seja considerada a mais coerente.³⁹⁹ Logo, deve-se qualificar e distinguir o tipo de coerência, não atribuindo justificção às hipóteses interpretativas e fáticas que, ainda que coerentes, são resultado de um processo pouco íntegro e irracional.

Também, é preciso que uma teoria da justificção jurídica como coerência seja contextualizada, posto que as especificidades de cada contexto exigem diferentes níveis de coerência e, por consequência, de justificção (quinta tese). Nessa linha, Amalia exemplifica traços contextuais⁴⁰⁰ relevantes na análise da justificção de decisões sobre enunciados fáticos e normativos do Direito, tais como a gravidade das consequências; o papel desempenhado pelos envolvidos; os objetivos e valores contextuais; o tipo de investigação, vale dizer, o ângulo em que se abordam os problemas de justificção; os recursos disponíveis para a tomada de decisão; e os traços dialéticos do contexto.⁴⁰¹ Inclusive, esclarece a autora, os cuidados necessários ao cumprimento da responsabilidade epistêmica do agente são determinados pelo contexto.⁴⁰²

Ainda, para adequar a decisão às exigências de coerência e justificção de cada contexto, Amaya propõe o ajuste dos critérios do processo de obtenção de coerência por meio de três formas: aumentar ou reduzir o grau de coerência para a

de acordo com as provas ou o dever de buscar provas sobre proposições cujo valor de verdade é incerto à luz das provas disponíveis; (ii) segundo a concepção aretaica a conduta epistêmica responsável é aquela que resulta do exercício de uma série de virtudes epistêmicas ou intelectuais, tais como a diligência, a valentia, a perseverança. Porém, não define qual *standards* é mais adequado no contexto da tomada de decisões jurídicas no âmbito do direito. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.36-37, 2011). Sobre concepção aretaica da responsabilidade epistêmica dos agentes que tomam decisões sobre os fatos, vide AMAYA, Amalia. Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding. **Episteme**, v.5, n.3, p.306-319, 2008.

³⁹⁹ "Imponer una estructura coherente donde no la hay." (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.33, 2011).

⁴⁰⁰ Esclarece Amalya que os traços contextuais, também chamados *standards* coerentistas da justificção jurídica, não podem ser fixados uniformemente para todos os casos porquanto os diferentes contextos têm distintas peculiaridades e, dessa forma, impõem variadas exigências de coerência e justificção. É justamente por isso que a autora indica que a coerência tem "natureza perspectiva", pois a qualificação como coerente é relativa a um determinado conjunto de influências contextuais. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.38-39, 2011).

⁴⁰¹ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.37-41, 2011.

⁴⁰² AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.316-317, 2011.

justificação, aumentar ou reduzir o conjunto de razões relevantes para emitir um juízo de coerência e aumentar ou reduzir o número de alternativas consideradas para a tomada de decisão.⁴⁰³ A introdução do contexto numa teoria coerentista da justificação jurídica, apesar de haver um grau de sacrifício à precisão, torna a teoria plausível porque restringe a análise da coerência a um subconjunto de elementos relevantes no contexto em questão e aumenta sua adequação descritiva.⁴⁰⁴

Destaca-se que a concepção de coerência como justificação, assim como os métodos coerentistas, impõe ao decisor a preocupação em averiguar de modo racional quais meios são mais adequados para alcançar certos fins, quais fins são desejáveis perseguir e como se deve proceder para resolver conflitos entre os diversos fins e valores. Logo, trata-se de uma forma de inferência prática distinta dos padrões argumentativos do tipo meio-fim, mas proporcionam um modo de argumentar sobre os fins e valores (sexta tese).⁴⁰⁵

Mas, quais as razões para valorar a coerência como um *standard* de justificação das decisões jurídicas? Em resposta, Amaya aduz que se outorga à coerência força justificativa no Direito devido a três "meta-justificações" (sétima tese). As razões epistêmicas aduzem às indicações de que a coerência e a verdade estariam conectadas, logo aceitar hipóteses sobre fatos ou direito em virtude de sua coerência levaria a hipóteses provavelmente verdadeiras. Nessa linha, a coerência serve também como critério de justificação epistêmica. As razões de caráter prático referem-se ao valor instrumental da coerência que, por exemplo, facilita a coordenação das ações entre os agentes; incrementa a eficiência dos planos de ação e a eficácia jurídica; é fundamental para efetivar valores jurídicos, como a segurança jurídica, e para preservar a estabilidade social havendo coerência na tomada de decisões ao longo do tempo. As razões constitutivas indicam a função da coerência na constituição da identidade individual e coletiva dos agentes, o que ocorre porque a identidade é determinada pela própria decisão e, sendo assim, depende da coerência nas deliberações individuais ou coletivas.

⁴⁰³ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.41-42, 2011.

⁴⁰⁴ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.43, 2011.

⁴⁰⁵ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.46-48, 2011.

Destarte, a coerência é fundamental para realizar de forma exitosa a função do direito, de regular e transformar a vida social.⁴⁰⁶

Amaya esclarece que o coerentismo se concebeu, em todos os campos, como uma alternativa anti-formalista ao ceticismo (oitava tese)⁴⁰⁷, vale dizer, o projeto coerentista objetiva proporcionar uma concepção de racionalidade mais ampla e rica do que a assumida pela concepção formal da racionalidade, que permita uma análise das práticas de justificação. Isto porque, tanto os modelos científicos do conhecimento quanto a atitude cética que aceita a impossibilidade de conhecer as hipóteses – concepções as quais, no direito, remetem-nos aos projetos do positivismo formal da teoria pura do direito e às teorias realistas e críticas – mostraram-se inadequados para dar conta das práticas de justificação. Logo, as teorias da coerência aplicadas ao âmbito jurídico partem dos problemas das concepções positivas formais⁴⁰⁸ e propõem uma teoria da justificação jurídica, com uma plêiade maior de fontes de direito, hipóteses inferenciais e formas de argumentação que solucionam os problemas do formalismo.⁴⁰⁹

Aponta-se que uma das vantagens da teoria coerentista da justificação jurídica é a sua plausibilidade psicológica, pois o raciocínio em que tal teoria se baseia, que outorga à coerência um papel proeminente, é uma postura natural do aparato cognitivo humano.⁴¹⁰ Esta "aproximação" torna mais plausíveis e adequadas as descrições do raciocínio em geral e, especificamente, do raciocínio sobre normas e fatos no contexto do direito realizadas pelo coerentismo (nona tese). Aliada à noção de responsabilidade

⁴⁰⁶ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.48-53, 2011.

⁴⁰⁷ "Em los diferentes campos em los que se han defendido propuestas coherentistas, o coherentismo se há concebido como una alternativa anti-formalista al escepticismo." (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.54, 2011).

⁴⁰⁸ Amaya enumera como consequências indesejáveis das teses positivistas: a discricão judicial em casos difíceis, a dificuldade do positivismo formal de dar conta do papel que desempenham as razões morais no direito, o descontentamento com uma concepção convencional das fontes de direito e a insatisfação com uma teoria dedutiva do raciocínio jurídico. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.54, 2011).

⁴⁰⁹ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.54-58, 2011.

⁴¹⁰ Aponta Amaya que a ideia do processo de maximização da coerência, intermediado por mecanismo de construção, tem certo grau de plausibilidade psicológica. Nessa linha, a autora se baseia nos estudos de Dan Simon e Keith Holyoak que mostram que os processos de decisão jurídica consistem, de maneira principal, na construção de um conjunto coerente, a partir de diferentes alternativas de decisão reestruturadas até que uma decisão alcance um máximo estado de coerência. (AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.32-33, 2011).

epistêmica, esta aptidão proporciona o desenvolvimento do projeto de melhora da prática jurídica vez que favorece a argumentação no contexto do direito.⁴¹¹

Por fim, Amaya sustenta que uma teoria coerentista da justificação está intrinsicamente vinculada à perspectiva do agente (décima tese). A coerência não é uma propriedade inerente aos objetos, mas é construída no processo de interpretação pelo esforço do intérprete, é resultado. Logo, a atividade do sujeito e, no âmbito jurídico, o estudo dos traços dos decisores devem ser considerados na compreensão dos juízos de coerência e atribuição de justificação a um discurso.⁴¹² Esta questão será analisada com maior cuidado nos itens seguintes, ao se examinar a concepção de Direito de Ronald Dworkin.

Fato é que Amalia Amaya sustenta que a coerência otimizada atribui justificação à decisão.⁴¹³ Cumpre ressaltar que a sua teoria diverge da teoria de MacCormick na medida em que, para ela, a otimização da coerência no processo decisório é condição suficiente para a justificação de decisão sobre fatos e/ou normas no Direito. Entretanto, para o teórico escocês, a coerência – compatibilidade das hipóteses de decisão com os princípios e valores do ordenamento jurídico – é necessária apenas para determinar a admissibilidade das decisões jurídicas, mas não é o bastante para a justificação jurídica, que depende igualmente de argumentos consequencialistas.⁴¹⁴

A despeito do posicionamento de Amaya e no sentido da tese de MacCormick, no Direito brasileiro, a coerência, ainda que otimizada, não é norte suficiente para guiar a atuação dos tribunais. Vale dizer, apesar de a coerência ser responsável por tornar a decisão compreensível e factível, para que ela seja considerada justificada é preciso que atenda também à estabilidade e à integridade, como requer o artigo 926 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, cumpre mencionar a teoria sobre coerência de Ken Kress, professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Iowa. Para o autor, a existência e o grau de coerência de determinada teoria correspondem ao cumprimento de sete premissas que, apoiadas reciprocamente, expressam um ponto

⁴¹¹ AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.58-62, 2011.

⁴¹² AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.62-64, 2011.

⁴¹³ Neste sentido, ver também: AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.304-329, 2011.

⁴¹⁴ AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.306-307, 2011.

de vista inteligível e unificado.⁴¹⁵ Logo, é preciso que o posicionamento derive de uma única norma ou, no caso das teorias modernas, de um único espírito (*monism*); que seus princípios se apoiem mutuamente (*unity*); inexistam lacunas na compreensão da teoria (*completeness*) e sejam apresentadas respostas a todas as perguntas (*comprehensiveness*); haja métodos de decisão de conflitos a partir de seus princípios (*articulateness*) e consistência lógica entre os princípios e as decisões (*consistency*); com a resolução de conflitos de maneira arrazoada (*justified*).⁴¹⁶

A harmonia e unidade de um sistema jurídico são asseguradas por meio da reconstrução da "base", ou seja, do conjunto de elementos que, a princípio, não são coerentes, tais como a Constituição, leis, precedentes, etc. A composição da base e o método de reconstrução variam conforme a teoria do Direito adotada. Vale dizer, é possível, por exemplo, adicionar moralidade à base ou empregar um método de reconstrução combinando coerência com valores morais e políticos.⁴¹⁷

Defende o autor que considerar uma base formada apenas por crenças pode levar ao realismo ou fundamentalismo e, por outro lado, uma base formada tão somente por fontes legais e autoritárias é inócua.⁴¹⁸ Nesse sentido, Dworkin aduz que a base deve ser formada por coerência e moralidade, e sua reconstrução gera a "integrity": forma de coerência com fundamento num conjunto moralmente mais atraente de princípios (ex.: a justiça, a equidade, devido processo legal, etc.), que confere legitimidade ao sistema normativo e justificação às decisões judiciais concretas.⁴¹⁹ Mais sobre Dworkin será tratado nos itens próprios da integridade.

⁴¹⁵ "An idea or theory is coherent if it hangs or fits together, if its parts are mutually supportive if it is intelligible, if it flows from or expresses a single, unified view-point. An idea or theory is incoherent if it is unintelligible, inconsistent, ad hoc, fragmented, disjointed, or contains thoughts that are unrelated to and do not support one another." (KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.533).

⁴¹⁶ KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.533-534.

⁴¹⁷ KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.537.

⁴¹⁸ "Employment of a base of beliefs in coherence theories of truth and justified belief may illegitimately sneak in a realist or foundationalist element. By contrast, employment of a base of legal sources is innocuous. It serves to secure a coherence theory, or any legal theory, to authoritative sources of law (Raz, 1992, p.291 and n.29)." (KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.538).

⁴¹⁹ "Dworkin's claim that legal systems manifesting the version of coherence he dubs 'integrity' better legitimizes law than less coherent legal systems will be evaluated [...] a legal proposition is true if it follows from that (coherent) scheme of principles which best justifies and explains the precedent, statutes and constitutions. [...] principles must be consistently applied in justifying surface rules and reaching concrete judicial decisions.

Como já aduzido, um sistema coerente baseado apenas em normas é ineficaz e, até mesmo, perigoso. No sentido de Dworkin, a despeito da mitigação da unidade e harmonia, conceber o direito como produto das combinações da coerência com outros elementos, de modo que a coerência é apenas um fator dentre outros, é desejável. Um sistema legal moralmente coerente, por exemplo, é legítimo e preferível na medida em que se preocupa com o conteúdo normativo e salvaguarda os direitos individuais e coletivos.

Portanto, com base na exposição de Kress, observa-se que apenas a coerência, compreendida como unidade harmônica, não basta. O fundamento do direito e, por consequência, das decisões judiciais concretas, ainda que apoiadas em argumentos factíveis e vinculados a um ponto de vista comum, dependem do mesmo modo de outros elementos.

Esta tese parece ter sido reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao determinar que, nos termos do artigo 926 do Código de Processo Civil, os tribunais mantenham a jurisprudência coerente, íntegra e estável. Logo, as cortes devem buscar a melhor argumentação possível preservando o sentido do ordenamento jurídico, mas devem igualmente orientar-se pela integridade e pela estabilidade, elementos que amparam valores essenciais ao Direito pátrio tais como o consequencialismo, a previsibilidade, a segurança, dentre outros. Por conta disso, passa-se à análise da integridade.

2.6 A INTEGRIDADE COMO VIRTUDE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O segundo elemento sobre o qual se deve atentar, na análise do artigo 926, do Código de Processo Civil, é a integridade. No cenário acadêmico, é bastante comum

Dworkin's mature theory differs in a way which, as noted earlier, admits a second non-coherentist element besides the base and obscures its connection to a pure coherence theory (Kress, 1985, p.378, n.53). In Dworkin later writings, a proposition is law if it follows from the morally most appealing set of principles that meet or exceed a (vague) threshold of fit with legal institutional facts (constitutions, statutes, precedents (Dworkin, 1978, p.340-1, 360)). In yet later writings, he allows that the threshold is not an absolute floor: one may drop beneath the threshold is not an absolute floor: one may drop beneath the threshold for urgent or exceptional moral gains (Dworkin, 1986). Raz argues – somewhat disingenuously – that Dworkin may not be a coherence theorist because in Law's Empire the moral elements – justice, fairness, and due process – do all the work, leaving coherence (fit) idle (Raz, 1992, p.315-21, esp.317)." (KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.546).

que esta expressão suscite, de imediato, a remissão a Ronald Dworkin, mais especificamente a seu *Império do Direito*, publicado em 1986.⁴²⁰ No entanto, a integridade é um tema da filosofia e do Direito que pode ser compreendido, ao menos em uma primeira apreciação, sem recurso a Dworkin. Este item visa, portanto, apresentar algumas questões preliminares à integridade sem a análise imediata das lições do *Império do Direito*. Para tanto, recorre-se eminentemente ao vocábulo "integrity" da Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, cuja autoria é de Damian Cox, Marguerite La Caze, and Michael Levine.⁴²¹

O primeiro passo para se compreender a integridade é tomá-la como uma virtude. Apesar de ser bastante citada, ela é uma das mais enigmáticas, pois a integridade costuma ser usada como sinônimo de "moral", mas os termos não se confundem e há uma diferença entre agir moralmente e agir com integridade. Mesmo em um raciocínio geral, faz sentido a afirmação de que uma pessoa pode agir de forma íntegra, mas imoral. É possível imaginar uma pessoa que, por exemplo, se recusa a agir com violência contra animais – embora essa atitude seja moralmente adequada na maioria dos casos, esta pessoa seria íntegra, mas imoral, caso se recusasse a atacar um animal para salvar a vida de outro ser humano.

O significado mais comum de integridade remete, portanto, a uma virtude humana: a retidão de caráter, à inteireza. Por outro lado, existem outras hipóteses em que o termo pode ser empregado: integridade pode designar um ecossistema balanceado ou intocado, uma base de dados sem erros, um sistema de defesa infalível, uma obra de arte irretocável, dentre outros.⁴²² Vale dizer que, quando aplicado a um objeto, a integridade significa plenitude, pureza, incorruptibilidade. Estas qualidades compreendem parte do que significa atribuir a alguém a característica de integridade. Os autores sugerem, portanto, que a virtude de integridade atribuída a alguém, e não a uma coisa, depende de uma relação da pessoa com si mesma e de uma relação das ações deste sujeito com compromissos morais. Há, no fundo da

⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁴²¹ COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴²² COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

discussão da integridade, limitações de caráter substancial ou normativas nas condutas das pessoas.

Assim, no plano pessoal, Cox, La Case e Levine tratam de cinco teorias que procuram explicar a integridade como virtude. São a estes aspectos que se dirige atenção, nos parágrafos seguintes.

A primeira face da integridade como virtude humana é a da integração pessoal.⁴²³ Nesta acepção, a integridade é uma questão de que as pessoas procurem integrar várias partes de suas personalidades em um todo harmonioso e intacto.⁴²⁴ Assim compreendida, a integridade de uma pessoa é análoga à integridade de uma coisa: trata-se de manter a si mesmo intacto e incorruptível a qualquer influência. Essas influências podem ser internas ou externas. Assim, ser íntegro significa não ceder, a todo momento, a desejos sem uma apreciação crítica sobre o valor de cada um deles. Ao contrário, quem possui integridade faz julgamentos razoáveis sobre a importância de cada um de seus desejos, sopesa seus compromissos, e age apenas dentro do que considera adequado. Os autores afastam a validade total desta teoria porque ela tem apenas delimitações formais, sem ingressar em questões de conteúdo material.

Por conta disso, prosseguem com a análise da concepção de integridade que relacionam à "identidade".⁴²⁵ Nesta linha, a integridade diz respeito a uma pessoa seguir fielmente a seus compromissos, ao invés de seguir ou não seus desejos. A ideia de um compromisso é utilizada, nessa definição de integridade, de modo bastante amplo, pois representa diferentes intenções relacionadas a diversas coisas: pessoas, tradições, causas, dentre outros. Estes compromissos podem ser mais ou menos firmes, explícitos ou inconscientes. Por exemplo, um brasileiro pode torcer para um time de futebol europeu apenas por conta de um ou outro jogador que

⁴²³ "Self-integration", no original. (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.3. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴²⁴ "On the self-integration view of integrity, integrity is a matter of persons integrating various parts of their personality into a harmonious, intact whole." (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.3. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴²⁵ "Identity view of integrity", no original. (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.7. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

integra aquele grupo, o que revela um compromisso fraco; esta pessoa pode, por outro lado, ter um compromisso firme de lealdade e honestidade com sua esposa ou com seus amigos. Mas não são todos os compromissos que importam para a integridade, de acordo com esta filosofia. Sustenta-se que é importante investigar os compromissos com os quais as pessoas se identificam de forma mais profunda, a ponto de considerarem determinados vínculos fundamentais para as suas vidas. Apesar da boa intenção, esta concepção acaba por afastar qualquer utilidade do estudo da integridade, ao menos para o Direito, pois deixa de lado a ideia de virtude e molda o conceito a cada indivíduo.⁴²⁶

A terceira concepção de integridade diferencia-se das duas primeiras porque a considera uma virtude social, definida especialmente pela relação de uma pessoa com as outras.⁴²⁷ Essa definição é devedora, particularmente, de Cheshire Calhoun⁴²⁸, que sustenta ser a integridade uma qualidade das pessoas que se colocam, firmes, em seus julgamentos e compreendem o que lhes cerca.⁴²⁹ Pode-se chamar de íntegro um indivíduo que percebe seu papel em uma comunidade e age de acordo com aquilo que considera relevante para aquele grupo. É preciso, assim, optar pelo melhor julgamento, mas para chegar a essa conclusão, considerar o julgamento dos demais. Neste sentido, um fanático não tem integridade, pois seus valores não são refletidos na comunidade. A integridade, segundo essa ótica, é mais do que uma virtude, mas um modo de compreender um conjunto de valores.⁴³⁰ Na ótica de Cox, La Caze e

⁴²⁶ COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.9-10. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴²⁷ COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.10. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴²⁸ CALHOUN, Cheshire. Standing for something. **The Journal of Philosophy**, v.92, n.5, p.235-260, maio 1995. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-362X%28199505%2992%3A5%3C235%3ASFS%3E2.0.CO%3B2-G>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁴²⁹ "[...] *they stand for something: they stand up for their best judgment within a community of people trying to discover what in life is worth doing.*" (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.10. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴³⁰ "*What I have had to say about integrity suggests that integrity may be a master virtue, that is, less a virtue in its own right than a pressing into service of a host of other virtues-self-knowledge, strength of will, courage, honesty, loyalty, humility, civility, respect, and self-respect.*" (CALHOUN, Cheshire. Standing for something. **The Journal of Philosophy**, v.92, n.5, p.260, maio 1995. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-362X%28199505%2992%3A5%3C235%3ASFS%3E2.0.CO%3B2-G>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

Levine, a concepção de Calhoun demonstra pouca preocupação com a moralidade. Fato é que dessa deficiência surgiu uma quarta linha de integridade.

Esta quarta concepção, por sua vez, relaciona a integridade diretamente com a moralidade.⁴³¹ Também chamada de integridade objetiva, ela requer dos agentes que tenham absoluta certeza a respeito de suas obrigações morais. Assim, quem tem integridade não poderá estar moralmente errado. Corre-se o risco de que, adotando essa linha, exista confusão entre a integridade como uma virtude específica e a moralidade⁴³², pelo que ela pode ser afastada.

Enfim, chegam os autores a noção de integridade como virtude. Destacam, porém, que são diversas as posições a respeito de qual espécie de virtude é a integridade. São duas as principais correntes: a primeira sustenta que se trata de uma virtude especial, única e singular; a segunda entende se tratar de um conceito agregador⁴³³ que reúne múltiplas motivações e reflexões. Os autores subscrevem a segunda via e entendem que a integridade compreende uma série de qualidades relacionadas ao caráter da pessoa em uma única expressão. O que liga essas qualidades é o que mais importa na análise dos autores. Para eles, esse conceito agregador tem como fio condutor a ideia de levar a sério a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos relevantes: pessoal, íntimo, social, profissional, estético, intelectual e emocional.⁴³⁴ Deve-se ressaltar que faz parte dessa concepção o fato de que a busca pela integridade deve, de algum modo, considerar que uma pessoa pode alterar seus valores ao longo do tempo, tais como convicções, crenças, desejos. Para cotejar essas mudanças, a integridade depende de constantes exames de

⁴³¹ "Integrity as a moral purpose", no original. (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.13. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴³² "Integrity does not seem to be exclusively a matter of how people approach plainly moral concerns." (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.18. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴³³ "Cluster concept", no original. (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.19. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁴³⁴ "One possibility is that the traits of integrity are tied together by the idea of successfully taking one's life seriously either in all its important aspects (personal, intimate, social, professional, aesthetic, intellectual and emotional) or in some of them." (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.22. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

consciência e, por conta disso, é um assunto tão debatido e pesquisado nas áreas da filosofia.

A concepção de integridade como um conceito agregador torna esta virtude muito mais difícil de ser obtida. Por outro lado, observam os autores, a integridade não é um conceito de "tudo ou nada", e isso tem grande importância para o presente trabalho: ela é "uma qualidade de caráter que se pode ter, em maior ou menor grau, em certos aspectos, mas não em outros e, em certos aspectos ou áreas da vida de alguém, mas não em outros".⁴³⁵ Assim, afirmar a integridade de alguém implica um julgamento em geral, "*all things considered*", pelo que se trata de uma questão de grau. Quanto maior o espectro de qualidades relacionadas à integridade uma pessoa possui, mais íntegra ela é.

Vê-se, assim, que a discussão sobre integridade não é algo incomum na filosofia. Certamente, quando Dworkin adota o conceito de integridade como uma das linhas mestras de seu pensamento, esta noção não deriva de meras observações e de uma opção pessoal do autor por esta figura. A integridade é, antes de mais nada, uma virtude do sujeito e as teorias aqui expostas certamente contribuirão para a compreensão do direito como integridade do Império do Direito, examinada nos dois itens a seguir.

2.7 PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO PENSAMENTO DE DWORKIN

O Império do Direito é, sem dúvida, uma das mais importantes obras de Teoria do Direito publicadas no século XX. Apesar de não ter sido o pioneiro a destacar a relevância da decisão judicial e da argumentação jurídica para o Direito, Dworkin foi responsável por aprofundar e trazer ao centro da discussão a noção de Direito como um conceito interpretativo e que parte de desacordos teóricos. Assim, ao questionar como a comunidade interpreta e justifica as decisões com base no que

⁴³⁵ Tradução livre de: "[...] a quality of character that one may have to a greater or lesser extent, in certain ways but not others, and in certain aspects or areas of one's life but not others." (COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. p.23. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

consideram Direito⁴³⁶, Dworkin inaugura uma nova via de pensamento jurídico que sustenta, metodologicamente, que "importa como os juízes decidem os casos".⁴³⁷

Antes, porém, de se ingressar no tema da integridade, faz-se um conjunto de advertências. Tem absoluta razão Ronaldo Porto Macedo Jr. quando afirma, em uma das mais autorizadas obras brasileiras a respeito do pensamento de Ronald Dworkin, "tornou-se praticamente uma mania citar Dworkin em trabalhos acadêmicos de direito constitucional ou teoria do direito", especialmente em ensaios que defendem o – ou *um* – neoconstitucionalismo.⁴³⁸ A opção pela análise do pensamento de Dworkin, no presente trabalho, não parte dessa "mania", mas sim da pertinência do pensamento do autor sobre o tema da integridade e de sua inquestionável contribuição para o desenvolvimento de temas como a argumentação e interpretação jurídicas.⁴³⁹ Assim, o pensamento de Dworkin não é utilizado como um simples reforço argumentativo, mas como um dos elementos centrais para a compreensão do significado do artigo 926, do Código de Processo Civil.

Outra questão que deve ser destacada previamente, como uma espécie de preliminar de mérito, é que a análise de Dworkin e da integridade não está ligada diretamente à possibilidade de se incorporar os princípios jurídicos e morais na compreensão da natureza do direito e da interpretação jurídica. Mais uma vez, nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Jr., essa referência, "apesar de não ser incorreta, frequentemente acaba por esconder uma dimensão mais profunda e metodologicamente complexa de seu pensamento".⁴⁴⁰ Este não é o espaço, portanto, para uma descrição da tese dworkiniana de argumentos de princípio e de política, até porque "Dworkin abandona, em textos posteriores a *Levando os Direitos a Sério* (1977), a estratégia de apresentar a novidade metodológica de seu pensamento por meio da abordagem

⁴³⁶ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.53.

⁴³⁷ Tradução livre de: "*It matters how judges decide cases.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.1).

⁴³⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.40.

⁴³⁹ A remissão a Dworkin também se justifica porque, ao menos em parte, a doutrina processual civil brasileira tem questionado suas posições na discussão da interpretação. Neste sentido, ver: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.58-77.

⁴⁴⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.44.

do contraste entre regras e princípios".⁴⁴¹ Vale dizer, portanto, que tratar de Ronald Dworkin não significa, ao menos desde 1985⁴⁴², diferenciar regras de princípios.⁴⁴³

A última consideração preliminar a ser feita é a de que apresentar uma síntese de todo o pensamento de Dworkin é trabalho para uma tese própria. Por conta disso, a investigação da integridade definirá apenas algumas premissas presentes na obra de Ronald Dworkin, sem a pretensão de expor uma versão completa de sua Teoria do Direito. Tais premissas consistem na complexa crítica metodológica às concepções de direito disponíveis pouco depois da metade do século XX, em especial os positivistas, mas também os realistas e os jusnaturalistas. Para ele, essas escolas estavam marcadas pelo chamado "agulhão semântico"⁴⁴⁴ que admite uma regra fundamental sobre a definição do que é o Direito⁴⁴⁵ e que impede o reconhecimento de desacordos sobre este aspecto – os desacordos seriam apenas no Direito, não sobre ele. Ao contrário, Dworkin concebe uma teoria da controvérsia, segundo a qual o próprio Direito é um conceito interpretativo⁴⁴⁶, pela qual rompe com o pensamento jurídico anterior. O que Dworkin não responde apenas com a teoria da controvérsia é como superar os problemas encontrados no positivismo, realismo e jusnaturalismo. Nesta linha, Porto Macedo Jr. afirma que a "resposta de Dworkin aos defeitos presentes em teorias semânticas foi consubstanciada na sua teoria interpretativista (*interpretiva*) do direito".⁴⁴⁷ Vale dizer, ainda, que esta teoria interpretativista é, nos escritos do

⁴⁴¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.44.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

⁴⁴³ A distinção pode ser encontrada em DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Destaque-se, porém, que a primeira versão da tese de separação entre regras e princípios foi publicada em 1967: DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v.35, n.1, p.14-46, 1967-1968. Ver também: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

⁴⁴⁴ "Essa imagem é utilizada para designar a razão 'filosófica' pela qual os positivistas exigem que os fundamentos do direito (*grounds of law*) sejam determinados por consenso (isto é, um fato no mundo). A hipótese levantada é de que esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fisicalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilhamos os critérios para a sua correta aplicação. Isso implicaria que as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de direito. O problema, para Dworkin, é que esse tipo de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos." (MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.181).

⁴⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.45-46.

⁴⁴⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.51-188.

⁴⁴⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.214.

próprio Dworkin, chamada de *interpretism* ou interpretismo para diferenciá-la de outras propostas de interpretativismo e que esta noção é também, no pensamento do autor, chamada de "direito como integridade".⁴⁴⁸ Em outras palavras, a noção de integridade consiste na Teoria do Direito propositiva de Ronald Dworkin sobre a interpretação *do* Direito.

O pensamento de Dworkin sobre a integridade pode ser dividido em dois momentos: no primeiro, ele estabelece os alicerces teóricos e metodológicos da teoria; no segundo, apresenta respostas substantivas acerca de questões morais, políticas e mesmo jurídicas. As bases metodológicas foram bem organizadas e sistematizadas por Porto Macedo Jr., pelo que se segue, neste item, a sistematização apresentada em "Do Xadrez à Cortesia".

Metodologicamente, portanto, deve-se partir da afirmação dworkiniana de que a interpretação jurídica é um caso particular do empreendimento interpretativo geral. Mais especificamente, o Direito se assemelha à interpretação literária, pois em ambas o "intérprete orienta a sua ação na busca de uma intencionalidade contida no empreendimento a ser interpretado, seja na literatura, seja no direito".⁴⁴⁹ Isto dá ensejo para uma das expressões mais conhecidas do autor, que propõe uma interpretação construtiva sobre um objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor exemplo possível, ou seja, interpretá-lo à sua melhor luz. Esta questão merece um melhor esclarecimento.

Para Dworkin, a interpretação jurídica envolve uma atitude interpretativa que atribui um propósito a um objeto ou prática. Em outras palavras, "refere-se aqui à exigência de um engajamento do intérprete na tarefa construtiva de descobrir, encontrar, descrever e atribuir uma intencionalidade à prática".⁴⁵⁰ Essa intencionalidade, vale destacar, é típica das interpretações criativas, pois o intérprete busca o *point*, ou seja, a razão de ser do texto. Neste sentido, as pessoas interpretam algo que foi criado e dão a este objeto uma entidade distinta delas. Por exemplo, ao menos no Brasil, existem pessoas que afirmam que Capitu traiu Bentinho, outras sustentam que não.

⁴⁴⁸ Ver, sobre a opção pela expressão interpretismo, a nota de rodapé 40 de MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.66-67.

⁴⁴⁹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.215.

⁴⁵⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.216.

Isto ocorre porque as pessoas buscam um propósito e participam do texto, contribuem para que ele faça sentido por meio da interpretação. Portanto, "a interpretação criativa impõe uma intencionalidade (*point*) à prática interpretada, constituindo, assim, um novo tipo de objetividade não concebível dentro dos quadrantes de uma concepção absoluta de mundo".⁴⁵¹ Encarar o Direito nesta ótica significa que o texto a ser interpretado ainda encontra margem para uma construção de sentido a partir da intencionalidade. Essa intencionalidade é a "melhor luz" que ilumina uma lei. Mas como se aponta a lanterna?

Os intérpretes compreendem que a prática deve servir a algum valor que é constitutivo da prática e se vinculam não apenas a entendimentos pessoais, mas também a um *standard* estabelecido por este valor. Esse engajamento está ligado a duas pressuposições.⁴⁵² A primeira é a de que a própria prática interpretativa do Direito tem uma intencionalidade – possui um valor, serve a um interesse, reforça um princípio – e não se limita à mera descrição das regras. Em segundo lugar, a prática interpretada pode não ser o que ela sempre foi, pois o objeto é sensível à intencionalidade e, portanto, pode ser modificado, ampliado, limitado pelo exercício da interpretação. Ao tratar do exemplo da cortesia, em uma discussão se é adequado ou não pagar a conta de uma mulher, em um encontro, Ronaldo Porto Macedo Jr. demonstra como essas pressuposições interagem com a prática:

[...] o exemplo revela que o significado de cortesia para com as mulheres não significa pura e simplesmente o que ele sempre foi no passado. A cortesia para com as mulheres num mundo moralmente menos sexista e mais igualitário do ponto de vista das relações de gênero traz importantes alterações nos seus limites e significados. A intencionalidade (*point*) da cortesia desempenha, assim, um papel fundamental na determinação do seu significado normativo atual. Essa é a forma pela qual se poderá compreender o significado de cortesia da melhor forma (*in its best light*). Esse segundo elemento, portanto, introduz uma dimensão crítica e reflexiva sobre o seu próprio significado. A história da prática constitui a prática; contudo, a sua crítica, que agora também participa da própria história, transcende a sua referência no passado. A reconstrução conceitual da prática integra a própria medida de avaliação e identidade da prática.⁴⁵³

⁴⁵¹ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.151.

⁴⁵² MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.216.

⁴⁵³ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.217-218.

Esses dois elementos, somados, têm como resultado a prática que Dworkin designa de *interpretive* – sua definição de interpretação distinta das demais. Essa prática é a que ocorre no Direito.⁴⁵⁴ Cabe, em seguida, analisar as etapas dessa atividade. Para tanto, Dworkin as separa em "pré-interpretativa", "interpretativa" e "pós-interpretativa".

Na etapa pré-interpretativa são identificadas as regras e os padrões ou paradigmas que fornecem o conteúdo experimental da prática. "No caso dos juízos sobre as qualidades estéticas de um filme, essa etapa envolve a identificação de um repertório consensualmente reconhecido como exemplares de 'filme, 'filme de ação', 'bom filme de ação' etc."⁴⁵⁵ A etapa pré-interpretativa parte de consensos, com algumas peculiaridades. Por exemplo, em um caso de descumprimento contratual, parte-se do consenso que a resposta legislativa para o problema estará no Direito Civil, que há um "contrato" que pode ter sido "descumprido". Ao mesmo tempo, porém, essa etapa envolve interpretação, pois precisamos compreender o que é esse contrato e o que significa um descumprimento. A fase pré-interpretativa passa, muitas vezes, despercebida, pois costuma ser tratada apenas como um dado na argumentação comum. No Direito, porém, ela é responsável justamente por designar a legislação que se aplica à resolução do caso e, também, aos eventuais precedentes relacionados ao fato em análise.

Finalizada a primeira etapa, inicia-se a fase interpretativa. Nela, o "intérprete se baseia numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa".⁴⁵⁶ Essa interpretação consiste no desenvolvimento de argumentos sobre as razões pelas quais vale a pena, ou não, seguir a prática geral. Como se trata de uma interpretação criativa, o intérprete observa a prática e busca uma justificativa pertinente – ele não inventa algo novo, mas não está adstrito apenas ao passado. Assim, no exemplo do descumprimento contratual, cabe ao intérprete constatar se os fatos confirmam a tese de que houve um contrato assinado entre as partes e se ele foi descumprido, pelo que as consequências jurídicas podem ser aplicadas. Ele também pode, por outro lado, justificar que não houve um descumprimento ou

⁴⁵⁴ Sobre as discussões teóricas a respeito da interpretação em Dworkin, ver: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.219-228.

⁴⁵⁵ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.228-229.

⁴⁵⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.229.

que o caso encontra alguma justificativa para que o contrato tenha sido desrespeitado, o que pode ser protegido pelo Direito. Sob nenhum desses aspectos o intérprete está fora da argumentação jurídica, mas observa-se que ele tem caminhos diversos a seguir. Os resultados da fase interpretativa poderão ser examinados com maiores detalhes, e com casos mais complexos, quando do exame da própria integridade.

Em seguida, há uma etapa pós-interpretativa ou reformadora. Nela, o intérprete retorna à própria prática, destacando o que ela exige para melhor servir à justificativa da etapa interpretativa. Aqui, pode-se acrescentar ou retirar algum elemento que se pensava relevante ou irrelevante para a prática, mas que pela justificativa dada ganha ou perde relevância. Neste sentido, quando se trata da interpretação contratual, há teses no sentido de que a boa-fé é elemento constitutivo de um negócio jurídico.⁴⁵⁷ Trata-se de uma revisão da prática, não apenas de um caso.

Com isso, traçam-se as linhas necessárias para uma melhor compreensão do que Dworkin pretende ao apresentar sua concepção de integridade – sua teoria propositiva sobre a interpretação jurídica. Este será o propósito exclusivo do próximo item.

2.8 INTEGRIDADE E INTEGRIDADE NO DIREITO PARA RONALD DWORKIN

Existem dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, pelo qual os legisladores procuram tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio adjudicativo, que designa o Direito (e a interpretação) a ser o mais coerente possível.⁴⁵⁸ Evidentemente, o aspecto que mais importa para o presente trabalho é a integridade no julgamento, mas Dworkin se utiliza de diversos elementos da integridade legislativa para desenvolver suas ideias. Por conta disso, apresenta-se uma breve descrição da concepção de integridade como princípio legislativo para, em seguida, tratar do tema no Direito.

No parágrafo acima, o leitor atento pode ter notado o emprego da palavra "coerência" para justificar a integridade. O uso é proposital e é empregado pelo próprio Ronald Dworkin. Para ele, a "integridade não seria necessária como uma virtude

⁴⁵⁷ Por exemplo, NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2006.

⁴⁵⁸ "We have two principles of political integrity: a legislative principle, which asks lawmakers to try to make the total set of laws morally coherent, and an adjudicative principle, which instructs that the law be seen as coherent in that way, so far as possible." (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.176).

política distinta em um estado utópico".⁴⁵⁹ Nesta hipótese, a coerência seria um dado garantido, porque todos os oficiais estatais agiriam de forma perfeitamente justa e imparcial. Conhecendo a política atual, porém, deve-se tratar a integridade como um ideal independente, pois ela pode entrar em conflito com outros ideais, como a própria justiça.⁴⁶⁰ É um exemplo de Dworkin, neste sentido, que um magistrado pode considerar injusto conferir qualquer tipo de indenização por um dano emocional (*emotional injury*), mas se ele reconhecer a integridade como um valor independente e identificar que outras vítimas de danos emocionais foram compensadas, ele terá motivo suficiente para julgar o pedido procedente.⁴⁶¹

Esta independência da integridade em relação a outros valores é bastante explorado pelo autor. Dworkin demonstra que existem dois extremos para se definir o que é justo. Por um lado, há uma concepção de justiça formal ou procedimental, que sustenta serem as formalidades as únicas bases para a justiça.⁴⁶² Pelo outro lado, tem-se uma concepção diametralmente contrária, pela qual os resultados devem justificar o procedimento e que definem o procedimento como justo apenas se a decisão for substancialmente justa.⁴⁶³ A maioria dos filósofos, porém, reconhecem que a justiça formal e a substancial (*fairness* e *justice*) são independentes entre si, de modo que instituições formalmente justas podem, eventualmente, tomar decisões injustas e instituições que não seguem qualquer procedimento podem tomar boas decisões.⁴⁶⁴

Esse aparente paradoxo encontra solução, na hipótese de Dworkin, com o reconhecimento de um terceiro e independente valor: a integridade. Para demonstrar essa afirmação, recorre-se ao caso da legislação como um "tabuleiro de xadrez"

⁴⁵⁹ Tradução livre de: "*Integrity would not be needed as a distinct political virtue in a utopian state.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.176).

⁴⁶⁰ "*In ordinary politics, however, we must treat integrity as an independent ideal if we accept it at all, because it can conflict with these other ideals.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.176).

⁴⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.177.

⁴⁶² Dworkin utiliza a expressão "justice as fairness". Essa opção não tem tradução que preserve o mesmo sentido, já que "fairness" costuma ser traduzida como "justiça". Por essa razão, optou-se por destacar o elemento procedimental já no nome dessa concepção de justiça. Ver: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.177.

⁴⁶³ Para sintetizar essa ideia, Dworkin inverte os termos: "fairness as justice".

⁴⁶⁴ "*Fair institutions sometimes produce unjust decisions and unfair institutions just ones.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.177).

(*checkerboard*).⁴⁶⁵ A ideia é a seguinte: "criam-se diferentes quadrados na mesma superfície de jogo e colocam-se regras moralmente inconsistentes em todos os quadrados".⁴⁶⁶ Um exemplo de regras inconsistentes, oferecido pelo próprio Dworkin, é a autorização do aborto para mulheres nascidas em anos ímpares, e a proibição para as mulheres nascidas em anos pares. Essa solução salomônica, factível sob um ponto de vista formal, encontraria respaldo em uma tentativa de conciliar interesses da população favorável e contrária à prática.⁴⁶⁷

Ocorre que essa solução legislativa não satisfaz nenhum interesse. Ao contrário, existe algo, no fundo de uma técnica como essa, que não agrada nem a quem é a favor, nem a quem é contra o aborto. Uma comunidade costuma concordar com o argumento de que, apesar dos mais variados argumentos e opiniões ao longo da deliberação coletiva, a decisão deve procurar uma solução coerente com algum princípio cuja influência se estenda sobre toda a prática.⁴⁶⁸ No caso do aborto, vale dizer, deve-se escolher se o princípio a ser adotado pela comunidade é o direito à vida do feto, ou o direito à autonomia da mulher – não há como se comprometer com um nos anos ímpares, com outro nos anos pares. A pergunta é, por quê?

Dworkin rejeita a possibilidade de se responder a esta pergunta partindo de algum outro valor. Para ele, nem as concepções de justiça, nem de igualdade, são capazes de afastar, racional e totalmente, uma legislação salomônica. Se a resposta não decorre de nenhum desses valores, o autor sugere que existe outro valor, ou

⁴⁶⁵ Na tradução para o português, optou-se pelo emprego da expressão de leis com caráter "conciliatório", com certa inversão do texto para preservar o sentido almejado pelo autor. Ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.216.

⁴⁶⁶ A síntese é tradução livre de: "*it creates different squares on the same playing surfaces and places morally inconsistent rules in every other square.*" (PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. **Yale Law Journal**, New Haven, v.105, n.8, p.2077-2078, jun. 1996).

⁴⁶⁷ Há certa semelhança dos exemplos de Dworkin com os casos extremos concebidos por MacCormick em que haveria incoerência entre as decisões. A proximidade dos exemplos demonstra a complementaridade dos elementos de coerência e integridade. Apesar disso, na leitura de Dworkin, há uma distinção entre eles que deve ser considerada e que provoca um relevante complemento ao que se afirmou nos itens sobre a coerência.

⁴⁶⁸ "*But we reject a division between parties of opinion whe matters of principle are at stake. We follow a different model: that each point of view must be allowed a voice in the process of deliberation but that the collective decision must nevertheless aim to settle on some coherent principle whose influence then extends to the natural limits of its authority. If there must be compromise because people are divided about justice, then the compromise must be external, not internal; it must be compromise about which scheme of justice to adopt rather than a compromised scheme of justice.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.179).

virtude, escondida nos instintos de uma comunidade que impede a ratificação de uma legislação de opositos. Esta sensação não é visível, mas é inevitável, "porque podemos ver os resultados das forças que ela exerce".⁴⁶⁹ O autor compara essa virtude com o planeta Netuno, que foi postulado antes de ser descoberto, pois apenas a existência de um planeta com as suas características justificaria a existência e o equilíbrio do Sistema Solar da forma como ele é. Com essa mesma lógica, Dworkin sustenta que, ao lado da justiça formal e da substancial, existe um terceiro valor que equilibra as demais: "a integridade é o nosso Netuno".⁴⁷⁰ De acordo com o autor:

A explicação mais natural do motivo pelo qual nos opomos às leis de tabuleiro de xadrez apelam para este ideal [a integridade]: dizemos que um estado que adota esses compromissos internos está agindo de forma sem princípios, embora nenhum oficial que votou a favor ou que defendeu o compromisso fez nada que, a julgar suas ações individuais pelas normas comuns de moralidade pessoal, ele não deveria ter feito. O estado não tem integridade porque ele deve endossar princípios para justificar parte do que ele tem feito e deve afastá-los para justificar o resto.⁴⁷¹

Em outras palavras, o que a integridade procura afastar é a inconsistência principiológica entre atos do estado. Esse descompromisso principiológico é exemplificado pelo próprio Dworkin: a Constituição dos Estados Unidos da América proibia os estados-membros de importar escravos, mas condicionava a quantidade de assentos no Congresso ao número de escravos de cada ente federado. A integridade é desrespeitada porque cada uma dessas regras pode ser considerada coerente por si só, mas não podem ser defendidas como expressões de um único princípio de justiça. Pode-se dizer, assim, que a integridade de Dworkin é diferente⁴⁷² da coerência

⁴⁶⁹ Tradução livre de: "*because we can see the results of the forces it exerts.*" (PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. **Yale Law Journal**, New Haven, v.105, n.8, p.2079, jun. 1996).

⁴⁷⁰ Tradução livre de: "*Integrity is our Neptune.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.183).

⁴⁷¹ Tradução livre de: "*The most natural explanation of why we oppose checkerboard statutes appeals to that ideal: we say that a state that adopts these internal compromises is acting in an unprincipled way, even though no single official who voted for or enforces the compromise has done anything which, judging his individual actions by the ordinary standards of personal morality, he ought not to have done. The state lacks integrity because it must endorse principles to justify part of what it has done that it must reject to justify the rest.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.183-184).

⁴⁷² Para outros autores, o argumento de Dworkin não é convincente. Ver: PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. **Yale Law Journal**, New Haven, v.105, n.8, p.2031-2115, jun. 1996.

de MacCormick porque ela não busca o princípio que apenas justifica uma regra, mas que tem o ideal de trazer as regras jurídicas "ao abrigo de um único regime coerente de princípio".⁴⁷³ Sob o olhar do autor, a integridade encontra assento constitucional na cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda⁴⁷⁴ à Constituição dos Estados Unidos da América e pode ser remetida ao clássico ideal de fraternidade.⁴⁷⁵ Há outros argumentos em favor da integridade política. Para a presente análise, porém, seu delineamento permite prosseguir dessa delimitação para a noção de integridade no Direito – ou melhor, do Direito como Integridade.

Ao mirar seus argumentos novamente no Direito, Dworkin apresenta uma de suas teses centrais: o Direito como integridade parte da concepção interpretativa e compreende a prática jurídica como uma narrativa política interligada pela integridade. Nesta linha, para o direito como integridade "assertivas sobre o Direito são verdadeiras se elas descobrem ou seguem os princípios de justiça substancial, justiça formal e de devido processo legal que forneçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade".⁴⁷⁶ O Direito como integridade é, ao mesmo tempo, produto e a inspiração de uma interpretação compreensiva da prática jurídica.⁴⁷⁷ Ele pressupõe uma contínua interpretação dos materiais jurídicos, com um olhar para o passado e outro para o futuro.

Neste sentido, deve-se considerar que a história importa para o Direito como integridade. Por um lado, ela importa muito – mas apenas por este lado. Explica-se. A integridade não exige consistência em princípio ao longo de todos os períodos históricos de uma comunidade e de seu Direito. Ela também não exige que se

⁴⁷³ O próprio Dworkin reconhece que este objetivo não é factível, mas que o ideal político de integridade deve ser concebido neste sentido. *"We cannot bring all the various statutory and common-law rules our judges enforce under a single coherent scheme of principle. [...] But we nevertheless accept integrity as a political ideal. It is part of our collective political morality that such compromises are wrong, that the community as a whole and not just individual officials one by one must act in a principled way."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.184).

⁴⁷⁴ *"The Supreme Court relies on the language of equal protection to strike down state legislation that recognizes fundamental rights for some and not others."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.185).

⁴⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.188.

⁴⁷⁶ Tradução livre de: *"According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.225).

⁴⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.266.

compreenda o Direito como produto contínuo de regras centenárias. O Direito como integridade exige uma consistência horizontal de princípios, no sentido de que as regras atuais devem refletir o esquema principiológico pelo qual a comunidade está ligada em um determinado momento.⁴⁷⁸ A história, aqui, importa não como justificação de todo o Direito, mas apenas como uma forma de compreender o "esquema de princípio que deve justificar uma decisão, bem como o conteúdo das decisões anteriores".⁴⁷⁹

O Direito como integridade, portanto, utiliza-se de uma interpretação do passado para compreender o presente. Ela não é, por assim dizer, legitimadora, pois não pretende resgatar ideais ou propósitos políticos ou jurídicos com séculos de idade. Seu foco é justificar o que foi feito de modo a se adaptar a história ao presente. O objetivo dessa história é bem esclarecido pelo autor: "que a prática atual possa ser organizada e justificada em princípios suficientemente atrativos para proporcionar um futuro honroso".⁴⁸⁰ Para melhor explicar ideia do Direito como integridade, ela é representada pela metáfora do romance em cadeia.

Para Dworkin, o Direito é semelhante à literatura, mas não apenas no aspecto de uma crítica literária. O juiz, afinal, atua como crítico, mas também como o autor que dá seguimento à história. Ao longo do tempo, os magistrados escrevem um romance *seriatim*, um a um, de modo que o entendimento sobre um determinado tema seja o melhor que ele possa ser. Veja-se que essa afirmação não decorre de um simples capricho de Dworkin: procurar a melhor luz das regras jurídicas é elemento central de sua metodologia. Substancialmente, essa exigência normativa⁴⁸¹ decorre dos ideias de justiça (formal e material), da igualdade e da própria integridade. Por conta desses elementos, o romance em cadeia jurídico está, sim, condicionado à busca da melhor interpretação possível: os juízes "procuram criar, conjuntamente, na medida em que podem, um romance único que seja o melhor que ele possa ser".⁴⁸² Essa

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227.

⁴⁷⁹ Tradução livre de: "*History matters because that scheme of principle must justify the standing as well as the content of these past decisions.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227).

⁴⁸⁰ Tradução livre de: "*that present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honourable future.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227-228).

⁴⁸¹ CHUEIRI, Vera Karam de. The chain of law: how is law like literature? In: TROPER, Michel; VERZA, Annalisa (Eds.). **Legal philosophy: general aspects**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2002. p.203.

⁴⁸² Tradução livre de: "*they aim jointly to create, so far as they can, a single unified novel that is the best it can be.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.229).

intenção positiva também produz reflexos sobre o futuro, pois a decisão deve buscar se adaptar ao porvir, sem desvirtuar os princípios que regem a comunidade.

Não se deve esquecer, porém, que a integridade impõe ao Direito a missão de evitar leis ou entendimentos "salomônicos". Assim, a interpretação exigida nas decisões deve observar a integridade como virtude e, assim, buscar coerência não apenas na justificativa de uma decisão, mas do Direito como um todo. Esta afirmação têm repercussões sobre os três conceitos examinados no primeiro capítulo: decisões, precedentes e jurisprudência. É sobre este tema que se pretende tratar no item a seguir.

2.9 INTEGRIDADE DA JURISPRUDÊNCIA, DOS PRECEDENTES E DAS DECISÕES

A presente tese não pretende ingressar em explicações sobre outros temas tratados por Ronald Dworkin. Nem mesmo a ideia da força gravitacional dos precedentes⁴⁸³ será objeto de consideração particular, até porque muitos desses assuntos foram plenamente abordados por outras obras. Urge, porém, retornar com as noções depreendidas de Dworkin para a exigência legal de integridade na jurisprudência, como preceitua o artigo 926, do Código de Processo Civil.

Recorde-se que a integridade como uma virtude ou valor independente, na ótica de Dworkin, procura afastar a inconsistência principiológica entre atos do Estado. Quando aplicada ao Direito, essa noção implica a reiterada interpretação de leis e de decisões, não como forma de justificar ou legitimar os posicionamentos dos juízes, mas como técnica de identificação dos princípios que sustentam a comunidade. Assim, é possível compreender que, ao lado de uma estabilidade absoluta, deve haver espaços para mudanças, como no caso *Brown*, nos Estados Unidos da América – em que a Suprema Corte reconheceu a inadequação da doutrina dos "separados mas iguais" e posicionou-se contra a segregação racial. No Brasil, tem-se na união estável um exemplo bastante particular, uma vez que para reconhecer a opção fática de inúmeros brasileiros, as cortes aplicavam o instituto da sociedade de fato para reconhecer os efeitos patrimoniais oriundos do relacionamento. Hoje, essa decisão

⁴⁸³ Sobre o assunto, ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

seria inadequada, mas ela foi essencial para o desenvolvimento da doutrina e resultou no reconhecimento legal do instituto.

Independentemente dos exemplos, é possível propor a melhor luz para a compreensão da integridade como elemento da jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Vale dizer, porém, que essa exigência atinge todas as decisões, os precedentes e, por fim, a jurisprudência.

Em primeiro lugar, sob um aspecto interno, as decisões judiciais devem observar o valor da integridade do Direito. É dizer, assim, que uma decisão não pode romper com o ordenamento jurídico, salvo nos casos em que há uma interpretação mais adequada e que ela possa ser exhaustivamente demonstrada. Mais do que isso, a decisão não pode produzir nem incentivar a solução de casos em forma de "tabuleiro de xadrez". Esta noção liga-se à ideia de universalidade, na medida em que visa impedir decisões que levem em conta aspectos individuais de causas que, na verdade, não deveriam ser considerados. Ao decidir pela legalidade do aborto de fetos anencéfalos, o Supremo Tribunal Federal deixou bastante claro que a condição para que isso ocorra é a constatação de que o feto não tem cérebro. A decisão, neste aspecto, não permite o aborto de fetos com microcefalia e, ao mesmo tempo, não parece romper com o princípio protetivo da vida que vige no Brasil. Fosse, porém, a decisão que permite apenas o aborto de fetos anencéfalos do sexo masculino, a decisão não se sustentaria porque estabelece um tabuleiro de xadrez no entendimento jurisprudencial.

Outra hipótese em que essa prática pode ocorrer, pela via das decisões, é a de juízos determinados que não seguem entendimentos estabelecidos pelos tribunais superiores. Pense-se no seguinte exemplo fictício: existe uma comarca no Brasil em que, por razões pessoais, tanto o tabelião quanto o magistrado são contrários à união homoafetiva e não permitem, judicial ou extrajudicialmente, a constituição de uniões estáveis entre dois homens, nem entre duas mulheres. Por meio de decisões, esse juiz deixa clara sua posição pessoal em detrimento do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e, mais do que isso, recusa-se a cumprir as decisões que reformam suas sentenças advindas do tribunal estadual. Em síntese, tabelião e magistrado estabeleceram uma regra distinta para aquela comarca em relação a todo o Brasil. Isto viola não apenas a coerência, mas a integridade do Direito, pois o

magistrado recusa-se a interpretar a prática jurídica à luz dos princípios contemporâneos que refletem a justiça e a igualdade.⁴⁸⁴

Evidentemente, qualquer juiz tem a possibilidade de divergir das decisões atuais, desde que o faça de modo fundamentado e que respeite as instituições, inclusive destacando as decisões contrárias e justificando as razões pelas quais elas não valem para o caso julgado.⁴⁸⁵ A recusa reiterada concebida no exemplo acima demonstra como a falta de integridade pode macular o ordenamento jurídico.

Casos menos extremos, porém, são muito comuns. Há discussões sobre o termo inicial de incidência de juros, sobre o índice aplicável de correção monetária, sobre direitos previdenciários, sobre isenções tributárias; enfim, não há área do direito que não possa apontar suas próprias regras salomônicas. Esta constatação, por si só, afronta o direito como integridade e indica que as decisões devem tomar maior cuidado com relação ao espaço que ocupam no ordenamento jurídico. Ocorre que as decisões, por si só, não são a via pela qual a mudança de mentalidade e cultura jurídicas podem ocorrer, no Brasil.

Considerações semelhantes podem ser feitas a respeito dos precedentes, com a observação adicional de que, com os maiores efeitos e poderes de uma decisão que se torna precedente, a responsabilidade do tribunal que profere a decisão é ainda maior. O que a integridade exige, com relação aos precedentes, é algo distinto da coerência e, em certo sentido, complementar. Se a coerência demanda a interpretação das normas de acordo com princípios, para que a argumentação faça sentido, a integridade exige que os precedentes sejam compatíveis entre si e que demonstrem a comunidade de princípios que formam o pensamento jurídico de uma determinada comunidade.

Ao mesmo tempo, a integridade pode exercer uma função normativa voltada à vedação da edição de precedentes que configurem decisões políticas e jurídicas salomônicas. Demonstra-se essa afirmação com um exemplo recente. Existe uma incerteza quase generalizada no que toca à união estável, no direito brasileiro. Uma dessas incertezas diz respeito a sua equiparação com o casamento⁴⁸⁶, algo que vem

⁴⁸⁴ Por conta de um caso semelhante, e real, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 175, pela qual é "vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo".

⁴⁸⁵ Conforme o artigo 489, inc. VI, do Código de Processo Civil.

⁴⁸⁶ O exemplo é devido a DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, n.2, p.5-21, set./out. 2014.

dividindo a doutrina e os tribunais, mas que já foi afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça como a regra.⁴⁸⁷ Ou seja, se o STJ definiu que a união estável é equiparada ao casamento, ela deve ser assim tratada em todos aspectos. No entanto, o próprio STJ, com o mesmo Ministro Relator, forjou seu próprio tabuleiro de xadrez nesta matéria, ao afirmar, quatro anos depois, que a regra do casamento que diz respeito à outorga uxória não se aplica à união estável.⁴⁸⁸ Nas palavras de Mário Luiz Delgado, a perplexidade pode ser assim sintetizada:

Parece contraditório que o mesmo tribunal ora aplique à união estável regra restritiva própria do casamento, como o fez em relação ao regime legal de separação de bens para os conviventes maiores de 60 anos (REsp 646.259/RS) e, ao mesmo tempo, deixe de aplicar a regra restritiva que exige a outorga do cônjuge para prestação de fiança ou aval.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 646.259/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 22/06/2010. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 24/08/2010).

⁴⁸⁸ DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 332/STJ. 1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles. 2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento – por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição. 3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável – também uma entidade familiar –, porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento – ato jurídico – e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica. 4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, não de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança. 5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n.º 332/STJ à união estável. 6. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1299866/DF**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 25/02/2014. Publicação: DJe 21/03/2014).

⁴⁸⁹ DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, n.2, p.17, set./out. 2014.

O civilista, no artigo citado, utiliza-se deste e de outros exemplos para afirmar que a variação das decisões produz instabilidade nas relações jurídicas.⁴⁹⁰ Falta-lhe o Netuno de Dworkin, pois a conclusão parece ser maior do que essa: o que há, de fato, nas decisões sobre união estável é uma inexistência de integridade nos precedentes sobre o tema, pois não é possível remeter os julgados a um conjunto de princípios nem extrair um posicionamento claro do Superior Tribunal de Justiça. O que se tem é um tabuleiro de xadrez com menos critério do que o próprio exemplo do aborto, pautado por anos pares e ímpares: no Superior Tribunal de Justiça, não se sabe se união estável é equiparada ao casamento, nem mesmo na mesma Turma.

Como o Brasil não é um Estado utópico, o Poder Judiciário não deve seguir apenas a coerência, pois os princípios podem produzir resultados se vistos de modo independente. É por essa razão que a integridade deve, sim, ser vista como uma virtude distinta da coerência e da estabilidade.

Resta, por fim, lembrar que não apenas os precedentes devem ser vistos à luz da integridade, mas a jurisprudência como um todo. Sobre esta afirmação pouco pode ser acrescentado, pois sua compreensão depende apenas da exacerbação do argumento desenvolvido sobre os precedentes. Além da situação da união estável, existem casos de ausência de integridade em variados aspectos do Direito, como em questões previdenciárias, trabalhistas, criminais e tributárias. A integridade demanda que os tribunais consultem não apenas a "jurisprudência" de uma determinada prática jurídica, mas que se atentem para a jurisprudência como verdadeiro conjunto de decisões e precedentes, de modo a impedir a criação de novas regras salomônicas.

2.10 A CAMINHO DA ESTABILIDADE: FUNDAMENTOS DA *COMMON LAW* E A ORIGEM DA DOCTRINA DOS PRECEDENTES

Ao contrário da coerência e da integridade, não é clara a inspiração do legislador brasileiro. Do mesmo modo, não há um autor ou uma escola de pensamento jurídico que se defina pelo ideal de estabilidade utilizado no artigo 926, do Código de Processo Civil. Observa-se, porém, que esta noção surge como valor, princípio ou até mesmo como conclusão de uma série de estudos a respeito da teoria dos precedentes, ou

⁴⁹⁰ DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, n.2, p.18, set./out. 2014.

melhor, do exercício da função judicial atrelada ao *stare decisis et non quieta movere*. É por esta razão, portanto, que a estabilidade será apresentada, aqui, como o principal desenvolvimento do pensamento que determina o respeito aos precedentes. Ao contrário, porém, do que se expôs no primeiro capítulo, o objetivo deste item é desvelar a teoria por trás dos precedentes, pelo que não se tratará de figuras como *ratio decidendi* e *obiter dicta*, mas sim dos pressupostos teóricos que sustentam a aplicação dos precedentes.

Para tanto, cabe ressaltar, em primeiro lugar, que a tradição jurídica anglo-saxônica é muito mais recente do que a romano-germânica. A data que representa o nascimento da *Common Law* é o ano de 1066, em que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra.⁴⁹¹ Deu-se início o desenvolvimento da tradição jurídica anglo-saxônica, sem um código que a orientasse, o que se revelará a maior diferença entre as tradições.⁴⁹²

Ao final da Idade Média a Inglaterra começou a trilhar um caminho de desenvolvimento judicial diferente dos demais países da Europa Continental. Na disputa pelo poder travada entre a Coroa, então ocupada pela linhagem dos Stuart, e o Parlamento, os tribunais não ficaram do lado da realeza.⁴⁹³ Pelo contrário, as investidas reais foram barradas pelos magistrados, que impediam a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pela "*law of the land*"⁴⁹⁴, ou seja, o direito aplicado de forma costumeira no território inglês. A ideia de "*law of the land*" ganhou ainda mais força com a queda dos Stuart. Com isso, a *Common Law* passou a ser vista como o mais alto produto de uma série de gerações, capaz de conter até mesmo o poder da realeza autoritária.

⁴⁹¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p.24.

⁴⁹² Para o aprofundamento no tema, V. LANGBEIN, John H.; LERNER, Renee Lettow; SMITH, Bruce P. **History of The Common Law**: The Development of Anglo-American Legal Institutions. Illinois: Aspen Publishers, 2009; HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1985; FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3.ed. New York: Simon & Schuster, 2005; PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. Em português, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁹³ GROTE, Rainer. Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit. **Pensamiento Constitucional**, Lima, v.8, n.8, p.131, 2002.

⁴⁹⁴ A expressão "*law of the land*" é a precursora da atual "*rule of law*", comumente traduzida como Estado de Direito. No entanto, para preservar o sentido histórico inglês, a expressão foi utilizada sem tradução no texto.

As mudanças no Direito, a partir de então, só poderiam ser realizadas mediante a cooperação e o consentimento dos diversos grupos de interesse representados no Parlamento. Ainda assim, o direito preexistente era capaz de negar vigência aos atos do Parlamento contrários à "*law of the land*". Para o *Chief Justice Coke*, era possível que a *Common Law*, como conjunto de costumes e princípios, controlasse os atos do Parlamento e em alguns casos os julgasse nulos.^{495,496} Nota-se, portanto, que desde sua gênese a *Common Law* tinha fontes costumeiras e principiológicas, sem se vincular a um corpo rígido de normas. Outro fato que merece destaque é o de que não há, na origem da *Common Law*, qualquer referência aos precedentes. Isso quer dizer que a vinculação dos tribunais às decisões judiciais anteriores não é um traço distintivo da tradição anglo-saxônica, mas sim um produto de sua experiência.

Como se sabe, a *Common Law* teve suas origens no medievo. O estudo desse período revela que os juízes ingleses não recorriam às decisões anteriores como fontes de direito.⁴⁹⁷ Isso não quer dizer, porém, que as decisões não eram levadas em consideração. O que acontece é que a noção de precedente de época era muito diferente da atual. O precedente medieval não era nada mais do que os resultados dos julgamentos transcritos em um registro (*plea roll*). As razões que fundamentavam a decisão não eram anotadas, pois a discussão judicial era realizada previamente. Por isso, não se podia ter certeza do que havia sido argüido – ou sequer saber se houve algum argumento deduzido.⁴⁹⁸

Os tribunais tinham o costume de seguir os precedentes, mas também não viam maiores restrições ao divergir das decisões passadas. Assim, não havia jurista

⁴⁹⁵ No original: "*And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void.*" (REINO UNIDO. Court of Common Pleas. Thomas Bonham v College of Physicians. **English Reports**, v.77, 1610. Disponível em: <http://constitution.org/trials/bonham/dr_bonham's_case.htm>. Acesso em: 06 fev. 2016).

⁴⁹⁶ Essa decisão, proferida no ano de 1610, é uma das fontes que levaram Mauro Cappelletti a afirmar que o controle de constitucionalidade não teve seu nascimento com o caso *Marbury v. Madison*. Ver: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

⁴⁹⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.32.

⁴⁹⁸ "*The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgement entered on the plea roll; the reasons informing the judgement and the guiding authorities, if there were any, formed no part of the record, and, since legal discussion normally preceded the trial, one could be sure neither of what had been argued nor that there had been arguments at all.*" (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.32).

que afirmasse a vinculação de um tribunal à regra do *stare decisis*. Os precedentes produziam, na época, relativo impacto nos advogados, que os tratavam como evidências do desenvolvimento do direito, mas em nenhum momento imaginava-se que as decisões teriam autoridade ou que fariam parte do direito.⁴⁹⁹ Essa realidade passou a se alterar na segunda metade do século XVI. Os juízes adotaram uma postura de determinar o direito pelas decisões anteriores e, principalmente, pelas razões que passavam a ser registradas. No entanto, o valor das decisões não era determinante para o resultado, mas meramente informativo.⁵⁰⁰

Foi no início do século XVII que os precedentes ganharam maior importância, mas não o suficiente para serem considerados vinculantes pelos juízes e tribunais. O período foi marcado, inclusive, pela discussão entre dois *Chief Justices* a respeito do tema. Hale C.J. defendia o respeito ao *stare decisis*, mas não chegava a reconhecer sua submissão às decisões anteriores. Por outro lado, Vaughan C.J. afirmava que o papel do juiz era respeitar as leis, nem que para isso tivesse que desrespeitar antigos julgamentos.⁵⁰¹

A análise do desenvolvimento da *Common Law* no medievo revela, sem grandes esforços, um fato que pode surpreender os juristas ligados à *Civil Law*: a doutrina do precedente não é necessária para a existência da tradição anglo-saxã. Pelo contrário, a *Common Law* desenvolveu-se por cerca de setecentos anos até reconhecer a necessidade de se respeitar os precedentes. Diante dessa constatação, surge a dúvida de qual é o traço distintivo da tradição jurídica anglo-saxã. Pode-se dizer que a característica mais marcante da *Common Law*, em sua forma original, é a ausência de uma compilação básica de leis. Ou seja, a *Common Law* não possuía um código. Os países que seguem a tradição jurídica inglesa herdaram um sistema em que as regras escritas não são tão importantes quanto a imagem e a aparência do direito.⁵⁰²

⁴⁹⁹ "Indeed although, in the medieval courts, precedents were sometimes treated as evidence of what the law was commonly held to be, the occasional judge or serjeant would pointedly remark that precedents must not be mistaken for law." (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.33).

⁵⁰⁰ Com o vocabulário contemporâneo, pode-se afirmar que o valor dessas decisões era persuasivo.

⁵⁰¹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.34.

⁵⁰² "The countries of the common-law World have inherited from England a legal system in which written-down rules are less important than the popular rulebook image of law has it." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.104).

Neste sistema puro, os juízes devem resolver as disputas entre particulares sem referência a regras escritas, decidindo os casos de acordo com as suas próprias noções de razoabilidade, costume e justiça.⁵⁰³ No entanto, a estrutura pura da *Common Law* não existe. Desde o seu início, na Inglaterra, as leis escritas exerciam um papel considerável. Atualmente a legislação é uma das principais formas de controle utilizadas pelos países de tradição anglo-saxã como forma de regular os avanços industriais e muitas outras matérias.⁵⁰⁴ Assim, a imagem de que o juiz anglo-saxônico cria direito a partir do nada, ou apenas de costumes, dificilmente representa a estrutura jurídica dos países da tradição de *Common Law*.⁵⁰⁵

No entanto, o fato de a produção legislativa ser bastante prolífica nesses países não significa que a importância dada à lei pela *common law* seja igual àquela conferida pela *civil law*. As regras criadas são sempre questionáveis ou excepcionáveis e sua aplicação é determinada, em última instância, pelos juízes. É, portanto, uma característica anglo-saxã que os juízes têm o poder de modificar as regras enquanto as aplicam, o que geralmente ocorre ao se decidir um caso imprevisto pelo legislador.⁵⁰⁶

Constatou-se, até aqui, que a *Common Law* não depende dos precedentes para funcionar. Ao mesmo tempo, foi demonstrado que as leis, apesar de existirem em larga escala, não vinculam a atuação do juiz de forma absoluta, pois há sempre um caráter de excepcionalidade que não pode ser previsto antecipadamente.

Deve-se acrescentar a estas reflexões algumas considerações a respeito da função do Judiciário na *Common Law*. Vale dizer que, em primeiro lugar, os tribunais existem para resolver conflitos.⁵⁰⁷ Nesse sentido, a função das Cortes é bastante semelhante à dos juízes romano-germânicos. Observa-se, inclusive, que na *common law*

⁵⁰³ Esse rol não é taxativo, apenas exemplificativo.

⁵⁰⁴ Cita-se como exemplo o *Clean Air Act Amendments* (Disponível em: <<http://www.epa.gov/air/caa/caaa.txt>>. Acesso em: 15 dez. 2010), e o USA PATRIOT ACT (Disponível em: <<http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>>. Acesso em: 15 dez. 2010).

⁵⁰⁵ Neste mesmo sentido, ver o já citado: CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard, 1982.

⁵⁰⁶ "It is characteristic of common-law method that judges have the power to change the rules in the very act of applying them, typically in the context of a hitherto unforeseen situation in which the existing rule would produce a poor outcome." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.105).

⁵⁰⁷ Para aprofundamento acerca do Processo Civil norte-americano, V. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

respeita-se o princípio da inércia jurisdicional⁵⁰⁸, uma vez que é preciso aguardar as questões serem levadas até a corte pelos particulares.⁵⁰⁹

Além da resolução de conflitos, Melvin Eisenberg defende que os tribunais têm uma segunda função, tão relevante quanto a primeira: o enriquecimento da provisão de regras jurídicas.⁵¹⁰ De acordo com o autor, a sociedade tem uma imensa demanda por regras jurídicas que permitam que os particulares vivam e planejem seus atos, já que a legislação é incapaz de atingir os ideais de completude e certeza. Com efeito, é socialmente desejável que os tribunais atuem no sentido de enriquecer o ordenamento jurídico.⁵¹¹

Os tribunais da *Common Law*, portanto, cumprem uma dupla tarefa. A primeira volta-se ao passado, resolvendo disputas entre as partes em que já houve uma patologia. Por outro lado, a função de enriquecer o ordenamento jurídico tem objetivo prospectivo, pois possibilita que os integrantes da sociedade planejem seus atos para o futuro.⁵¹² Com isso, os cuidados a serem tomados pelo magistrado tornam-se maiores, pois ele deve solucionar uma questão particular e conciliar as tensões entre as normas jurídicas em vigor e os efeitos de sua decisão nos demais casos. É buscando harmonizar esta dicotomia que a doutrina trata de quatro parâmetros de julgamento no direito anglo-saxão.

⁵⁰⁸ A nomenclatura utilizada, porém, não é "inércia", mas sim "passividade". Neste sentido, V. EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.4.

⁵⁰⁹ Mauro Cappelletti identifica a inércia como uma característica universal do Judiciário: "o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cujo *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional." (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p.76).

⁵¹⁰ "The second paramount function of the courts is the enrichment of the supply of legal rules." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.4).

⁵¹¹ "Accordingly, it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct – not by taking on lawmaking as a free-standing function, but by attaching much greater emphasis to the establishment of legal rules than would be necessary if the courts' sole function was the resolution of disputes." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.5).

⁵¹² "The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.5).

2.11 PARÂMETROS DE JULGAMENTO NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

Deixe-se claro, em primeiro lugar, que a exposição deste item parte, em larga escala, das lições de Melvin Aron Eisenberg, em sua já citada obra "The Nature of the Common Law".⁵¹³ Como já é de se esperar, o tratamento dos temas que dão nome ao presente capítulo acabam se sobrepondo, tanto é que o autor ora examinado incluiu dentre as suas razões a necessidade de coerência nas decisões. Isto, porém, não se revela como uma falha ou como mera repetição do tema, mas sim como a confirmação de que esses assuntos podem ser vistos em conjunto e formam, de fato, um critério para a uniformização das decisões.

O primeiro princípio que pauta a atuação do Judiciário da *common law* é o da objetividade. A ideia traduzida pela objetividade é a de que os magistrados possuem limitações na forma de decidir os casos. Essa noção se desdobra em duas. A primeira é o conceito de imparcialidade, que requer dos tribunais uma ausência de vinculação com as partes.⁵¹⁴ A segunda face da objetividade é o conceito de universalidade, segundo o qual as questões devem ser decididas de acordo com regras aplicáveis não só a um caso particular, mas também a todos os casos semelhantes.⁵¹⁵

Com efeito, o princípio da objetividade determina que o Judiciário julgue e fundamente suas decisões por meio da articulação e aplicação de regras que possam ser aplicadas no futuro a todas as pessoas na mesma situação dos litigantes.⁵¹⁶ Em grande medida, este princípio costuma ser sintetizado na expressão "*treat like cases alike*", o que se traduz em "tratar casos iguais de forma igual". Vê-se, já no primeiro princípio, que a preocupação com a harmonia entre passado e presente é sempre levada em conta. As regras existem previamente, mas devem ser aplicadas de modo que casos semelhantes possam ser decididos nos mesmos termos.

⁵¹³ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

⁵¹⁴ Note-se que a imparcialidade da *common law* é muito semelhante ao princípio da imparcialidade no Brasil.

⁵¹⁵ As lições são de Eisenberg, mas a universalidade aqui mencionada é bastante semelhante à de Neil MacCormick.

⁵¹⁶ "Accordingly, under the principle of objectivity a court should reason by articulating and applying rules that it is ready to apply in the future to all persons who are situated like the disputants." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.9).

Destaca-se, aqui, que o juiz de *Common Law*, ao se deparar com um caso novo, deve ter um raciocínio mais amplo do que o do juiz da *Civil Law*. O magistrado norte-americano, por exemplo, deve procurar resolver o caso e ter em mente que a sua decisão será fundamento para muitas outras. Isso torna a atividade judicante mais relevante e enaltece a função do juiz. Ao mesmo tempo, esses efeitos que extrapolam a relação *inter partes* conferem-lhe maior responsabilidade, pelo que deve fundamentar de modo exaustivo suas decisões e considerar se a solução do caso concreto é razoável para a solução das demais situações que podem ser levadas ao Judiciário. Esta última preocupação é igualmente observada nos princípios seguintes.

Para além da objetividade, é insuficiente que as regras estabelecidas e aplicadas por uma corte sejam objetivas em um sentido de mera universalidade. Isto leva Eisenberg a estabelecer, como segundo parâmetro ou princípio de atuação das cortes o que denomina de "suporte". As regras devem ser suportadas pelos padrões normais da sociedade e pelos padrões especiais do ordenamento jurídico.⁵¹⁷ Esta é a maior diferença apontada pela doutrina entre o Judiciário e o Legislativo na tradição anglo-saxã: o legislador pode criar normas sem suporte da sociedade e do ordenamento jurídico.⁵¹⁸

Essa distinção entre o Judiciário e o Legislativo assume três ordens: função social, estrutura e equidade.⁵¹⁹ Quanto à função social, o Judiciário é a instituição procurada por uma pessoa para resolver um conflito em que exista um direito supostamente violado.⁵²⁰ Esse direito funda-se, invariavelmente, no ordenamento jurídico daquela sociedade ou em seus padrões de conduta. Já o Legislativo tem como função primordial governar o futuro; e para o tempo que virá a melhor opção pode ser a modificação dos padrões existentes e das regras em vigor.

Em relação à estrutura, o Legislativo é formado democraticamente por membros com experiências e ideais distintos. O Judiciário, por sua vez, é constituído por

⁵¹⁷ "These rules should also be supported by the general Standards of the society or the special standards of the legal system." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.9).

⁵¹⁸ "In this respect a court differs from a legislature, which can appropriately adopt legal rules that do not have such support." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.9).

⁵¹⁹ No original: *fairness*. (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988).

⁵²⁰ As diferenças de função social também foram constatadas por comparatistas da *civil law*. (V. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p.74 e segs.).

sujeitos com formação bastante semelhante e que devem respeito a uma instituição central.⁵²¹ Os membros do Poder Legislativo respondem diretamente à população, pois seus cargos são temporários e submetem-se com frequência ao processo eleitoral. Os juízes respondem somente às partes e aos advogados e não costumam ser seguidos pela mídia, com exceção de poucos casos de grande repercussão.⁵²² Essas noções revelam-se suficientes para demonstrar, no âmbito da estrutura, que o suporte das decisões proferidas pelo Judiciário é diverso do adotado pelo Legislativo. A legitimidade do legislador é conferida, justamente, pela democracia e pelo constante acompanhamento de seus atos. O magistrado, porém, não recebe este tipo de pressão. Por isso, a legitimidade de suas decisões está fundada no respeito às regras estabelecidas e às decisões anteriores.⁵²³

Por fim, no que toca à equidade, o Judiciário atua aplicando regras de modo retroativo. Para que uma decisão em um caso novo seja tomada, a solução é fundamentá-la com base em regras e precedentes conhecidas pelas partes na época em que negociaram. Ou seja, para inovar, o magistrado deve demonstrar respeito ao passado. Por outro lado, o legislador pode alterar o ordenamento sem esta necessidade.⁵²⁴

O terceiro princípio que pauta as cortes anglo-saxãs é o da replicabilidade. Em uma apresentação inicial, ele significa que o processo judicial deve admitir a

⁵²¹ Nesse sentido, Rupert Cross e J. W. Harris destacam que os juízes ingleses são recrutados do "Bar" (órgão de classe dos advogados), enquanto os juízes franceses (e a grande maioria dos países da tradição romano-germânica) são membros do serviço público. Além disso, os magistrados franceses costumam ser jovens e inexperientes ao ingressar na carreira. Essas características fazem com que o Judiciário seja considerado menos importante na França do que na Inglaterra, o que ajuda a explicar a razão pela qual os precedentes recebem maior consideração nos países da *common law*. (V. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.13).

⁵²² Frederick Schauer constatou que os casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, muitas vezes tidos como fundamentais pela comunidade jurídica, recebem pouca cobertura da mídia. O autor sustenta que a melhor explicação para este fato é a de que a população em geral tem preocupações mais pontuais, além do que o tempo necessário para se julgar um caso relevante faz com que as pessoas esqueçam da causa. (V. SCHAUER, Frederick. *The Supreme Court*. **Harvard Law Review**, v.120, n.4, p.5-64, 2006).

⁵²³ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.9-10.

⁵²⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.10.

participação das partes por meio de seus procuradores.⁵²⁵ Sua razão de ser envolve uma série de justificativas.

Se as partes têm uma questão jurídica a ser resolvida ou se querem fazer planos respeitando a legalidade, a primeira atitude a ser tomada é consultar um advogado, pois o Direito não é algo simples de se determinar. Além disso, não há escusa de que não se conhece a lei. Diante disso, na maioria dos casos em que o Direito é relevante para as pessoas, não são os juízes que determinam as regras, mas sim os advogados e consultores jurídicos. A procura por um advogado antes de celebrar um negócio jurídico é menos gravosa do que a participação em um processo judicial, pois os custos são menores, consome-se menos tempo e dispensam-se litígios desnecessários. Assim, o ideal é que os advogados e consultores também possam ter uma noção clara do direito para que possam aconselhar seus clientes e evitar disputas judiciais futuras. Para que isso ocorra com eficiência, toda a profissão deve ter condições de consultar, argumentar e influenciar o processo de decisão judicial. Daí a noção de replicabilidade.

A replicabilidade também é utilizada como uma forma de as cortes se precaverem diante do dilema da retroatividade⁵²⁶, pois ela permite que as partes estabeleçam previamente as regras que governarão a relação jurídica em um eventual litígio. Com isso, os juízes podem fundamentar suas decisões em regras conhecidas e previstas pelas partes e por seus procuradores na época da transação.⁵²⁷

⁵²⁵ *"Granted that it is desirable for lawyers as well as judges to be able to determine the law, it becomes critical that lawyers should be able to replicate the process of reasoning and, therefore, that the courts utilize a process of reasoning that is replicable by lawyers."* (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.11).

⁵²⁶ Uma crítica muito comum ao efeito vinculante das decisões na Inglaterra foi feita por Jeremy Bentham e repetida por inúmeros autores. Dizia o utilitarista que o processo de criação do Direito pelos juízes não era em nada mais elaborado que a forma como se fazem regras para cachorros. Ou seja, quando o animal faz algo que não deveria, o dono aguarda o momento em que ele praticou a ação indesejada para repreendê-lo. Nesse sentido, o Direito seria retroativo e imprevisível. A replicabilidade busca, em certa medida, responder a essa crítica, já que as regras aplicadas pelo Judiciário podem ser discutidas pelas partes antes do julgamento final. (V. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.30).

⁵²⁷ *"Through the use of a replicable process of reasoning, the courts can resolve a dispute on the basis of a proposition whose official recognition as a legal rule may have been predictable by the profession at the time of the transaction, even though the proposition had not yet received such recognition at that time."* (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.11).

Ainda, a replicabilidade permite aos partícipes de um processo judicial que assumam uma postura ativa, apresentando provas e argumentos jurídicos relevantes.⁵²⁸ Essa participação é inviável sem que o Judiciário assumira uma postura uniforme em relação ao tratamento dos casos. Deve haver um mínimo de segurança para se prever o que os magistrados considerarão como prova substancial ao tomar uma decisão. É o caso, por exemplo, de saber se a condição econômica da vítima é relevante para se fixar indenização por dano moral.

Como se observa, a replicabilidade traduz alguns dos ideais do princípio do contraditório e do princípio dispositivo. Ele incentiva a participação das partes no processo judicial e prestigia a atividade do advogado, tanto preventiva quanto contenciosa. No entanto, a replicabilidade não assegura a previsibilidade absoluta do direito, pois ela, de maneira isolada, não informa como se deve operar a valoração dos fatos e argumentos pelos juízes.⁵²⁹

Por fim, tem-se o princípio da responsividade que, em certa medida, complementa os demais princípios expostos.⁵³⁰ Essa noção decorre da constatação de que o Judiciário não costuma divulgar as suas razões para toda a sociedade. As sentenças são publicadas, mas não recebem a atenção da comunidade, salvo em casos de grande repercussão. Sendo assim, há somente um grupo social que estabelece a ponte entre os tribunais e a sociedade: os advogados.⁵³¹

É perante os advogados que os magistrados devem ser responsivos. Ou seja, as decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes, seja para acolher um argumento e mudar de opinião, seja

⁵²⁸ Cabe, aqui, a lembrança de que no sistema britânico há uma distinção entre duas figuras que seriam chamadas, no Brasil, de advogados. Enquanto os "*solicitors*" são responsáveis, em maior parte, pelo atendimento de clientes e atividades consultivas, os "*barristers*" atuam diante das Cortes. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, ver: KAPLAN, Benjamin. *An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure*. **Michigan Law Review**, Michigan, v.69, n.5, p.821-846, 1971.

⁵²⁹ "*The principle of replicability does not itself determine how much weight to give to these sometimes clashing values in any given area.*" (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.12).

⁵³⁰ A responsividade é um dos mais fundamentais conceitos para o Direito na *common law*. O que se apresenta aqui é uma breve síntese de tudo que o conceito representa. Para maior aprofundamento sobre a prática da responsividade, V. DOLAN, Paul. *Social Responsiveness of State Courts*. **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh, v.11, n.2, p.250-255, 1950; SCHWARTZ, Richard D. *Judicial Behavior and Legal Responsiveness*. **Law & Society Review**, New York, v.2, n.3, p.353-356, 1967-1968.

⁵³¹ A expressão mais comumente utilizada pelos autores norte-americanos e ingleses é "*legal profession*", que representa toda a ordem de profissionais ligados ao Direito, inclusive os juristas.

para demonstrar a razão pelas quais um fundamento não foi acolhido. Dessa forma, este princípio cumpre uma dupla função: serve como um mecanismo de retorno aos advogados (*feedback*) e aumenta a legitimidade das decisões.⁵³² Por fim, a fundamentação permite que os advogados estudem e discutam a decisão, concluindo por aceitá-la e orientar seus clientes com maior segurança no futuro ou optando por recorrer da decisão.⁵³³

A análise desses quatro princípios revela duas preocupações surgidas na *common law* ao longo de seu desenvolvimento, quais sejam: a busca pela coerência do ordenamento jurídico e a consistência na aplicação das regras jurídicas. Sem qualquer possibilidade de haver mera coincidência, os ideais de congruência social e consistência sistêmica formam, para Melvin Eisenberg, um modelo de dupla coerência.⁵³⁴ Para ele, a expressão "coerência" pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro é o de "integração de elementos sociais e culturais baseados em um padrão consistente de valores e na congruência de princípios ideológicos".⁵³⁵ O segundo sentido é o de uma "conexão ou interrelação sistêmica ou metódica quando governada por princípios lógicos".⁵³⁶ O ideal de dupla coerência leva em consideração esses dois sentidos.

O primeiro desdobramento da coerência é o de que o corpo de regras que compõem o Direito deveria corresponder ao conjunto de normas que uma pessoa atingiria ao conferir peso apropriado a todas as proposições sociais e fazer as melhores escolhas quando estas proposições colidissem. Essa ideia garante a resolução dos conflitos de acordo com os valores precípuos de uma sociedade. Além disso, este ideal harmoniza os resultados dos litígios com as expectativas das partes de todos

⁵³² O problema da legitimidade das decisões do Judiciário é um dos óbices à admissibilidade da teoria de que os juízes contribuem para a criação do direito. Veja-se, como exemplo, "uma limitação ainda maior da criatividade judiciária, a constituir provavelmente a mais forte objeção contra tal criatividade, concerne ao seu alegado caráter não-majoritário e portanto antidemocrático, especialmente, mas não apenas, quando a criatividade se exerce no âmbito do controle judiciário das leis." (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p.91).

⁵³³ "To put the matter sharply, while in form judicial opinions are published to the parties, who must accept them, in substance opinions are published to the profession, which may attempt to remold or reject them." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.13).

⁵³⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.44.

⁵³⁵ Tradução livre.

⁵³⁶ Tradução livre.

os sujeitos. Por fim, aumenta a legitimidade do Direito ao demonstrar sua racionalidade substancial. Para Eisenberg, este ideal é denominado *congruência social*.⁵³⁷

Por outro lado, todas as regras que formam o ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras. A busca deste objetivo promove a previsibilidade, o tratamento igualitário dos casos e aumenta ainda mais a legitimidade do Direito ao demonstrar a sua racionalidade formal. O autor refere-se a este ideal como *consistência sistêmica*.⁵³⁸

Em conjunto, congruência social e consistência sistêmica fornecem a base pela qual se avaliam as regras jurídicas. Sua operação não se dá na lógica binária (tudo ou nada), mas sim em uma aplicação contínua. Em outras palavras, esses ideais não servem para avaliar se uma regra é coerente, mas sim para responder qual de duas ou mais regras aplicáveis à solução de uma mesma questão é eficaz.⁵³⁹

De acordo com os referidos princípios do suporte e da replicabilidade, os tribunais devem aplicar regras que encontrem suporte nos padrões normais da sociedade e pelo ordenamento jurídico. Além disso, devem fundamentar suas decisões de modo a permitir um diálogo com os advogados. A forma encontrada pela *Common Law* para satisfazer essas duas exigências é o discurso a partir dos precedentes.

Pela objetividade, as regras devem ser universais, no sentido de que sejam aplicáveis a todas as partes envolvidas em casos semelhantes. O respeito aos precedentes também alcança este objetivo. Deve-se acrescentar, aqui, que a teoria dos precedentes utilizada pela *Common Law* aplica-se ao mesmo tribunal que proferiu a decisão, pelo que ele se torna vinculado a seus próprios julgamentos.⁵⁴⁰ Esse fato produz duas consequências que merecem ser destacadas. Em primeiro

⁵³⁷ No original: "*social congruence*". (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.44).

⁵³⁸ No original: "*systemic consistency*". (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.44).

⁵³⁹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.47.

⁵⁴⁰ Alguns autores diferenciam o *stare decisis* da vinculação aos precedentes. Para Frederick Schauer, por exemplo, *stare decisis* existe somente dentro de um mesmo tribunal, no sentido de que o órgão deva respeitar suas próprias decisões. Nos casos em que a decisão foi proferida por uma corte hierarquicamente superior, há uma regra de respeito aos precedentes. Por outro lado, a grande maioria da doutrina trata do *stare decisis* como uma regra geral de respeito aos precedentes, na qual a hierarquia entre os tribunais deve ser observada como critério para a vinculação aos precedentes. (V. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p.104).

lugar, um tribunal que se deparar com uma questão nova terá maior responsabilidade ao decidir e deverá examinar com maior cuidado as razões expostas pelas partes. Afinal, a decisão tomada no caso paradigma será aplicada a todos os casos semelhantes. Essa forma de raciocínio dá maior imparcialidade ao juiz, que deve raciocinar como se fosse aplicar a regra a toda a sociedade, e não apenas às partes de um determinado processo.

Por outro lado, a vinculação às próprias decisões reduz as incoerências nos julgamentos proferidos por um mesmo órgão. Decidida a questão, independentemente do relator, o tribunal deve manter aquele posicionamento em função da igualdade e imparcialidade pregadas pelo princípio da objetividade. O respeito aos precedentes, por fim, contribui para a última função das cortes da *Common Law*: o enriquecimento da provisão de regras jurídicas. Com um número maior de regras torna-se possível um seguro planejamento de acordo com o Direito. Além disso, a resolução privada de conflitos torna-se muito mais fácil, pois pelo exame da matéria fática e probatória os advogados são capazes de prever o resultado de um processo judicial com alto grau de certeza.

Dessas razões é que surge, para Melvin Eisenberg, o ideal de estabilidade.⁵⁴¹ É aqui que se insere o *stare decisis*, que determina aos juízes que respeitem os precedentes estabelecidos por decisões anteriores, seja de tribunais hierarquicamente superiores, seja do próprio órgão que compõem. O próximo item pretende ingressar, de forma mais pormenorizada, nas funções dos precedentes e nos valores protegidos por essa prática. Com isso, pavimenta-se o caminho para a compreensão da estabilidade como ideal normativo da jurisprudência.

⁵⁴¹ O autor denomina esse ideal de "*doctrinal stability*". Não se trata, porém, de uma estabilidade da doutrina. Trata-se da estabilidade das decisões, ou melhor, das regras estabelecidas pelo Judiciário. Ademais, para Eisenberg, a produção dos acadêmicos não deve ser estável. Pelo contrário, são as publicações científicas que contribuem para a constante oxigenação do Direito, influenciando, inclusive, a reforma de decisões e a criação de novos precedentes. Ver: EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.49.

2.12 AS FUNÇÕES DOS PRECEDENTES E DO *STARE DECISIS*

No recente "The Power of Precedent", Michael J. Gerhardt compila onze funções exercidas pelos precedentes.⁵⁴² Ao contrário de alguns autores que consideram relevante apenas o elemento de coerção⁵⁴³, Gerhardt entende que as demais funções dos precedentes são relevantes por um conjunto de razões. Em síntese, elas ilustram como o Direito importa pelas razões das decisões⁵⁴⁴, auxiliam a compreensão da relação entre poderes pela ótica do Poder Judiciário⁵⁴⁵ e demonstram a relação das cortes com o Direito e com a sociedade.⁵⁴⁶ Acrescente-se, aqui, que essas funções tratadas pelo autor demonstram a utilidade da doutrina do *stare decisis* e, por consequência, justificam a opção de determinados sistemas jurídicos pela estabilidade.

A relação de funções têm início com a ideia do precedente como forma de argumentação. Não só a utilização de decisões pretéritas se revela como um bom argumento, este recurso argumentativo está presente em praticamente todas as decisões – ao menos nos Estados Unidos da América. Os precedentes podem nortear a aplicação da lei ou, em alguns casos, servir como a fonte primordial para justificar uma posição da Corte.⁵⁴⁷

⁵⁴² GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.147-176.

⁵⁴³ Nesta senda, sintetiza Estefânia Barboza a posição que restringe o *stare decisis* a uma função de coação: "se um Tribunal segue uma decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, então para Radin não se trata de uma aplicação do *stare decisis*. Para que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo." (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p.208).

⁵⁴⁴ "Anyone interested in precedent should appreciate the significance of the rethoric and reasoning employed in constitutional decision making. Outcomes are important, but so is the route by which the Court gets there." (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.147).

⁵⁴⁵ "The multiple functions of precedents show how public authorities understand their and other branches' respective powers." (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.147).

⁵⁴⁶ "They demonstrate the dynamic interaction among the Court, judicial doctrine, and culture." (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.147).

⁵⁴⁷ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.147-149.

A segunda função dos precedentes apontada por Gerhardt deve ser vista com cautela, ao menos para os olhos da *Civil Law*. O autor afirma que os precedentes resolvem conflitos, ainda que não produzam nenhum outro efeito.⁵⁴⁸ Em que pese o autor procure demonstrar a importância das decisões, mesmo em casos em que ela não se aplica a nenhuma outra situação, é preciso evitar a confusão entre decisão judicial e precedente, abordada no Capítulo 1. Assim, esta segunda função pode ser compreendida, em termos estritos, como o fato de que as decisões que se constituem em precedentes demonstram a forma como a Corte decidiu um determinado caso, ainda que outro semelhante não tenha surgido.

Em terceiro lugar, o autor aponta que os precedentes exercem autoridade. Esta autoridade pode ser persuasiva ou vinculante.⁵⁴⁹ A autoridade vinculante existe sobre as partes vinculadas ao processo que formou o precedente e, eventualmente, outros interessados ou terceiros previstos na própria decisão ou por lei. Outras pessoas que não foram diretamente afetadas pela decisão observam o precedente com autoridade persuasiva, ou seja, com uma expectativa real de que este precedente se torne vinculante para elas.⁵⁵⁰ Ao tratar desta função, Gerhardt não examina a possibilidade de haver um efeito vinculante para além das partes; o que é previsto pela legislação brasileira. Esta questão será abordada com maior cuidado no Capítulo 3.

Como quarta função dos precedentes destaca-se sua utilidade para a determinação de agendas, seja do próprio Judiciário, seja de outras autoridades ou de particulares. Em um país cujo Judiciário tem maior discricionariedade para definir quais casos julgar – especialmente no âmbito constitucional, como é o caso da Suprema Corte americana⁵⁵¹ – os precedentes contribuem para que a Corte defina quais casos julgar e quais negar conhecimento. Assim, por exemplo, constata-se

⁵⁴⁸ "If judicial precedents do nothing else, they are means through which the Court decides disputes." (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.149).

⁵⁴⁹ "Persuasive" e "binding", no original. (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.151).

⁵⁵⁰ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.151-153.

⁵⁵¹ Sobre o tema da discricionariedade do *writ of certiorari*, ver: MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n.26, p.139-146, 2009; e PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v.9, n. 86, p.87-103, ago./set. 2007.

que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem o costume de apreciar casos que envolvem questões sociais, como o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, enquanto outras matérias são menos comuns.⁵⁵² No Brasil, o exame da matéria da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal teria um efeito semelhante. Fora do próprio Judiciário, a existência ou não de precedentes incentiva condutas de outras autoridades e de particulares. Desta forma, se há dúvida a respeito da interpretação de uma determinada lei, pode haver um aumento na litigiosidade a respeito deste tema, enquanto uma posição firme das Cortes afasta litígios cujo resultado já é certo. Para outras autoridades, cabe a análise de alterar políticas para se conformar aos precedentes, se é interessante litigar em certos assuntos ou até mesmo a discussão a respeito de uma nova lei para se alterar o entendimento dos tribunais.⁵⁵³

A quinta função é facilitar os diálogos constitucionais. Gerhardt observa que ao tomar uma decisão, as Cortes incentivam o debate sobre uma série de assuntos.⁵⁵⁴ Como exemplo, o autor destaca a repercussão do caso *Brown v. Board of Education*,⁵⁵⁵ o qual inaugurou nos Estados Unidos uma discussão nacional sobre a segregação racial. No Brasil, esta função também tem se tornado evidente, sendo o Poder Judiciário, em especial os tribunais superiores, protagonista em uma série de questões jurídicas e políticas.

Mais do que facilitar os diálogos, os precedentes também contribuem para a definição da estrutura constitucional de um Estado.⁵⁵⁶ Com isso, o autor procura demonstrar que as decisões em matéria constitucional, administrativa, previdenciária, dentre outras, definem o significado e o alcance de princípios, além de orientar o modo como as políticas devem ser prestadas.

⁵⁵² O exemplo do autor remetia a casos relacionados à Segunda Emenda, que trata do direito de portar armas. O exemplo, porém, encontra-se, de certa forma, desatualizado, pois logo após a publicação da obra a Suprema Corte julgou *District of Columbia v. Heller*, confirmando o porte de armas como um direito individual.

⁵⁵³ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.153-155.

⁵⁵⁴ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.155-157.

⁵⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. **United States Reports**, Washington, v.347, p.483, 1954.

⁵⁵⁶ No original, "*shaping constitutional structure*". (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.157-162).

Outro emprego dos precedentes é verificado a partir se sua função histórica.⁵⁵⁷ Gerhardt observa que algumas decisões das Cortes assumem uma relevância suficiente para fazer parte da história de um país. Cita, como exemplo, o recente caso *Bush v. Gore*, que não apenas resolveu o conflito entre os dois políticos, mas culminou com a confirmação do novo presidente dos Estados Unidos. Outra forma de ver esta função histórica é observar que os posicionamentos das Cortes refletem os valores da sociedade em um período. Ao mesmo tempo, essas decisões podem observar uma mudança no comportamento social e incentivar sua propagação.

A oitava função, na ótica de Gerhardt, é educacional.⁵⁵⁸ A função decorre, em parte, da importância histórica acima mencionada, pois pela posição ocupada pelas Cortes Supremas reconhece-se a importância de uma decisão que ela toma. Assim, não apenas um tribunal pode participar da história, mas também pode orientar uma reflexão na sociedade. O exemplo mais evidente é o caso *Brown v. Board of Education*, por meio do qual a Suprema Corte afastou a doutrina segregacionista do "separados mas iguais" e gerou, especialmente nos estados sulistas, uma gradual mudança de posição sobre questões raciais.⁵⁵⁹

Também são apontadas como funções dos precedentes uma noção de simbolismo e de identidade nacional.⁵⁶⁰ Sustenta Gerhardt que uma decisão de uma corte constitucional ou de uniformização tem um efeito não jurídico, no sentido de que até mesmo quem está fora das discussões jurídicas acaba se envolvendo e participando das discussões de determinados casos. Em exemplo recente, a Suprema Corte dos Estados Unidos viu uma grande concentração de público interessada no resultado do caso *Obergefell v. Hodges*,⁵⁶¹ que tratou da constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A decisão foi simbólica, pois além de refletir um posicionamento jurídico, passou a ser utilizada como instrumento contra a

⁵⁵⁷ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.155-162-166.

⁵⁵⁸ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.155-167-169.

⁵⁵⁹ Neste sentido, ver: WEISBERG, Richard H. Distorções flexíveis do direito americano, ou como São Paulo e São João influenciam a política social fundamental. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v.59, n.2, p.9-30, 2014.

⁵⁶⁰ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.155-169-172.

⁵⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Obergefell v. Hodges*. **United States Reports**, Washington, v.576, 2015.

discriminação. A função do precedente como definidor de uma identidade nacional é semelhante, mas está voltada não a grupos definidos, mas à identidade do povo – o que se faz especialmente pelo destaque de valores e princípios nas decisões.

A última função de um precedente é a de implementar valores constitucionais.⁵⁶² No vocabulário brasileiro, as normas constitucionais podem ter eficácia imediata, mas nem sempre os direitos são efetivados com a mesma velocidade e efetividade que se espera. Para fazer frente a isso, os tribunais podem desenvolver ou incentivar políticas para a proteção dos direitos.

Apesar de se aprofundar a respeito do tema, existem outras funções ou meios pelos quais os precedentes são utilizados que Gerhardt não comenta. Uma dessas utilidades foi revelada, de forma bastante apurada, na obra coletiva "Interpreting Statutes", coordenada por Robert Summers e Neil MacCormick.⁵⁶³ Após uma descrição de diversos sistemas jurídicos, muitos deles da *Civil Law*, como Itália, Argentina e Polônia, em artigo conclusivo dos professores Robert Summers e Michele Taruffo, constata-se que, com exceção do modelo formal francês, todos os sistemas que foram então estudados reconhecem o papel dos precedentes para a interpretação da lei.⁵⁶⁴ O argumento a partir de precedentes é um dos mais comuns, tanto que foi explicitamente observado que as decisões anteriores são muito influentes mesmo nos sistemas codificados.⁵⁶⁵

Com exceção do modelo francês, que não costuma citar precedentes⁵⁶⁶, os demais sistemas dependem das decisões das cortes. Na verdade, apontam Summers e Taruffo, os precedentes são a segunda fonte mais utilizada para a interpretação de

⁵⁶² GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.155-172-176..

⁵⁶³ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

⁵⁶⁴ SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.461-510.

⁵⁶⁵ "The argument from precedent is widely influential in Code systems, just as it is in the USA and in the UK, where it is sometimes said that a binding prior interpretation even becomes 'part of the statute'." (SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.467).

⁵⁶⁶ Apesar de não citar os precedentes, os autores destacam que existem uma série de dispositivos legais no ordenamento francês cujo significado foi estabelecido por decisões judiciais. Neste sentido, ver: TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.171-212.

dispositivos legais – a primeira é o próprio texto da lei. Isto ocorre tanto na *common law* quanto na *civil law*, a ponto de os autores afirmarem que não há diferenças substanciais entre a importância que lhes é dada entre uma e outra tradição.⁵⁶⁷ A principal razão para esta aproximação parece ser a constatação pela *Civil Law* de que a legislação é, atualmente, insuficiente para justificar decisões, pois a simples remissão a textos legais pode não atender aos requisitos de coerência e integridade. Assim, a ideia da coerção da justiça formal de tratar casos iguais de forma igual oferece um suporte consistente para a tomada de decisões.⁵⁶⁸

Um dos efeitos dessa opção pelos precedentes é emergência de uma nova "autoridade" no Direito: para além do legislador, as cortes superiores assumem o papel de definir entendimentos legais para os casos e também para o futuro.⁵⁶⁹ Esta alteração abala até mesmo a doutrina da separação de poderes, uma vez que reduz a posição absoluta do Poder Legislativo ao se ampliar o poder do Judiciário.⁵⁷⁰ Tanto essas observações se concretizaram que, anos após a publicação deste estudo, Michele Taruffo examinou o tema novamente sob um viés institucional, voltado para a identificação dos fatores institucionais que determinam como os precedentes são criados e como são aplicados.⁵⁷¹

Este segundo estudo foi publicado na segunda coletânea de Robert Summers e Neil MacCormick, voltada exclusivamente à interpretação de precedentes – da

⁵⁶⁷ "A very important remark must now be made: IF one looks at the actual use of precedents in the opinions of the higher courts in the several countries, it can be observed that there are no great differences in their use between the so-called common law and civil law systems." (SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.487).

⁵⁶⁸ "All the other systems have come to adopt more articulate justificatory reasoning in support of decisions. Thus the fact that the same case was decided in the same way in other circumstances can provide significant support, in terms of equality of treatment, of coherence of the legal system, and of consistency in the role played by courts." (SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.488).

⁵⁶⁹ Neste sentido, no Brasil, Daniel Mitidiero sustenta a passagem das Cortes Superiores para o papel de Cortes Supremas. (MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

⁵⁷⁰ SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.488.

⁵⁷¹ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.437-460.

qual se extraiu, inclusive, o conceito de precedente do Capítulo 1.⁵⁷² Nesta obra é de especial relevância para a discussão da função dos precedentes artigo escrito em conjunto por Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel, intitulado "Rationales for Precedent".⁵⁷³ Tem-se, assim, que o objetivo dos autores com este escrito é desvelar os fundamentos que sustentam a teoria e a utilização dos precedentes. O artigo, que reconhece mais uma vez a incapacidade do sistema codificado de entregar a segurança e a previsibilidade almejadas pelos Estados de Direito⁵⁷⁴, aproxima de todos os sistemas jurídicos a necessidade de se aprimorar o Direito por meio do desvelamento de seus princípios fundantes, o que pode ser feito com qualidade por meio do discurso jurídico nas decisões judiciais. Isto faz com que inúmeros países, sejam de *Civil* ou de *Common Law*, inspirem-se nos precedentes e na doutrina do *stare decisis*.

A primeira razão para se seguir as decisões anteriores, ou melhor, para se respeitar o *stare decisis* é a possibilidade de se obter uniformidade jurídica. Neste sentido, ao prezar pela uniformidade nas decisões, os tribunais contribuem para a coerência no ordenamento jurídico em duas frentes: na interpretação de dispositivos legais e nas práticas interpretativas.⁵⁷⁵ Remetendo aos itens sobre coerência normativa, acima, os autores convergem, pois entendem que o *stare decisis* preserva e amplia o sentido do ordenamento ao interpretar e desenvolver a argumentação jurídica sobre os princípios e valores do sistema.

Outra virtude do *stare decisis*, para Bankowski, é a garantia de igualdade (*equality*) no Estado de Direito. Quer isto dizer que, ao se proporcionar igualdade, confirma-se um dos ideias do *rule of law* ou do *Rechtsstaat*, qual seja, o igual tratamento entre indivíduos – tratado acima como o ideal de justiça formal. Chega-se ao ponto

⁵⁷² MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study.** Dartmouth: Ashgate, 1997.

⁵⁷³ BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents.** Dartmouth: Ashgate, 1997. p.481-501.

⁵⁷⁴ "Notwithstanding the early hopes of revolutionary codifiers, all codified systems have for Inog fully acknowledged the need for interpretation, for it is necessary to resolve emerging ambiguities, obscurities and indeterminacies in the provisions of the codes." (BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents.** Dartmouth: Ashgate, 1997. p.484).

⁵⁷⁵ "We can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them." (BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents.** Dartmouth: Ashgate, 1997. p.487).

de reconhecer que "seria uma fraude se o Direito estivesse sujeito à interpretações variáveis caso a caso", pois o Direito seria o mesmo para todos apenas em tese.⁵⁷⁶ Assim, o tratamento de casos iguais de forma igual, e na mesma interpretação do Direito é uma parte essencial do tratamento isonômico.

Com este passo, aproxima-se da noção empregada pelo Código de Processo Civil, pois a ideia de Estado de Direito invocada pelos autores pode ser lida, aqui, como uma noção que compreende valores como a certeza, a previsibilidade e estabilidade. Veja-se:

Claramente, em qualquer sistema jurídico, a prontidão dos tribunais para dar algum peso para a própria existência de um precedente, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida no precedente, pode ser fortemente justificada pelas necessidades de estabilidade e previsibilidade, ambos do Direito e das decisões dos tribunais proferidas em nome do Direito.⁵⁷⁷

O que se defende, portanto, é que ao exigir dos tribunais estabilidade quando da uniformização da jurisprudência, as cortes devem observar justamente esse conjunto de ideais que o *stare decisis* representa: estabilidade é previsibilidade, certeza, segurança. Isto se justifica porque é apenas com estes valores que os cidadãos de um Estado de Direito podem ter condições de desfrutar de certa confiança em seus direitos garantidos pelo Estado.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Tradução livre de: "This would be a sham if the Law were subject to varying interpretation from case to case." O trecho segue: "[...] for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves." (BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.488).

⁵⁷⁷ Tradução livre de: "Clearly, in any legal system, a readiness of the courts to give some weight to the very existence of a precedent, independently of the intrinsic merits of the decision contained in the precedent, can be strongly justified by the needs for stability and predictability both of the law and of the courts' decisions handed down in the name of the law." (BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.488).

⁵⁷⁸ "And all of this is of the very essence of giving citizens a tolerable measure of legal security and confidence in their enjoyment of whatever rights the law confers on them." (BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.488).

2.13 ESTABILIDADE DO DIREITO E DA JURISPRUDÊNCIA PELO *STARE DECISIS*

Em obra recentemente publicada, Katya Kozicki sintetizou, com acuidade, as preocupações que devem pautar a atuação do Poder Judiciário e dos juristas na construção do Direito e das decisões judiciais. Para ela, os juízes devem ser responsáveis por seus julgamentos e essa responsabilidade pode ser lida em relação a três momentos: i) ao passado, "no sentido de descobrir dentro das normas jurídicas, dos precedentes e dentro da própria história institucional da comunidade a norma aplicável ao caso concreto"⁵⁷⁹; ii) ao presente, "pois o chamado da justiça exige sempre uma resposta imediata"⁵⁸⁰; e iii) ao futuro, "pois vão inscrever essas mesmas decisões na prática da comunidade, a qual vai servir de referência futura".⁵⁸¹

Vê-se, porém, que os três momentos com os quais o magistrado dialoga não são independentes. A decisão de hoje não está ligada apenas à resposta do caso concreto; pelo contrário, será esta decisão que se inscreve na prática da comunidade e que, posteriormente, fará parte da história institucional e constituirá um precedente. Nos dizeres de François Ost, "o que conta é a exigência de justiça que se deixa perceber, mais ou menos claramente, na solução antiga, e cuja necessidade se sente hoje com a mesma força de ontem".⁵⁸²

É neste contexto da relação entre o passado, o presente e o futuro que se situa a noção de estabilidade, construída a partir da doutrina dos precedentes e do *stare decisis*. No Brasil, os ideais da estabilidade foram bem compreendidos por Luiz Guilherme Marinoni, em seu "Ética dos Precedentes".⁵⁸³ Nesta obra, após partir de um estudo de Max Weber a respeito da necessidade de se haver estabilidade e previsibilidade para o desenvolvimento econômico e social, e das razões pelas quais o Direito Inglês encontrou nos precedentes a saída para estes problemas, o autor

⁵⁷⁹ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.90.

⁵⁸⁰ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.90.

⁵⁸¹ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.90.

⁵⁸² OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.106.

⁵⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

conclui sua obra tratando de justificativas para um sistema de precedentes. Estas razões, que passam a ser expostas, compreendem o núcleo da estabilidade.

É preciso destacar, em primeiro lugar, que o respeito aos precedentes cumpre um ideal normativo: ao seguir as decisões anteriores, o Estado de Direito preserva seus valores, pois aplica o ordenamento jurídico de forma igualitária e confere, a este mesmo Direito, dignidade – no sentido de determinar condutas e indicar um modo de vida adequado.⁵⁸⁴ Ao mesmo tempo, a vinculação aos precedentes corrige o problema interpretativo que Marinoni denomina de "indeterminabilidade dos resultados extraídos do texto legal"⁵⁸⁵, o que gera insegurança em relação à aplicação do Direito. Neste sentido, seguir precedentes garante unidade na interpretação jurídica e reduz as incertezas. Além disso, os precedentes permitem o desenvolvimento ordenado do sistema por meio de atribuição de sentido às regras e aos princípios.

Ainda, essa unidade do Direito "contribui para a clareza, atributo indispensável para a orientação da vida social e à previsibilidade".⁵⁸⁶ Como os precedentes afastam as indeterminações, considerá-los como parte do sistema permite a cada indivíduo escolher e pautar suas condutas de modo mais seguro. Essa determinação também favorece a universalidade, na medida em que, "quando há unidade do direito, um só direito regula a vida social e aplica-se a todos, indistintamente".⁵⁸⁷

Outra justificativa destacada pelo autor é o fortalecimento institucional. Se o Poder Judiciário compreender que existe um processo de interpretação da lei que se desenvolve nos tribunais, culminando com os tribunais superiores, cuja função é a uniformização de entendimentos, não há qualquer motivo para se questionar a autoridade de nenhum tribunal; ao contrário, cabe a cada corte exercer a sua competência e

⁵⁸⁴ "Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102).

⁵⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

⁵⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.104.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.105.

preservar as interpretações legais já estabelecidas.⁵⁸⁸ Isto conduz à afirmação de que os precedentes garantem a previsibilidade no Estado de Direito. Para Marinoni, ela é essencial, pois permite que "o sujeito saiba o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver".⁵⁸⁹ Com ela, evitam-se surpresas e adquire-se confiança no Direito.

Apesar das apuradas observações do autor, observa-se que sua argumentação parte de uma concepção de certeza absoluta, ao afirmar, por exemplo, que "diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido".⁵⁹⁰ Na verdade, a previsibilidade não pode se confundir com a impossibilidade de se contestar uma decisão, o que violaria premissas fundamentais do Estado de Direito, como já se concluiu com McCormick. Assim, a doutrina dos precedentes não pode ser compreendida sem a ressalva de que tanto a lei quanto as decisões anteriores podem ser excepcionadas.

Tudo que se afirmou até o momento leva à proposta de interpretação do ideal de estabilidade, conforme estabelecido pelo artigo 926, do Código de Processo Civil. Para tanto, a primeira observação que deve ser feita é a de que, de acordo com a legislação brasileira, não são os precedentes que garantem estabilidade, mas sim a jurisprudência. Isto é absolutamente correto. Explica-se: a teoria dos precedentes, vista individualmente, pode levar à ilusão de que nos países da *Common Law* apenas uma decisão firma um precedente do qual as cortes não desviarão em qualque hipótese. Esta interpretação rígida é inadequada.

Em verdade, os precedentes atendem a todas as funções até aqui apontadas, como a congruência social, a consistência sistêmica e, propriamente, a estabilidade, por meio da construção paulatina de decisões judiciais a respeito de questões jurídicas. Assim, mais do que determinar efeitos vinculantes a um único acórdão de corte superior, a razão de ser do novo Código de Processo Civil, e mais especificamente, do artigo 926, é a de que a estabilidade esteja presente na jurisprudência – ou seja,

⁵⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.107.

⁵⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.109.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.110.

no conjunto de decisões judiciais e precedentes disponíveis para consideração em um determinado cenário jurídico.

Esta ideia não é novidade para a *Common Law*. Vale lembrar, por exemplo, que existem autores que se utilizam da expressão "*Legal Doctrine*" para se referir a um grupo de decisões dos tribunais e que define os padrões para as decisões futuras.⁵⁹¹ Com isso, o Direito anglo-saxão mostra reconhecer a importância das decisões consideradas em conjunto, ou seja, a jurisprudência.

Deste modo, o ideal de estabilidade proposto pela legislação como norte da jurisprudência implica a tradução dos valores da teoria dos precedentes não como efeitos imediatos advindos da vinculação dos juízes à *ratio decidendi* de um único acórdão, mas sim o resultado do respeito institucional pelos valores ligados à teoria dos precedentes.

Argumentar pela estabilidade, portanto, é afirmar que a jurisprudência brasileira deve prezar pela previsibilidade, pela igualdade, pelo papel institucional das decisões e dos precedentes. Aliada à coerência nas decisões, a argumentação jurídica desenvolvida pelos tribunais passa a integrar o Direito de modo a permitir que se determine as escolhas com maior certeza e permite, em última instância, buscar uma forma de vida satisfatória.

Como afirmado previamente, tem-se que a estabilidade parte do passado para definir o presente e o futuro. Com relação ao presente, parece claro que cabe aos tribunais considerar as decisões anteriores, até mesmo por uma questão de integridade e coerência. Cabe, porém, considerar alguns elementos relacionados ao futuro que até o momento não foram tratados.

Como citado, os magistrados devem considerar o futuro porque "vão inscrever essas mesmas decisões na prática da comunidade, a qual vai servir de referência futura".⁵⁹² Agir de acordo com a estabilidade, porém, não significa apenas perceber

⁵⁹¹ "In many respects, doctrine, or precedent, is the law, at least as it comes from courts [...] *Legal doctrine sets the terms for future resolution of cases in an area.*" (TILLER, Emerson H.; CROSS, Frank B. What is legal doctrine? *Northwestern University Law Review*, Chicago, v.100, n.1, p.517, 2006).

⁵⁹² KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.90.

que a decisão servirá como referência futura, mas considerar os efeitos que essa referência produz em relação ao modo como as pessoas definem suas condutas.

De certo modo, o que se pretende argumentar é semelhante à postura do legislador. Pense-se, por exemplo, em hipótese de que o Congresso brasileiro tenha a intenção de modificar duas regras de trânsito: a inversão do padrão brasileiro de vias de mão dupla, de modo que os veículos devam transitar pelo lado esquerdo da via e, por consequência, a alteração em todos os automóveis para que o assento do condutor passe a ser a poltrona da direita. Partindo-se da premissa de que esta mudança estaria de acordo com os parâmetros de validade e que ela faz sentido por conta de algum princípio maior (afastando-se, portanto, qualquer alegação de inconstitucionalidade da regra), é evidente que esta regra deveria passar por um período de informação e de adaptação por parte dos municípios, das montadoras de veículos, das importadoras, e também por todos os condutores brasileiros. A alteração de regras como esta exige ampla divulgação, tempo para adaptação e para a compreensão do novo funcionamento do trânsito. Elas exigiriam, também, reformulações de toda a organização das vias municipais, de modo a aproveitar da melhor maneira possível as novas regras.

Enfim, o que se quer demonstrar é que, por mais que uma regra como essa possa ser alterada imediatamente, ela não pode ser colocada em prática de um dia para o outro, sem considerar todos os efeitos e as necessidades de adaptação decorrentes dessa mudança. Isso ocorre em inúmeros outros casos, como na alteração de regras tributárias, contratuais e, porque não, na adaptação para a entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil.

Apesar de tudo, há um espaço jurídico em que essa preocupação com o futuro é pouco considerada: a jurisprudência. Os tribunais brasileiros veem com certa naturalidade mudanças abruptas de entendimento e não consideram esse elemento ao rever suas posições. Tome-se como exemplo a questão da capitalização de juros nos contratos de crédito ao consumidor, cujo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça estava fundado em três elementos principais, consolidados em estudo doutrinário que analisou dezenas de acórdãos da Corte:

[C]om relação à capitalização de juros nos contratos bancários, é possível extrair da jurisprudência do STJ três enunciados, estabelecidos como critérios de referência para casos similares: (i) o art. 5.º, da Medida Provisória n.º 2170-36/2001, autoriza a capitalização de juros em período inferior ao

anual, nos contratos bancários firmados após 31/03/2000; (ii) a validade da capitalização depende da previsão expressa no contrato e (iii) não cabe ao STJ analisar a existência ou não de capitalização nos contratos, ante os óbices das Súmulas 5/STJ e 7/STJ.⁵⁹³

As decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça passaram a servir como base de orientação para o jurisdicionado e também como critério de análise e revisão de contratos por advogados, magistrados e juristas. Isto era válido até o julgamento do recurso especial repetitivo 973.827/RS, que pretendia uniformizar toda a questão sobre a possibilidade de capitalização de juros mensais em contratos bancários.⁵⁹⁴ O resultado da decisão foi assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de "taxa de juros simples" e "taxa de juros compostos", métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada."

⁵⁹³ OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Recurso especial repetitivo 973.827/RS e a questão da capitalização nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.22, n.89, p.253, 2013.

⁵⁹⁴ "As discussões judiciais a respeito da capitalização de juros, nos contratos bancários, envolvem três aspectos distintos: (i) a legalidade da capitalização, ante o conflito das normas que a vedam e autorizam, o que é matéria exclusivamente de direito; (ii) a necessidade de pactuação expressa, como condição para validar a capitalização no contrato, que envolve matéria de direito (interpretação do art. 5.º da MP 2170, conjunta com a boa-fé objetiva e o direito de informação, arts. 4.º, III e 6.º, III, do CDC) e matéria de fato (presença de cláusula expressa no contrato e possibilidade de compreensão pelo consumidor); e (iii) a existência (ou não) de capitalização no contrato, matéria exclusivamente de fato, que depende de prova." (OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Recurso especial repetitivo 973.827/RS e a questão da capitalização nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.22, n.89, p.254, 2013).

- "A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada".

4. Segundo o entendimento pacificado na 2.^a Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.⁵⁹⁵

Em síntese, a decisão contrariou o entendimento até então assentado da própria corte e concluiu que não há óbice na adoção do regime de juros compostos, para o cálculo das parcelas mensais, pois não resultam em capitalização, devendo ser admitida a cobrança dos juros, conforme a taxa efetiva informada no contrato. Em outras palavras, rompeu frontalmente com as decisões anteriores, sem qualquer preocupação adicional, seja com a justificativa de que a tese anterior era incorreta, seja com relação aos contratos firmados à luz do Direito interpretado à luz da jurisprudência assentada anteriormente. A discussão não terminou com esta alteração de posicionamento⁵⁹⁶, mas o trecho cumpre a tarefa de demonstrar um caso de instabilidade.

Não se pretende, aqui, discutir qual o entendimento mais adequado, nem os efeitos que a decisão no referido recurso especial repetitivo provocou. O que salta aos olhos e que se espera demonstrar é a incipiente preocupação dos tribunais brasileiros em dialogar com seus entendimentos passados e de permitir uma prospecção futura. Não há um período de adaptação, nem sequer um momento intermediário em que a corte sugere uma possível mudança de posicionamento. Pelo contrário, as mudanças ocorrem abruptamente, sem grandes considerações com casos em andamento, negócios jurídicos firmados sob uma determinada jurisprudência, de modo que a discussão de um caso individual pode provocar a desestabilização de uma série de teses já firmadas sobre diferentes temas. O caso utilizado como exemplo, destaque-se, causou grandes mudanças no Direito do Consumidor.

⁵⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 973.827/RS**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção.

⁵⁹⁶ O Superior Tribunal de Justiça julgou, em outro recurso repetitivo (RESp. 1.124.552/RS), que não cabe à corte afirmar, em abstrato, se há ou não capitalização de juros na Tabela Price. Foi, momentaneamente, restabelecida a coerência com as decisões anteriores da Corte. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça afetou novamente a matéria para ser analisada, no REsp 951.894/DF, sob o argumento de que é necessário definir qual é o "conceito jurídico de capitalização de juros". A estabilidade sobre este tema ainda não se concretizou, portanto.

O que a estabilidade sugere, portanto, é que as próprias cortes tenham o cuidado de preservar os entendimentos que devem ser preservados e que realize as alterações com maior cuidado, delimitando eventualmente o momento de incidência do entendimento que passou a ter validade, ou até mesmo considerando a necessidade de transição entre o entendimento passado e o novo. Cogite-se, por exemplo, se o Supremo Tribunal Federal julgar inconstitucional as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, que já foram reiteradamente permitidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça. Seriam as uniões firmadas sob o entendimento anterior inexistentes, ou nulas, por conta dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade? Evidentemente, esta decisão ensejaria a desestabilização do ordenamento. Caberia à Corte definir, por meio da chamada modulação, os efeitos deste novo precedente.

Tem-se, portanto, que a estabilidade não significa estagnação, mas que demanda dos tribunais o emprego de medidas que possibilitem à comunidade uma adaptação aos entendimentos firmados, de modo a evitar maiores incertezas e dúvidas a respeito de assuntos que deveriam ser uniformizados e pacificados.

2.14 UNIFORMIDADE

O artigo 926, do Código de Processo Civil, estabelece um tratamento específico à uniformidade, distinto daquele prescrito aos demais elementos citados no dispositivo e já examinados no presente trabalho. Nos termos do enunciado normativo, a uniformidade não é apenas um critério para a aplicação do direito, mas também é um dever dos tribunais. Nessa linha, a exigência legal de uniformização da jurisprudência pelos tribunais produz efeitos específicos à atividade que se espera das cortes brasileiras e abre ensejo para discussões teóricas.

O conceito de uniformidade no direito é intrincado e sua problematização não deve se limitar a uma discussão terminológica, vale dizer, para conceituá-la é preciso considerar também a finalidade das normas que se pretendem uniformes.⁵⁹⁷ Este assunto é caro ao direito internacional, por isso partir-se-á da doutrina estrangeira

⁵⁹⁷ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.3-4.

para tentar definir o referido termo e com isso, à luz dos princípios constitucionais vigentes, demonstrar a valiosa contribuição da uniformidade ao ordenamento brasileiro.

Com produção voltada eminentemente ao direito internacional, especialmente à Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980 (CISG), Camilla Baasch Andersen apresenta uma revisão bastante completa das posições doutrinárias voltadas à uniformidade.⁵⁹⁸

Segundo a autora, a uniformidade desempenha importante papel no direito contemporâneo, que passa por um processo político e voluntário de difusão do direito, compartilhamento de normas e desejo de um direito uniforme.⁵⁹⁹ A uniformidade é um desdobramento e uma ferramenta prática fundamental do Direito Comercial Internacional, vez que esta disciplina normativa é compartilhada por diversas jurisdições e, desse modo, necessita da harmonização para atender ao livre mercado e à globalização.⁶⁰⁰

Porém, cumpre esclarecer que a uniformidade não é buscada apenas por jurisdições em âmbito multinacional, como ocorre na disciplina da CISG. Trata-se de um fenômeno estimado em âmbitos de pluralismo legal transnacionais, trans-jurisdicionais e, inclusive, domésticos que desejem a unificação do direito, que depende da harmonização de culturas jurídicas.⁶⁰¹ Note que a uniformidade aplicada no contexto doméstico é particularmente importante no direito brasileiro para a consonância da aplicação de enunciados normativos federais, estaduais e municipais e, ainda, para considerar as regionalidades do direito brasileiro.⁶⁰²

⁵⁹⁸ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

⁵⁹⁹ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.5.

⁶⁰⁰ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.3.

⁶⁰¹ *"The major promulgators of legal uniformity strongly suggest that the concept of unification of law rests on the bringing together of legal systems, so the result in question is the establishing of similar rules across divides of legal cultures"*. (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.7).

⁶⁰² ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.4-7.

Para Andersen, podemos definir "uniformidade" como a preocupação em preservar um grau, ainda que variável, de efeitos similares produzidos na aplicação, por diferentes jurisdições, de normas jurídicas compartilhadas. Nesse mesmo sentido, o "direito uniforme" caracteriza-se por comportar regras deliberadamente concebidas para serem compartilhadas em diferentes jurisdições e, quando aplicadas, resultarem em diferentes graus de efeitos semelhantes.⁶⁰³

Por isso, aduz a autora, destacando os elementos mais comuns da doutrina quando da tentativa de definir uniformidade, que tal definição distancia-se da denotação de uniformidade usualmente apresentada pelos dicionário, como constância, já que nenhum direito é aplicado sempre da mesma maneira. A uniformidade na aplicação das normas jurídicas, portanto, não é absoluta e concerne no estabelecimento de semelhanças variáveis.⁶⁰⁴ Trata-se de obter uma aplicação semelhante das regras de um ordenamento ou tratado pelas instâncias competentes.

A dificuldade na definição da uniformidade no âmbito do direito é justamente o fato de o fenômeno não indicar a extensão da similitude buscada, nos remetendo a níveis variados de similitude dos efeitos da aplicação do direito. O que forçosamente nos leva, conforme destaca Andersen, à questão: quão uniforme é uniforme? Ou, quão uniforme a aplicação deve ser?⁶⁰⁵ Segundo a autora, os diferentes contextos, formas e objetivos políticos do direito vão indicar o nível exigido de similitude dos efeitos, de modo a reconhecer a uniformidade da aplicação. Logo, um único grau

⁶⁰³ "[...] We can define 'uniformity' as the varying degree of similar effects on a phenomenon across boundaries of different jurisdictions resulting from the application of deliberate efforts to create specific shared rules in some form. [...] We can define 'uniform laws' as specific legal rules or instruments of some form [...] deliberately designed to be voluntarily shared across boundaries of different jurisdictions which, when applied, result in varying degrees of similar effects on a legal phenomenon." (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.6-7).

⁶⁰⁴ "Uniformity in law is different from a dictionary definition, as no laws are ever applied 'always the same', but it is concerned with establishing similarity, and a definition is therefore very result based." (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.4-5).

⁶⁰⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.5.

pré-determinado de semelhança não pode ser definido para todo o direito uniforme, vez que se tratam de *standards* relativos.⁶⁰⁶

Sendo a uniformidade determinada pelos níveis de similitude atingidos na aplicação do direito, não é possível garantir a uniformidade do direito com base apenas na elaboração de enunciados normativos supostamente "uniformes". Para Andersen, e este é o elemento que parece ser o mais relevante para a concepção nacional de uniformidade, não é na criação dos textos que se dizem "uniformes" que se obtém a verdadeira uniformidade. Afinal, os enunciados são apenas palavras sem concretude⁶⁰⁷ e, desse modo, não garantem similitude já que a realidade da aplicação independe e pode divergir das intenções dos criadores do texto, o texto legal ganha outros contornos quando aplicado.⁶⁰⁸ Ainda que a uniformidade textual não seja a uniformidade em si, contudo, é um primeiro passo em direção a um direito uniforme.⁶⁰⁹

Na verdade, a uniformidade depende da aplicação dos enunciados normativos em diferentes jurisdições, o que permitirá averiguar a ocorrência de resultados semelhantes, em vários níveis. Destaca-se: é na aplicação desses textos que se pode constatar se houve ou não sucesso na obtenção de similaridade⁶¹⁰, razão pela qual a definição de uniformidade está muito ligada aos resultados da interpretação e

⁶⁰⁶ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.6-7.

⁶⁰⁷ *"Any promulgated text of law is just words until it is applied as law. And any drafted text purporting to be a uniform law is nothing until it is applied uniformly as law. It is in the application that uniformity is made, not in drafting."* (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.6).

⁶⁰⁸ "O momento de julgar envolve a renúncia do ato de apenas seguir a norma, implicando a suspensão de sua aplicação, ao mesmo tempo que a sua leitura implica a reescrita da norma, tornando o seu texto passado em texto para o presente, através a sua avaliação e reconstrução de sentido. A decisão deve seguir a norma e reinventá-la, ao mesmo tempo." (KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.85-86).

⁶⁰⁹ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.5-6.

⁶¹⁰ *"It is not in the creation of texts which call themselves 'uniform' that any actual uniformity in law is created, but in the successful application of such texts, where the success is determined by the degree of similarity attained."* (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.5-6).

da forma como os casos são resolvidos.⁶¹¹ Como afirma a autora, a uniformidade depende mais dos aplicadores⁶¹², assim, os verdadeiros responsáveis pela consecução da uniformidade são os juízes e os árbitros.

Diante de todos esses elementos, Andersen conceitua uniformidade como gradação variável de efeitos similares de um fenômeno que atravessa as fronteiras de diferentes jurisdições, resultando da aplicação de esforços deliberados para criar um conjunto de regras específicas.⁶¹³ Nesse sentido, Andersen oferece logo em seguida a definição do que considera um corpo de Direito Uniforme: um conjunto de normas projetado para ser voluntariamente compartilhado além das fronteiras de diferentes jurisdições que, quando aplicado, resulta em uma gradação variável de efeitos semelhantes de um fenômeno jurídico.⁶¹⁴ Destaca-se, ambos os conceitos são baseados na gradação variável de similitude entre as diversas aplicações do Direito.

Note-se, porém, que as definições de Andersen incorporam aspectos de aproximação das decisões entre diferentes jurisdições. Na verdade, esse complemento é desnecessário, pois ao removê-lo, os conceitos não se perdem. Veja-se que a uniformidade pode ser conceituada como a gradação variável de efeitos similares de um fenômeno jurídico, resultando da aplicação de esforços deliberados para criar um conjunto de regras específicas. O Direito uniformizado, da mesma forma, pode ser visto como um conjunto de normas projetado para ser compartilhado que, quando aplicado, resulta em uma gradação variável de efeitos semelhantes de um fenômeno jurídico.

⁶¹¹ *"If uniformity of interpretation can be understood as being something less complete, extraordinary strides have been made. The drafters of the CISG helped in including Art. 7(1) CISG in the text. When a State ratifies the Convention the political authorities have given an instruction to its courts as well as to practitioners and academics that in the interpretation of the Convention regard is to be had among other things to the need to promote uniformity in its application."* (BERGSTEN, Eric. *Methodological Problems in the Drafting of the CISG*. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p.30).

⁶¹² ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.6-8.

⁶¹³ *"We can define uniformity as the varying degree of similar effects on a phenomenon across boundaries of different jurisdictions resulting from the application of deliberate efforts to create specific shared rules in some form."* (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.6).

⁶¹⁴ *"We can define 'uniform laws' as specific legal rules or instruments of some form [not necessarily defined as law in all jurisdictions] deliberately designed to be voluntarily shared across boundaries of different jurisdictions which, when applied, result in varying degrees of similar effects on a legal phenomenon"*. (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.7).

Logo, a definição proposta pela autora é compatível à concepção do ideal normativo e do dever dos Tribunais de uniformização da jurisprudência, estabelecido pelo artigo 926, do Código de Processo Civil. No âmbito doméstico, a aplicação do direito será uniformizada se ela garantir a atribuição de efeitos semelhantes a casos similares, conforme o princípio sintetizado na expressão "treat like cases alike".

Este esforço para garantir e preservar a uniformidade, que não pode ser garantida pelos legisladores na redação dos enunciados normativos, deve ser empreendido pelos seus aplicadores.⁶¹⁵ No Brasil, conforme disciplina o artigo 926 do Código de Processo Civil, cabe aos Tribunais assegurar a uniformidade do Direito por meio do monitoramento e da reforma das decisões proferidas por juízes de primeira instância, vez que a jurisprudência funciona também como base às interpretações.⁶¹⁶ O modo como o direito brasileiro é aplicado, o que se evidencia pelo conjunto de decisões reiteradas dos Tribunais, necessariamente influencia a produção de interpretações autônomas e de aplicações uniformes.

Nesse sentido, a proposta legislativa de uniformização da jurisprudência reafirma, inclusive, ideais da própria Constituição brasileira, vez que promove a previsibilidade, o tratamento igualitário dos casos e preserva a isonomia no Direito.

Nesta linha, oferecendo sua interpretação para o artigo 926, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que a previsibilidade advém do valor segurança jurídica, que corresponde a uma das funções inerentes do Direito.⁶¹⁷ Em seguida, aduz a autora que mesmo que a complexidade social contemporânea tenha mitigado o sentido da

⁶¹⁵ ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.12-13

⁶¹⁶ "Atualmente, tão-só e exclusivamente a velocidade com que caminham os fatos sociais e o inevitável descompasso entre a lei escrita e a realidade já seriam razão suficiente para que em muitos casos não possa o intérprete contentar-se com a letra da lei, mas, ao contrário, seriam uma razão bastante para que a letra da lei já não traduzisse a vontade geral". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.17). Na CISG tal base é denominada jurisconsultorium. (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG.** Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.13-14).

⁶¹⁷ "Esta ideia de previsibilidade, que está por trás do valor segurança [...] será sempre 'cobrado' do direito e que, portanto, correlatamente, corresponde a uma de suas funções." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.26-28).

segurança como imutabilidade e tenha provocado a preferência por efetividade, a própria essência do Direito e a vigência do princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro⁶¹⁸ tornam absolutamente imprescindível que o Direito gere segurança no sentido de possibilitar aos jurisdicionados terem expectativas generalizáveis sobre as condutas, próprias e alheias.⁶¹⁹

Vale dizer, a segurança não mais requer que tudo fique como está, formando um sistema 'imobilizado'. Embora com um teor incomparavelmente mais intenso de discutibilidade, continua o Direito a garantir a segurança por meio da lei, dos princípios jurídicos e da jurisprudência quando aos jurisdicionados é dado ter certas expectativas a respeito de determinados resultados.⁶²⁰

Logo, a consonância das decisões jurisdicionais com a jurisprudência uniformizada pelos Tribunais estabelece certo grau de previsibilidade aos destinatários e constitui um parâmetro que possibilita um controle da adequabilidade de tais decisões, conforme propõe Teresa Wambier. Vale dizer, garante-se uma expectativa de que o entendimento do juiz corresponda àquele já exarado no julgamento de um caso semelhante.

O conhecimento do modo como os magistrados têm aplicado o direito permite a cada indivíduo escolher e pautar suas condutas de forma mais segura porquanto reduz as incertezas quanto à interpretação dos enunciados normativos e contribui à previsibilidade necessária à orientação da convivência em sociedade.⁶²¹ Por meio do conjunto de decisões reiteradas, a população passa a conhecer o entendimento dos tribunais em determinados assuntos e o toma como base de orientação das condutas sociais porquanto intui-se, de forma lógica e numa expectativa legítima, que este entendimento será reiterado no tratamento de casos similares ou idênticos futuros, o que gera segurança no sentido de previsibilidade.⁶²² Conforme afirma Teresa Wambier, independentemente daquilo que se indique como provável de

⁶¹⁸ Conforme a autora, referido princípio encontra-se previsto nos artigos 93, incs. IX e X, e no artigo 5.º, inc. II da Constituição.

⁶¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.36-37.

⁶²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.26-27.

⁶²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.104.

⁶²² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003. p.29-30.

ocorrer, a possibilidade de prever as hipóteses produz confiança e tranquilidade no espírito das pessoas.⁶²³

Ademais, a previbilidade garantida por uma jurisprudência uniformizada também permite a predição com alto grau de certeza, pelos advogados, dos riscos a que se sujeitam as suas demandas e/ou defesas e, inclusive, um prognóstico do resultado do um processo judicial a partir do exame da matéria fática e probatória. Com isso, as decisões reiteradas das Cortes também servem como critério de análise e revisão para contratos ou qualquer outro instrumento particular por advogados e juristas.

Tem-se, assim, que a uniformidade é uma via que contribui para garantir uma tutela jurisdicional comprometida com os valores constitucionais da segurança jurídica e da previsibilidade, ao mesmo tempo em que afasta desigualdades e divergências não fundamentadas.⁶²⁴

Neste sentido, cumpre destacar que a uniformidade também contribui para o tratamento igualitário da prestação jurisdicional aos cidadãos, o que é fundamental vez que a igualdade é valor basilar do Estado Democrático de Direito. A uniformização da jurisprudência impede que o Direito previsto pela lei, cujos enunciados normativos caracterizam-se pela generalidade, seja aplicado de modo díspar em casos similares, prejudicando ou beneficiando certos jurisdicionados em detrimento de outros. Vale ressaltar, "quando há unidade do direito, um só direito regula a vida social e aplica-se a todos, indistintamente".⁶²⁵

Ademais, um direito uniforme seguramente contribui para o aumento da legitimidade do Direito e para o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, o

⁶²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.37.

⁶²⁴ "Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos conflitantes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais. Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados inferiores e a sociedade em geral." (DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.65, abr./jun. 2011).

⁶²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.105.

que é especialmente importante ao ordenamento brasileiro, abalado em razão da disseminação de divergências jurisprudenciais e da descrença dos jurisdicionados.

Apesar da valorização do papel dos tribunais no sistema brasileiro⁶²⁶, as cortes vêm adotando uma postura pouco séria e irresponsável ao ratificar e proferir decisões que determinam mudanças repentinas de entendimento sem apresentar fundamentação que reveja posicionamentos anteriores e explique as causas da mudança.⁶²⁷ Há excessivos julgados que apresentam soluções desiguais a questões reiteradas, de modo que não há segurança ou igualdade, mas sim uma cultura que Dinamarco chama de "jurisprudência lotérica".⁶²⁸

Este fenômeno chancela a existência simultânea de decisões contraditórias, proferidas, inclusive, por Câmaras de um mesmo tribunal, o que forma uma base mais ampla e menos harmônica de entendimentos, os quais, em certa medida, passam a orientar a aplicação do Direito no Brasil.⁶²⁹ Dessa forma, existem inúmeras decisões, frequentemente paradoxais, que servirão de suporte sejam quais forem as condutas dos jurisdicionados, os pleitos levados ao Judiciário, os argumentos dos advogados e as decisões dos magistrados.⁶³⁰ Vale dizer, o tratamento variável de

⁶²⁶ DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.62, abr./jun. 2011.

⁶²⁷ *"Há, entre nós, efetivamente, teses jurídicas absolutamente repetidas, discutidas diariamente, v.g., por várias câmaras de um mesmo tribunal. Há, pelas partes e, [...] principalmente pelo Estado em juízo, o enfrentamento diário de teses absolutamente idênticas, que apenas contribuem para a generalização da sensação de insegurança acerca do quanto se decidirá e, ainda como consequências, de uma tardia prestação da tutela jurisdicional"*. (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p.43).

⁶²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.1123-1125.

⁶²⁹ *"Efetivamente, gozam de muito mais prestígio e destaque a atividade legislativa e o seu produto (a lei) que a atividade dos tribunais e um de seus produtos (a jurisprudência). [...] Paradoxalmente, nenhum dos operadores do direito, mormente os que atuam diretamente no contencioso, junto à atividade jurisdicional do Estado, deixa de considerar as decisões dos tribunais, mormente quando pretendem alcançar graus de jurisdição superiores, a fim de discutir justamente, o alcance de determinada legislação aplicável ao conflito em que atuam."* (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p.21).

⁶³⁰ *"Imagine if there were more cases to choose from, more possibilities and variation to find support for a given position, more subtle detail available. All commercial lawyers, judges, and arbitrators [...] are bound to benefit from a wider base of judgements to guide their application of the law. The lawyer will find more variety which will increase their ability to support a client's position. The judges and arbitrators will find more guidance in previous cases and scholarship to enable them to make and support difficult decisions which comply with their feelings of true possibilities of a global outlook?"* (ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007. p.1).

casos semelhantes, de maneira desmotivada e rotineira, origina uma jurisprudência instável e provoca divergências jurisprudenciais nocivas para o jurisdicionado e para o próprio sistema jurídico.⁶³¹

A coexistência de teses jurídicas divergentes ou conflitantes proferidas por uma mesma corte ou por turmas de um mesmo tribunal, em um mesmo contexto histórico, sobre tema semelhante ou idêntico, leva à conclusão de que o Direito brasileiro permite o tratamento de forma diversa de casos similares. Esta incerteza contribui para o aumento do ajuizamento de feitos nos tribunais e macula a credibilidade da prestação da atividade jurisdicional.⁶³²

A divergência jurisprudencial estimula a litigiosidade vez que a incerteza torna recomendável recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos e, mais, a não uniformização da jurisprudência estimula a discussão reiterada por aquele cuja tese foi julgada improcedente, na esperança de "encontrar" um juiz simpático a sua causa – postura que é, inclusive, adotada pelo Estado quando figura como parte. Tal situação aumenta incontrolavelmente o ajuizamento de ações judiciais.⁶³³

Diante da chancela de teses divergentes de juízes de primeiro grau e da produção de acórdãos conflitantes entre colegiados ou por um mesmo colegiado de um tribunal⁶³⁴, agrava-se a frustração dos jurisdicionados e não há como confiar na prestação da tutela jurisdicional de um tribunal que não desempenha adequadamente a sua função paradigmática de uniformização e estabilidade das suas decisões.

A legitimidade do Poder Judiciário será preservada se cumprido o dever legal instituído pelo artigo 926, do Código de Processo Civil, de uniformização das decisões reiteradas proferidas nos tribunais estaduais e tribunais superiores. A preservação das aplicações já estabelecidas⁶³⁵ evita surpresas, diminui os pleitos levados ao Judiciário e retoma a confiança concedida ao Direito.

⁶³¹ DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.63, abr./jun. 2011.

⁶³² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p.25-26 e 32-33.

⁶³³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p.44; DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.65, abr./jun. 2011.

⁶³⁴ DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.65-70, abr./jun. 2011.

⁶³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.107.

Ao lado de toda a defesa erguida a favor da uniformidade, é necessário, ainda, destacar que a uniformização não pode se confundir com imobilidade⁶³⁶ ou com a impossibilidade de se contestar uma decisão. Vale dizer, os princípios constitucionais não devem ser invocados para evitar a ocorrência de alterações das decisões proferidas pelos tribunais.⁶³⁷ A jurisprudência inevitavelmente mudará. Contudo, esta alteração deve ser motivada por uma fundamentação que a justifique, capaz de demonstrar de forma racional o cabimento do novo entendimento de forma universal e, repita-se, uniforme. Assim, mesmo nas hipóteses de mudanças, que devem ocorrer quando se observar a necessidade para tanto, atende-se aos princípios da segurança jurídica e igualdade, preservando a harmonia entre o passado e o futuro.

A jurisprudência será considerada uniformizada, e cumprido o dever dos tribunais brasileiros instituído pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, uma vez que represente um conjunto de enunciados cujos efeitos são semelhantes, de modo a evitar divergências jurisprudenciais desmotivadas, a fragmentação de entendimentos e a instabilidade da jurisprudência.

Cabe, enfim uma última consideração sobre a uniformidade que não pode ser deixada apenas nas entrelinhas. De um lado, como afirmado acima, a uniformidade pode ser vista como uma virtude particular, ou como um ideal normativo específico, no sentido de revelar uma preocupação em preservar um grau de efeitos similares produzidos na aplicação de normas jurídicas. Por outro lado, à luz do novo Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico brasileiro atribui aos tribunais o dever de obtenção da uniformidade. Assim, não se trata de mera faculdade das cortes, nem de um elemento da decisão sugerido pela doutrina, mas sim a reafirmação de uma função constitucional conferida ao Poder Judiciário.

Nesta linha, Daniel Mitidiero, em seu recente "Precedentes"⁶³⁸, resgata a afirmação que já havia sustentado⁶³⁹ de que é preciso distinguir as Cortes de Justiça das Cortes de Precedentes. Em síntese, as Cortes de Justiça são os Tribunais de

⁶³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.22.

⁶³⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003. p.44.

⁶³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Justiça e os Regionais Federais, responsáveis pela análise de casos individuais e, nos termos do próprio nome dado à figura, pela administração da justiça aos indivíduos. As Cortes de Precedentes, representadas no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecem a interpretação dos dispositivos legais e buscam a unidade do Direito. Nas palavras do autor, esta distinção impõe uma reorganização da administração judiciária. Enquanto as Cortes de Justiça devem "exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência", às Cortes de Precedentes compete "outorgar uma interpretação retrospectiva e dar unidade ao direito".⁶⁴⁰

Note-se que o autor propõe uma divisão do que se compreende por uniformidade e, na estrutura de seu pensamento, tem total razão. Para Mitidiero, existe uma diferença entre uniformizar e conferir unidade. As Cortes de Precedentes, ou seja, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, exercem o papel de conferir unidade ao ordenamento, estabelecendo "precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico".⁶⁴¹ A uniformização, na ótica de Mitidiero, cabe às Cortes de Justiça, a quem compete aplicar o Direito e os precedentes previamente estabelecidos a todos os casos, de modo a "controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos".⁶⁴²

Fato é que Daniel Mitidiero compreende o dever de uniformização, do artigo 926, do Código de Processo Civil, como uma função a ser exercida pelos tribunais. Trata-se, portanto, de um objetivo, e não de um mero ideal ou uma virtude. Assim, pode-se sustentar que a uniformidade possui uma dupla função: ela é, ao mesmo tempo, um ideal normativo que orienta a jurisprudência, mas também é o comando do dispositivo legal, de modo que viola a lei o magistrado ou o tribunal que não respeitar este preceito. Cada Corte, certamente, assumirá um papel na aplicação deste dispositivo, mas o que deve ficar claro neste item é a duplicidade de efeitos produzidos pela uniformidade.

⁶⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.87.

⁶⁴¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.93.

⁶⁴² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.93.

Evidentemente, este dever de uniformização dos tribunais deve ser exercido com atenção aos quatro elementos normativos expostos neste capítulo: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência. O próximo item procura retomar os quatro e apresentar o modo como o dever previsto pelo artigo 926 pode ser atingido.

2.15 CONCLUSÃO PARCIAL

A uniformização da jurisprudência em um sistema jurídico não depende apenas da introdução no ordenamento pela via legislativa de dispositivos normativos neste sentido, como ocorre na Lei n.º 13.105/2015, cujo *caput* do artigo 926 impõe um dever aos tribunais de uniformizar a jurisprudência e estabelece parâmetros para o seu desenvolvimento: estabilidade, integridade e coerência.

Apesar da positivação deste esforço ser o primeiro passo para sanar as deficiências da jurisprudência brasileira, é preciso que a legislação seja bem interpretada, com esteio numa teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir, o que não existe no Brasil. Logo, a presente tese busca suprir esta ausência, apresentando uma base teórica sólida para a utilização dos institutos previstos pela legislação.

O porvir desta teoria depende do direcionamento dos dispositivos recentes que tratam da vinculação dos efeitos das decisões dos tribunais, o que se dá pela compreensão teórica e empírica da argumentação jurídica voltada ao sistema brasileiro. Nesse sentido, o presente capítulo indicou uma possível interpretação a cada um dos elementos normativos apontados pelo artigo 926, do Código de Processo Civil, para demonstrar de que maneira tais elementos funcionam como critérios para a atividade de uniformização da jurisprudência.

Contudo, a simples afirmação da tarefa de uniformização do conjunto de decisões reiteradas dos Tribunais, que pressupõe a atribuição de uma relevância maior à jurisprudência no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, exigiu que se realizasse, no início, uma breve exposição sobre a compreensão do *stare decisis* na tradição da *Common Law* para compreender que, apesar de as decisões dos tribunais, produzidas de acordo com o Direito e respeitadas as necessidades mínimas de fundamentação, orientarem a organização social e guiarem as decisões futuras, porém, o que vale, ou vincula, nessas decisões, não é simplesmente o resultado da

decisão, mas sim a argumentação que desvela, declara ou diz o Direito. Ao prezar pela argumentação jurídica, a decisão não apenas inova, mas demonstra como ela é compatível com o Direito já existente. Sendo assim, propõe-se que os elementos destacados como necessários para a uniformização da jurisprudência pelo artigo 926 sejam desenvolvidos ao longo da decisão, o que é imprescindível para a fundamentação ser considerada adequada.

Nesta linha, foram apresentadas os quatro elementos normativos da decisão judicial com a profundidade que o tema exige. Optou-se, para tanto, por uma ordem de explicação que favorecesse a compreensão do leitor e o desenvolvimento da proposta aqui defendida.

Dos quatro elementos adotados pela legislação, a expressão que possui o significado mais amplo e que, por conta disso, permitiu a delimitação de uma Teoria do Direito compatível com os preceitos ora defendidos foi a coerência. Para a grande maioria da doutrina, a coerência é o elemento basilar para o desenvolvimento do Direito no espaço das decisões judiciais. Elegeu-se como principal interlocutor para se explicar a coerência o professor escocês Neil MacCormick, para quem este instituto se divide em duas espécies: há, por um lado, a coerência narrativa, voltada aos fatos de um caso, e do outro lado a coerência normativa, relacionada à estruturação dos argumentos jurídicos da decisão. Seja em relação aos fatos ou ao direito, o que a coerência exige é que a decisão faça sentido. Em outras palavras, a fundamentação deve se mostrar autorizada pelo Direito como ele é, seja pelo recurso a regras, seja com remissão a princípios. A coerência, para MacCormick, impede um consequencialismo absoluto, evita a discricionariedade ampla e exige que o intérprete demonstre que seus argumentos têm vínculos com o ordenamento jurídico em vigor. Para além da coerência como um valor, foram trabalhadas as noções de otimização da coerência, voltadas para o aprimoramento da fundamentação nas decisões.

Em seguida, procurou-se demonstrar que a integridade é uma virtude independente e que deve ser lida em conjunto com a coerência, à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Mais do que fazer sentido, a integridade demanda que a jurisprudência evite entendimentos "salomônicos" dos tribunais. Assim, ainda que a coerência permita dois ou mais entendimentos distintos, compatíveis com o Direito, a integridade exige que uma opção seja feita dentre todas as possíveis a fim de evitar um Estado cujas opções se assemelham a um tabuleiro de xadrez. Trata-se, portanto,

de fazer uma escolha e mantê-la, como se espera de uma pessoa que possa ser qualificada como íntegra.

Para explicar a estabilidade, recorreu-se de forma mais aprofundada à teoria dos precedentes, especialmente às funções que este instituto assume nas tradições da *Common Law*. Fato é que os precedentes, além de colaborar para o sentido e a integridade do Direito, também gera igualdade, previsibilidade, certeza e segurança jurídica, o que se revela no novo Código de Processo Civil pela expressão estabilidade.

Observe-se que esses elementos não estão limitados ao dispositivo de uma decisão. Ao contrário, a coerência, a integridade e a estabilidade são verificáveis em todos os elementos do ato judicial, seja ele o relatório, a fundamentação e também o dispositivo. Isto é prova de que o artigo 926 possui caráter normativo para o conteúdo das decisões, ou seja, orienta o que os tribunais devem tratar e como devem argumentar ao decidir um caso.

Ao lado dessas três características expressamente previstas pelo legislador, identificou-se uma quarta, também presente no referido artigo 926, do Código de Processo Civil. Trata-se da uniformidade, cujo significado foi buscado no direito internacional, em que se lida com o problema da fragmentação das decisões que aplicam um mesmo tratado ou convenção em diferentes jurisdições. Em síntese, vista no Brasil, esta virtude prevê que os tribunais busquem aplicar a lei e as decisões de modo uniforme ao longo do território, sem diferenças infundadas ou desarrazoadas. A uniformidade como valor reafirma a importância dos outros elementos e congrega a importância da fundamentação nas decisões judiciais. Além disso, o ideal de uniformidade procura afastar a imagem de que a jurisprudência brasileira é inconsistente, estabelecendo um parâmetro normativo de conformação dos entendimentos dos tribunais.

Apesar do caráter independente dos elementos examinados neste capítulo, eles se complementam na concretização da uniformidade do direito brasileiro. Vale dizer, as decisões devem ser coerentes: justificadas pelos princípios que fundamentam as normas e integram a base do ordenamento jurídico, contudo, com base na integridade, é necessário eleger um único regime de princípios para afastar possíveis inconsistências principiológicas. A coerência do ordenamento e a consistência das regras jurídicas levam à estabilidade na argumentação jurídica desenvolvida pelos tribunais, pois reforçam os preceitos ligados ao *stare decisis*. Deste modo, atendendo aos referidos

elementos normativos, torna-se praticamente forçoso conferir tratamento semelhante a situações similares.

Logo, os parâmetros estabelecidos pelo artigo 926, do Código de Processo Civil, não são meros requisitos legais, mas, sob uma perspectiva normativa, são um "dever ser" para que as decisões judiciais resultem em precedentes bem fundamentados e aplicáveis aos casos novos, de modo que a jurisprudência brasileira se torne mais do que um mero conjunto de decisões.

Ocorre, porém, que a legislação não impõe que a uniformidade seja apenas um elemento normativo da jurisprudência. Há, no Código, um comando às Cortes para que uniformizem seus entendimentos, fazendo uso dos elementos já expostos. Assim, mais do que um ideal, a uniformidade pode ser vista como um resultado esperado pelo Poder Legislativo para a preservação e aprimoramento do sistema jurídico e deve se desvelar em instrumentos de técnica processual que permitam a realização dessa uniformização. Pela combinação da argumentação jurídica e das vias processuais adequadas, aquilo que deve ser pode se tornar uma realidade na jurisprudência brasileira.

O capítulo seguinte está voltado para a análise dos mecanismos e das técnicas que permitem alcançar esse objetivo.

CAPÍTULO 3

EFEITOS VINCULANTES, PERSUASIVOS E TÉCNICAS PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O Capítulo anterior buscou aprofundar os elementos que orientam normativamente a jurisprudência, previstos no artigo 926, do Código de Processo Civil. Neste sentido, tem-se a coerência como um requisito de sentido da decisão, tanto no que toca ao relato fático, quanto na interpretação do direito. À luz do pensamento de MacCormick, a coerência também exige que os argumentos utilizados sejam universalizáveis e que o sentido dado às normas jurídicas sejam passíveis de remissão aos princípios que informam o ordenamento. Examinou-se, também, como a coerência pode ser otimizada a partir do pensamento de Amalia Amaya, no intuito de apontar questões que devem ser consideradas na fundamentação das decisões judiciais. Ao lado da coerência, sustentou-se a partir de Ronald Dworkin que a integridade é uma virtude que produz um efeito distinto, na medida em que exige um diálogo entre as decisões de modo a evitar a criação de uma jurisprudência com estilo de "tabuleiro de xadrez". Assim, a jurisprudência íntegra pressupõe um conjunto de decisões que não gere distinções injustificadas no direito aplicado aos casos e que trate o ordenamento jurídico como um sistema. A estabilidade, por sua vez, decorre da doutrina dos precedentes, fundada nos ideais de previsibilidade e de segurança do jurisdicionado. Por conta disso, a jurisprudência não pode ser objeto de alterações por simples motivos como a composição de um tribunal. Ao contrário, a exigência de estabilidade não impede as mudanças, mas exige prudência e a demonstração, por argumentos jurídicos, de que há uma decisão mais adequada para determinados casos. Por fim, apresentou-se a uniformidade em dois aspectos: como o último elemento que, normativamente, guia a jurisprudência e como um dever dos tribunais, ou seja, como função e atividade das cortes. A uniformidade como ideal decorre, em grande parte, da doutrina do direito internacional e está voltada, também, às garantias de previsibilidade, segurança e isonomia.

O presente capítulo, por sua vez, está voltado ao dever dos tribunais de uniformizar a jurisprudência. Serão considerados, aqui, aspectos de cunho mais prático, mas igualmente importantes, como o tema dos efeitos vinculantes e persuasivos

das decisões, a questão das súmulas e as técnicas de uniformização de jurisprudência previstas na legislação brasileira. Trata-se, portanto, do prosseguimento da análise proposta, mas com uma mudança de foco: com os elementos obtidos na teoria, voltam-se às técnicas de uniformização e aos efeitos da jurisprudência e dos precedentes.

Este capítulo também oferecerá propostas para a solução de duas espécies de problemas a serem enfrentados pelos tribunais. O primeiro diz respeito às decisões conflitantes em um mesmo momento, situação em que uma das soluções deverá ser estabelecida e a outra afastada. Evidentemente, deve haver algum critério para tanto. O segundo problema está voltado às decisões e a passagem do tempo. Sem dúvida, entendimentos da jurisprudência podem ser aprimorados, pois a jurisprudência não pode ser eternizada. No entanto, há cuidados para a alteração das posições dos tribunais, especialmente diante da previsão legal de que podem as cortes modular os efeitos de suas decisões.

Para dar início a este capítulo, o item a seguir parte da crítica de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery sobre a inconstitucionalidade do Código de Processo Civil no que toca à possibilidade do Poder Judiciário estabelecer regras jurídicas. Se for este o caso, não haveria razão para se defender a uniformização da jurisprudência. Desta discussão, ingressar-se-á no tópico dos efeitos vinculantes e persuasivos da jurisprudência.

3.1 SUPERAÇÃO DA CRÍTICA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apesar de diversos autores terem se posicionado contra a concessão de efeitos vinculantes ou persuasivos à jurisprudência e aos precedentes, mesmo antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil,⁶⁴³ as críticas de maior peso contra o instituto têm sido tecidas por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que atacam a própria constitucionalidade do Código.⁶⁴⁴

⁶⁴³ Destaca-se o pioneirismo de Gustavo de Castro Faria que, em 2012, mostrou-se contrário à "jurisprudencialização do direito". (FARIA, Gustavo Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012).

⁶⁴⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A tese da inconstitucionalidade é construída quando os autores comentam o artigo 927, que determina que "os juízes e tribunais observarão" o seguinte: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Na ótica de Nery Jr. e Nery, o referido dispositivo impõe, imperativamente, que juízes e tribunais cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados.⁶⁴⁵ Esclarecido o que os autores depreendem da regra, inicia-se a crítica: "[t]rata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei".⁶⁴⁶ Se o Poder Judiciário deve observar súmulas e outras decisões como referidas pelo artigo 927 (ou seja, se o artigo 927 impõe deveres), quer ele dizer que os juízes também produzem o direito (o artigo 927, assim, confere poderes). O problema desta conclusão, para os comentadores do Código é saber "se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A".⁶⁴⁷

Haveria, assim, flagrante inconstitucionalidade do dispositivo, pois somente por emenda constitucional seria possível atribuir competência ao Supremo Tribunal Federal, ou a qualquer outro tribunal, para estabelecer preceitos de caráter geral. A crítica é bastante contundente: "saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional".⁶⁴⁸ Nessa linha, apenas as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade seriam

⁶⁴⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

⁶⁴⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

⁶⁴⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

⁶⁴⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

vinculantes, pois assim preceitua a Constituição, nos artigos 103-A e 102, § 2.º, respectivamente. Por outro lado, seriam inconstitucionais os incisos III, IV e V do artigo 927 do Código de Processo Civil. Portanto, não teriam valor e seriam simples decisões judiciais os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Apesar de a crítica ter sido construída contra o artigo 927, observa-se que a opinião de Nery Jr. e Nery se estende para todos os aspectos em que a jurisprudência, ou os precedentes, ganha alguma espécie de obrigatoriedade. Se for esta a conclusão, nem o artigo 926, nem os efeitos por ele pretendidos, têm qualquer razão de ser, devendo o Judiciário brasileiro limitar-se à declaração do que está previsto na lei. Por assim dizer, se a crítica de Nery Jr. e Nery for inteiramente pertinente, não há razão de ser para a defesa de uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. A jurisprudência seria mero conjunto de decisões, sem qualquer valor normativo ou função no ordenamento jurídico.

Em que pese a relevância dos autores no cenário nacional e os inegáveis desenvolvimentos científicos observados em suas obras, não se pode concordar com a tese da incompatibilidade do dispositivo com a Constituição da República Federativa do Brasil. São duas as ordens de argumentos que afastam as críticas de Nery Jr. e Nery. A primeira decorre de uma compreensão aparentemente indevida dos autores sobre o significado da generalidade e da abstração, que os leva a afirmar que medidas com estas características são exclusivas do Poder Legislativo. A segunda é a de que, sob uma ótica de constitucionalidade formal, o Poder Judiciário não teria competência para editar normas com "força de lei", no sentido de que somente os enunciados aprovados pelo Poder Legislativo possuem caráter obrigatório para o Estado e seus cidadãos.

Passa-se a enfrentar o primeiro aspecto acima indicado, de que nem todas as hipóteses previstas pelo artigo 927 são de decisões gerais e abstratas. O primeiro passo para ingressar nesta discussão é a compreensão do que significa a afirmação de que a lei, ou um precedente, possui caráter geral e abstrato. Não se trata de uma discussão simples, muito menos pacífica, no âmbito da Teoria do Direito, nem

mesmo na Teoria do Estado. Como ponto de partida, cabe a remissão a Norberto Bobbio e sua "Teoria della Norma Giuridica", publicado originalmente em 1958 e com traduções para o português.⁶⁴⁹ Nesta obra, Bobbio examina o critério formal de classificação das normas jurídicas, sendo que a concepção de "formal" adotada pelo autor diz respeito, exclusivamente, à "estrutura lógica da proposição normativa".⁶⁵⁰ Trata-se de relevante estudo que explica a abstração e a generalidade das normas e por esta razão é aqui exposto, o que não significa que a tese subscreve o pensamento de Bobbio e sua proposta de positivismo jurídico.

Para tratar deste tema, Bobbio estabelece distinções que considera fundamentais e tradicionais para as proposições descritivas e as estende às proposições normativas. A primeira delas é a distinção entre proposições universais e proposições singulares. As proposições universais são aquelas em que o sujeito representa uma classe composta de vários membros; por exemplo, "Os homens são mortais".⁶⁵¹ Já as proposições singulares são, naturalmente, aquelas em que o sujeito representa um único indivíduo, como "Sócrates é mortal".⁶⁵² Esta distinção tem importante aplicação para o Direito, pois toda norma jurídica é formada por dois elementos constitutivos: o sujeito, a quem a norma se destina, e o objeto da prescrição, que retrata a ação prescrita. Assim, mesmo prescrições simples, como "levante-se", têm um destinatário (sujeito) e uma ação prescrita (objeto). Nos sistemas jurídicos, as normas podem se apresentar de forma universal ou singular, seja no sujeito, seja no objeto.⁶⁵³ Isto permite a obtenção de quatro tipos de proposições jurídicas: "prescrições com destinatário universal, prescrições com destinatário singular, prescrições com ação universal, prescrições com ação singular".⁶⁵⁴

Bobbio oferece exemplos de cada uma dessas espécies.⁶⁵⁵ A prescrição com destinatário universal tem como exemplo a seguinte regra do Código Civil

⁶⁴⁹ A tradução utilizada é BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.160.

⁶⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.160.

⁶⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.160.

⁶⁵³ "Em outras palavras, tanto o destinatário quanto o objeto podem figurar em uma proposição com sujeito universal e com sujeito singular." (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.160-161).

⁶⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.161.

⁶⁵⁵ Os exemplos são todos de BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.161.

italiano: "O mandatário é obrigado a cumprir o mandato com a diligência do bom pai de família". A prescrição com destinatário singular pode ser exemplificada com uma sentença que, ao aplicar um dispositivo legal, ordena a um cônjuge que mantenha e cuide dos filhos do casal que se divorciou. Como prescrição com ação universal o autor cita o artigo 145, do Código Civil italiano, pelo qual o "marido tem o dever de proteger a esposa, de tê-la junto a si e de administrar-lhe tudo o que for essencial às necessidades da vida em proporção às suas posses".⁶⁵⁶ Por fim, as prescrições com ação singular têm como exemplo a determinação de um juiz a uma parte processual para que exhiba documentos cuja juntada considere necessária. Note-se, inicialmente como uma curiosidade, que as prescrições com destinatários ou ações particulares são exemplificadas com atos de juízes, enquanto as prescrições universais foram extraídas de dispositivos de lei.

A curiosidade acima apontada é, na verdade, elemento central para o prosseguimento da lição de Bobbio. Para ele, a distinção entre normas universais e singulares, "que se encontra em todos os manuais", introduz a doutrina da generalidade e abstração das normas jurídicas.⁶⁵⁷ Para prosseguir, o autor explica o que entende por geral e abstrato, não sem antes criticar parte da doutrina por não esclarecer se os termos são usados, ou não, como sinônimos. Trata-se de um esclarecimento importante: para Bobbio, "gerais" são as normas universais em relação ao destinatário, enquanto "abstratas" são as normas universais em relação à ação. Em síntese, "aconselhamos falar de normas gerais quando estivermos diante de normas que se destinam a uma classe de pessoas; e de normas abstratas quando estivermos diante de normas que regulam uma ação-tipo".⁶⁵⁸ As normas gerais são o oposto das normas individuais⁶⁵⁹,

⁶⁵⁶ Este artigo foi declarado inconstitucional em 1970. A informação pode ser obtida em versões atualizadas do Codice Civile, com o seguinte esclarecimento: "AGGIORNAMENTO (19) La Corte Costituzionale, con sentenza 24 giugno-13 luglio 1970, n.º 133 (in G.U. 1a s.s. 15/07/1970, n.º 177), ha dichiarato 'la illegittimità costituzionale dell'art. 145, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita.'" (ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/codicecivile/codice-civile.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁶⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.162.

⁶⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.162.

⁶⁵⁹ Bobbio sugere que as normas individuais podem ser compreendidas como "comandos". Ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.162-163.

enquanto as normas abstratas são o contrário das normas concretas ou, na melhor expressão de Bobbio, "ordens".⁶⁶⁰

A crítica de Nery e Nery Jr. feita ao Código de Processo Civil de 2015 toma como premissa que a lei é abstrata e geral. Ocorre que, já em 1958, o próprio Bobbio já observava que "essa quadripartição ajuda-nos a escapar da doutrina tradicional, segundo a qual as características das normas jurídicas seriam a generalidade e a abstração".⁶⁶¹ Ao observar, de forma realista, um ordenamento jurídico, existem normas gerais e abstratas, mas também existem ordens e comandos. Esta constatação leva Bobbio a uma primeira conclusão: "não se pode elevar os requisitos da generalidade e da abstração, ou ambos juntos, a requisitos essenciais da norma jurídica".⁶⁶²

Para o autor, a afirmação que exigia de todas as normas generalidade e abstração tinha origem ideológica, e não lógica. Mas quais seriam os valores que inspiram essa ideologia? O que justifica uma prescrição geral é a busca pela igualdade, enquanto a abstração se justifica pela certeza.⁶⁶³ Assim, em um plano completamente ideal, seria possível cogitar um ordenamento jurídico eficaz concebido apenas com leis gerais e abstratas.⁶⁶⁴ Apesar disso, o próprio Bobbio admite que é necessário prever a violação do ordenamento e, por essa razão, é preciso admitir a existência de normas individuais e concretas, ainda que sirvam apenas para tornar possível a validade das normas gerais e abstratas.⁶⁶⁵ Um exemplo do autor é bastante pertinente: ao sugerir uma norma individual e abstrata (um comando) válida, Bobbio cogita "uma lei que atribui a uma determinada pessoa uma função, por exemplo, a de juiz da

⁶⁶⁰ "A rigor, o termo 'norma concreta' não é muito apropriado, uma vez que a palavra 'norma' leva a pensar numa regulamentação continuada de uma ação e, portanto, é mais adequado para designar apenas as normas abstratas. As normas concretas poderiam ser chamadas mais apropriadamente de ordens." (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.162).

⁶⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.163.

⁶⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.163.

⁶⁶³ "Em relação a uma prescrição individual, considera-se que uma prescrição geral sirva para melhor realizar um dos fins fundamentais a que todo ordenamento jurídico deveria tender: o fim da igualdade. [...] Quanto à prescrição abstrata, ela é considerada a única capaz de realizar um outro fim a que tende todo ordenamento civil: a certeza. Por 'certeza' entende-se a determinação, em definitivo, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a dado comportamento, de modo que o cidadão seja capaz de saber antecipadamente as consequências das próprias ações." (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.163-164).

⁶⁶⁴ Ademais, já se demonstrou, com MacCormick, que apenas os casos que admitem solução por dedução se aproveitam desse modelo de normas gerais e abstratas – as normas gerais e abstratas geram problemas de outras espécies no Direito, pelo que se exige interpretação e argumentação.

⁶⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.165.

Corte constitucional, destina-se a um único indivíduo e prescreve-lhe não uma ação singular, mas todas aquelas ações que são inerentes ao exercício do cargo".⁶⁶⁶

Não é só Norberto Bobbio que observou a impossibilidade do Direito se sustentar em prescrições gerais e abstratas. Nesta linha, o constitucionalista português Jorge Miranda admite a edição de leis gerais e concretas, as quais o autor denomina de "leis-medidas", e de leis individuais.⁶⁶⁷ Para ele, essas espécies são razoáveis, mas "têm de obter uma legitimação constitucional específica ou, no mínimo, não colidir com o princípio da igualdade"⁶⁶⁸, dentre outras limitações sugeridas pelo autor.⁶⁶⁹

Portanto, não há uma relação direta e necessária entre os enunciados normativos e as características de generalidade e abstração. Desde que a lei não desvie dos elementos normativos que integram o Estado⁶⁷⁰, como a igualdade, pode-se cogitar em leis individuais ou concretas. O Poder Legislativo, portanto, não se predica apenas de atos gerais e abstratos.

Cabe, agora, alterar o objeto de análise. Há alguma restrição contra a tomada de atos gerais e abstratos pelo Poder Judiciário? A princípio, esta restrição não se impõe. Na verdade, é costumeiro ao Poder Judiciário tomar decisões individuais e concretas pela natureza de sua atividade mais comum: a solução de situações jurídicas que envolvem duas partes com a declaração do direito e a edição de uma "norma" específica para aquele caso. No vocabulário de Bobbio, portanto, o Judiciário costuma agir por meio de ordens e comandos destinados às partes de um processo judicial. No entanto, isso ocorre pela natureza da atividade, não por um impedimento

⁶⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.165.

⁶⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.430.

⁶⁶⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.430.

⁶⁶⁹ Na mesma linha de Bobbio, Jorge Miranda relaciona os limites das normas individuais ou concretas ao respeito da igualdade e da certeza: "não podem abrir diferenciações arbitrárias; não podem impor encargos a uns cidadãos e não a outros; não podem submeter os cidadãos ao capricho do poder administrativo à margem de uma ordem normativa; têm de possuir um conteúdo 'materialmente geral' – ou seja, têm de respeitar, atualizando-os, os princípios constitucionais relevantes no caso; e o legislador fica vinculado a atribuir o mesmo efeito a uma situação igual justificativa da disciplina anterior." (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.430-431).

⁶⁷⁰ Seria inconcebível, em tese, uma lei que conferisse um prêmio em dinheiro a uma pessoa ou um grupo, embora esse caso tenha se verificado no Brasil, no art. 37, da Lei n.º 12.663/2012 – Lei da Copa. Neste sentido, ver: TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. **Pensar** (UNIFOR), v.20, p.327-350, 2015.

legal ou constitucional específico. Recentes desenvolvimentos do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil podem contribuir para confirmar esta afirmação.

Pense-se, em primeiro lugar, na atribuição de competência ao Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Nas hipóteses em que o controle é exercido pela via especial, ou concentrada, em que uma Corte Constitucional tem a competência exclusiva para examinar a constitucionalidade das leis, as decisões costumam produzir efeitos gerais e abstratos – que podem, em casos excepcionais, admitir modulação para a proteção de situações e relações jurídicas constituídas sob a égide da lei ou ato normativo inconstitucional. Esse efeito está previsto no artigo 102, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pelo qual as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, "produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Este efeito vinculante, assim denominado pela Constituição, é a marca de que o Poder Judiciário pode, ao menos quando exerce o controle pela via especial, proferir decisões cujos efeitos são gerais e abstratos. É o que pretende o texto constitucional ao estender os efeitos das decisões a todos, inclusive órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Mas, não é apenas no controle concentrado que as decisões judiciais podem ter efeitos gerais ou abstratos.

Nas hipóteses em que o controle é exercido pela via incidental e difusa, ou seja, no curso de processos com outros objetos e realizado por qualquer juiz investido na magistratura, existe uma necessidade premente de uniformização e generalização das decisões. Do contrário, como já advertia Cappelletti, formam-se contrastes de tendências que prejudicam o ordenamento jurídico como um todo.⁶⁷¹

⁶⁷¹ "No método do controle 'difuso' de constitucionalidade – no denominado método 'americano', em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método 'difuso' de controle nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common Law*, do 'stare decisis'. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil Law*, do método 'americano' de controle, levaria à conseqüência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juizes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que

Com o objetivo de permitir, no controle incidental, a extensão dos efeitos das decisões em termos gerais e abstratos, o poder constituinte derivado brasileiro optou pela criação da figura das súmulas vinculantes, prevista no artigo 103-A, da Constituição. Trata-se de decisão peculiar, tendo em vista que as súmulas são um instituto particular da tradição jurídica lusitana, mas que já foram abandonadas em Portugal, sob o argumento da inconstitucionalidade. Esta questão será retomada em item específico sobre o tema (3.3). Fato é, porém, que o Brasil admite a produção de efeitos gerais e abstratos de decisões do Poder Judiciário, ainda que em controle incidental. Até aqui, porém, a reflexão de Nery Jr. e Nery está de acordo, pois foram expostas apenas as hipóteses constitucionais de efeitos vinculantes.

Ocorre que existem outras situações em que as decisões do Poder Judiciário podem ter efeitos gerais e abstratos. A primeira delas ainda se encontra sob o tema do controle de constitucionalidade. Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal julga recurso extraordinário com repercussão geral, mas sem a edição de súmula vinculante, há produção de efeitos para além das partes. Evidentemente, estes efeitos não possuem o referido "efeito vinculante" atribuído pela Constituição às decisões de controle concentrado ou súmulas vinculantes, mas não há como negar que a tomada de decisão pela corte brasileira passa a ser tomada, ao menos, como opinião majoritária pelos demais tribunais, pela doutrina e pelo jurisdicionado. Este efeito "não vinculante", mas relevante, das decisões do Supremo em sede de controle difuso é causa de incerteza, razão pela qual muitos recorreram à teoria dos precedentes para compreender os efeitos de uma decisão como tal. O recurso aos

o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua ilegitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros 'contrastos de tendências' entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa –, ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens, e portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo." (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p.76-78).

precedentes é útil pois, como exposto anteriormente, a vinculação das decisões dos tribunais é uma teoria que foi desenvolvida sem a incidência de dispositivos legais que concedessem às decisões efeitos vinculantes. É possível discutir a diferença de grau desses efeitos, o que será realizado no item 3.2; no entanto, parece difícil negar a tendência de que as decisões das Cortes Supremas sejam mais gerais e abstratas que uma decisão judicial comum. É justamente por isso que se defendeu, no Capítulo 2, que a argumentação das decisões seja pautada pelos elementos de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade, o que permite, em linhas gerais, a universalização dos fundamentos e a aplicação das decisões com generalidade e abstração.

De todo modo, não é apenas no controle de constitucionalidade que o Poder Judiciário pode agir de modo geral ou abstrato. A continuidade desse argumento pressupõe, como admitia Bobbio, a separação entre atos de caráter geral e de caráter abstrato. Em outras palavras, buscam-se decisões que atinjam todas as pessoas, ou uma classe delas (gerais), ou que regulem uma ação-tipo (abstratas).

No que toca ao primeiro aspecto, de decisões com caráter geral, vale destacar, em primeiro lugar, o reconhecimento da doutrina do Direito Processual Civil brasileiro de que é possível a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio dos processos coletivos.⁶⁷² A questão dos efeitos gerais das decisões nos processos coletivos é um dos tópicos mais discutidos neste tema, costumeiramente analisado sob o tópico da coisa julgada nas ações coletivas.⁶⁷³ O reconhecimento de que a proteção de direitos pode se dar de maneira coletiva é prova de que uma decisão do Poder Judiciário pode ser geral. Registre-se, ainda, a discussão doutrinária sobre a possibilidade de coletivização da tutela de interesses individuais, vedada no Código de Processo Civil, mas defendida com argumentos teóricos e práticos relevantes que demandam a atenção do legislador.⁶⁷⁴

⁶⁷² As referências sobre o tema são inúmeras. Ver, por exemplo, VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁷³ Ver: GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁶⁷⁴ Sobre o tema, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Outro desenvolvimento do direito processual civil que merece atenção é o desenvolvimento dos chamados processos estruturais. O assunto vem sendo desenvolvido com profundidade por Sérgio Cuz Arenhart, que parte da constatação de que existem casos levados ao Judiciário que não admitem soluções tradicionais.⁶⁷⁵ Sob sua ótica, esta realidade é ainda mais premente nos casos em que políticas públicas são judicializadas, a ponto de ser tratado com "pueril irresponsabilidade" pelo fato de que os instrumentos processuais aplicados são manifestamente inadequados.⁶⁷⁶ O autor toma o exemplo das ações de medicamentos para explicar seu pensamento: em demandas individuais, as pessoas recorrem ao Judiciário para obter certo fármaco, normalmente de custo elevado ou de comercialização ainda não aprovada. Assim, em casos individuais, "convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado?"⁶⁷⁷ Sob outra ótica, a individualização dos processos reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e o interesse patrimonial do Estado. Isto produz uma sombra sobre o verdadeiro tema em discussão, que é a política pública de saúde nacional. Ou melhor: "esse tipo de demanda obscurece o fato de que aquilo que está em jogo nessa causa é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país".⁶⁷⁸

Para Arenhart, a principal causa que leva à redução da complexidade dos casos é a origem individual do processo brasileiro. Para ele, mesmo os processos coletivos são fundados em uma lógica individualista, pois a principal medida de coletivização das demandas é a substituição dos interessados por um ente legitimado. Assim, preserva-se a estrutura singular dos processos, os quais se limitam a uma ótica bipolar.⁶⁷⁹ O contraponto sugerido pelo autor é um procedimento adequado ao

⁶⁷⁵ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.211-232, 2015.

⁶⁷⁶ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.212, 2015.

⁶⁷⁷ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.212, 2015.

⁶⁷⁸ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.212-213, 2015.

⁶⁷⁹ "Conclui-se, portanto, que o processo coletivo brasileiro, embora adaptado para atender a algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o

debate judicial de políticas públicas, com uma amplitude maior do que a do processo individual. Este procedimento exige uma possibilidade de participação da sociedade mais ampla, bem como a ampliação da "latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas".⁶⁸⁰ Essa alteração pressupõe a satisfação de dois requisitos.

O primeiro deles é uma redefinição da noção de contraditório. Se, nos processos em que se discutem políticas públicas, espera-se a participação da coletividade, a via de participação da sociedade deve ser aprimorada. Arenhart defende o emprego de técnicas de representação aperfeiçoadas, partindo dos institutos das audiências públicas e do *amicus curiae*. O aprimoramento do contraditório se demonstra necessário porque, nos processos estruturais, "objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial para o futuro de determinada prática ou instituição"⁶⁸¹ e também porque "a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial".⁶⁸² Chama-se atenção para este último ponto: Sérgio Arenhart constata que, nos casos judiciais que discutem políticas públicas, as decisões não são meramente individuais e podem produzir efeitos para terceiros, inclusive em caráter geral.

A produção de efeitos para além das partes é confirmada quando o autor apresenta o segundo requisito necessário para a conformação do processo estrutural: é necessário um procedimento diferenciado em relação aos parâmetros tradicionais do processo individual. Assim, temas há muito consolidados, como a adstrição ao pedido, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada devem ser reformulados. No artigo citado, Arenhart analisa o desenvolvimento da chamada ACP do Carvão, que busca a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região de Criciúma/SC, degradada pela mineração. Evidentemente, a causa é de

debate de políticas públicas. Por outras palavras, porque o processo coletivo brasileiro mantém-se arraigado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e a todas as consequências dessa lógica, os mesmos defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo." (ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.215-216, 2015).

⁶⁸⁰ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.216, 2015.

⁶⁸¹ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.217, 2015.

⁶⁸² ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.217, 2015.

interesse de toda a sociedade e os efeitos das decisões são gerais, ainda que as responsáveis pelo projeto de recuperação sejam as mineradoras e a União Federal.

Observa-se, assim, que é possível identificar, ao menos, hipóteses de decisões cujos efeitos são gerais. Há, também, casos em que o Poder Judiciário adota medidas de caráter abstrato. Recorde-se que a medida abstrata é o oposto de uma determinação concreta ou de uma ordem, ou melhor, é o ato que estabelece um dever amplo de agir. Nesta linha, na recente decisão que apreciou o pedido cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), para que fosse reconhecido o "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro⁶⁸³, houve julgamento que determinou a todos os magistrados que "realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão". Esta determinação pode ser vista como uma ordem mas, na verdade, estabelece um padrão de conduta a ser tomado por todo o Poder Judiciário, no sentido de que todo preso deve comparecer perante o magistrado em 24 horas. Trata-se de uma prescrição que não se exaure com a realização da audiência, pois demanda uma reforma na estrutura do sistema penal, exige maior agilidade no procedimento de prisão e de agendamento da custódia, entre outras medidas. Em síntese, é uma determinação semelhante a do Código Civil italiano que determinava que o marido administrasse os bens da esposa. O que o Judiciário determinou, porém, é que o Estado trate os presos com dignidade.

Tem-se, assim, que o Poder Judiciário também pode editar atos gerais e abstratos, ainda que em casos específicos ou em circunstâncias excepcionais. Não procede, portanto, a crítica de que apenas a lei é ato normativo geral e abstrato, razão pela qual o Código de Processo Civil seria inconstitucional ao atribuir efeitos vinculantes aos precedentes ou, em outra concepção, à jurisprudência.

De todo modo, seria possível recepcionar a crítica de Nery Jr. e Nery no seguinte sentido: ao equiparar a lei aos precedentes, por meio dos efeitos gerais e abstratos, o problema denunciado pelos autores pode ser a atribuição de efeitos vinculantes e gerais a algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O sentido da crítica, portanto, pode ser uma recusa em se admitir que o Poder Judiciário tenha

⁶⁸³ ADPF 347, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

competência para editar regras que devam ser obrigatoriamente seguidas, ou melhor, que tenham a chamada "força de lei". Não se pretende, aqui, ingressar na discussão conceitual sobre o tema, o que demandaria, muito provavelmente, uma tese própria.⁶⁸⁴ A origem da crítica parece estar na superfície da discussão: a força vinculante de um ato normativo é característica exclusiva da lei ou outros atos possuem essa mesma extensão? Afirmar que um precedente possui caráter vinculante viola a separação de poderes?

Uma breve intermissão se faz necessária. Para a doutrina processual, o efeito vinculante consiste na eficácia anexa que incide sobre determinadas decisões judiciais e enunciados de súmula.⁶⁸⁵ Esse efeito não esteve sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro. Foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 7 de 1977 e posteriormente adotado pelo artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988, originalmente, não apresentava previsão nesse sentido, mas a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, inseriu o efeito vinculante no texto constitucional. Com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, o efeito vinculante passou a constar nos artigos 102, § 2.º e 103-A, da Constituição Federal, com a redação atual.⁶⁸⁶

O Deputado Roberto Campos, responsável pela edição do Projeto da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993, baseou-se no *Bindungswirkung* – instituto desenvolvido no direito processual alemão – ao reinserir o efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁸⁷ Sérgio Massaru Takoi explica essa figura:

⁶⁸⁴ Ver, neste sentido: DERRIDA, Jacques. Force de loi: Le "fondement mystique de l'autorité". *Deconstruction and the possibility of justice*. **Cardozo Law Review**, v.11, n.5-6, p.919-1046, jul./ago. 2001. O texto foi publicado em português em DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. Em outro sentido, AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. Ver, ainda: KOZICKI, Katya. A justiça e a força da lei: interpretação e aplicação do direito nas democracias contemporâneas. In: SOUZA, Cristiane Aquino de (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade: perspectivas jurídicas e filosóficas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v.1. p.173-190; KOZICKI, Katya. Direito, justiça e desconstrução: Jacques Derrida e a força da lei. In: HADDOCK-LOBO, Rafael; RODRIGUES, Carla; SERRA, Alice; AMITRANO, Georgia; RODRIGUES, Fernando (Orgs.). **Heranças de Derrida: da filosofia ao direito**. Rio de Janeiro: Nau, 2014. v.1. p.117-139.

⁶⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira**. 2008. Tese de livre-docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. p.91.

⁶⁸⁶ TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.117-119.

⁶⁸⁷ TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.118.

O efeito vinculante (Bindungswirkung) das decisões de mérito do Tribunal Constitucional está expresso no art. 31, I, da Lei Orgânica do TCFA (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht), que assim dispõe: às decisões do Tribunal Constitucional Federal serão vinculantes para os órgãos constitucionais da Federação e dos Länder tanto quanto para todos os tribunais e autoridades' (tradução livre).⁶⁸⁸

Disto se extrai que o efeito vinculante foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes atuais, com o objetivo de conferir uma autoridade obrigatória para as decisões do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, pretende-se atribuir força de lei a algumas decisões. Cabe breve remissão, ainda, ao trabalho de Viviane Lemes da Rosa, que sustenta que o instituto foi introduzido na Constituição Federal de 1988 com algumas diferenças em relação ao original alemão, como, por exemplo, a ausência de incidência de efeito vinculante sobre os fundamentos determinantes e a desvinculação do Poder Legislativo.⁶⁸⁹

Retorna-se às questões estabelecidas por Nery Jr. e Nery. Ainda que a intenção dos autores seja alegar a impossibilidade de se atribuir efeitos de autoridade obrigatória às decisões, a crítica também não se sustenta. Para tanto, basta procurar uma interpretação mais comedida e razoável do artigo 927, do Código de Processo Civil, para se concluir que os efeitos vinculantes, no mesmo sentido de uma lei, não são uma constante nas hipóteses mencionadas pelo referido dispositivo. Para demonstrar esse tópico, é relevante transcrever o texto integral do artigo para não haver qualquer dúvida sobre os argumentos a seguir apresentados. Veja-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
 I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 II - os enunciados de súmula vinculante;
 III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
 § 1.º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1.º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁶⁸⁸ TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.119.

⁶⁸⁹ ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p.88.

§ 2.º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3.º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4.º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5.º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O artigo 927 utiliza um verbo de significado aberto, "observar", cujo sentido pode ser modulado para cada um dos incisos. Note-se, de partida, que as duas hipóteses reconhecidas por Nery Jr. e Nery como casos em que a própria Constituição admite a edição, pelo Poder Judiciário, de atos com efeitos vinculantes ("autorização para legislar"⁶⁹⁰), são as previstas pelos incisos I e II do dispositivo: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante. Estas duas são, de fato, situações em que a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza e prevê, expressamente, que as decisões do Supremo Tribunal Federal terão efeitos vinculantes.

As outras três hipóteses previstas não são albergadas pela Constituição e não podem ser consideradas como hipóteses de decisões que produzem efeitos vinculantes. Mas, isso não significa que são inconstitucionais. Ao contrário, os critérios de interpretação permitem atribuir a essas espécies de decisões, previstas nos incisos III, IV e V, graus inferiores de eficácia, mas ainda ligados ao estatuto normativo previsto pelo artigo 926. Reconhecer que decisões como os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e em julgamento de recursos repetitivos devem ser observadas pelos demais tribunais é um ato que possui valor intrínseco para a uniformização da jurisprudência e é, sim, constitucional.

Em síntese, para preservar o Código de Processo Civil e sua constitucionalidade, no que diz respeito às técnicas de uniformização de jurisprudência e de aplicação de precedentes em face da aparente violação da separação de poderes, é preciso

⁶⁹⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837.

reconhecer que os efeitos vinculantes – nos termos previstos pela Constituição brasileira – são características exclusivas das decisões proferidas em controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. Os demais não possuem efeitos vinculantes, mas devem ser vistos como dotados de efeitos persuasivos. O item a seguir examina as decisões que produzem efeitos vinculantes.

3.2 EFEITO VINCULANTE

Ao expor as razões pelas quais as decisões passadas são relevantes para o Direito, Neil MacCormick sintetiza as vantagens da teoria dos precedentes em três motivos. O primeiro é uma razão de justiça: "se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados".⁶⁹¹ Em segundo lugar, e como decorrência do primeiro motivo, está a ideia de um sistema jurídico imparcial, que aplica a mesma justiça a todos. O Estado de Direito pressupõe que as mesmas regras e soluções orientem a decisão, independentemente do juiz da causa, e requer que "se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro".⁶⁹² O terceiro motivo identificado é a economia de esforço, pois a definição de um resultado dispensa juízes e advogados de repetir os mesmos argumentos, sobre as mesmas circunstâncias, para os mesmos casos. Assim, "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".⁶⁹³ Esta última citação é, para esta tese, a definição de efeito vinculante. É o que se passa a expor.

Ainda na esteira de MacCormick, deve-se deixar claro que não pode haver um respeito ou uma teoria pautada por precedentes sem uma teoria adequada da justificação.⁶⁹⁴ Assim, a discussão sobre os efeitos vinculantes deste Capítulo pressupõe que as decisões atendem os elementos do artigo 926, aprofundados anteriormente.

⁶⁹¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

⁶⁹² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

⁶⁹³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

⁶⁹⁴ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.192.

Além disso, o autor deixa claro que diferentes doutrinas sobre os precedentes podem ser formuladas. Algumas defendem precedentes estritamente vinculantes, pela qual um precedente pode "prescrever que cada decisão de cada tribunal vincula estritamente qualquer outro tribunal de nível semelhante ou inferior na hierarquia dos tribunais".⁶⁹⁵ Por outro lado, existem opiniões que defendem precedentes persuasivos, cujo peso será maior ou menor de acordo com o tribunal que proferiu a decisão, pelo nível da argumentação, dentre outros critérios.

Ao comentar cada uma dessas visões, MacCormick apresenta sua conclusão de que a doutrina do precedente estritamente vinculante não é a mais adequada, pois impede o tratamento da decisão a partir de seus argumentos e barra o desenvolvimento de novas teses para os casos. Por conta disso, defende que é mais sensato tratar precedentes "como decisões sujeitas a revisão, e não como decisões fixas e vinculantes".⁶⁹⁶ O autor acrescenta que "o direito jurisprudencial deve ser, de alguma maneira, aberto e flexível no decorrer do tempo".⁶⁹⁷ O problema enfrentado, ao menos no Brasil, é que a Constituição faz expressa menção ao termo "vinculante", de modo que esse efeito deve ser considerado.

Como exposto, o conceito de efeito vinculante aqui adotado é o seguinte: "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".⁶⁹⁸ Existem três partes neste conceito que devem ser examinadas.

A primeira parte é a que exige, da decisão apta a se tornar um precedente, que exiba uma "análise cuidadosa". Desde a apreciação da concepção de precedente esse elemento já foi destacado: é imprescindível que o precedente contenha argumentos que respondam às teses alegadas pelas partes e que convença os interessados de que a decisão faz sentido. Aqui, ainda, entram os elementos de coerência narrativa, coerência narrativa e integridade, pois é apenas com o cumprimento desses requisitos que a decisão pode ser considerada completa. De outra ótica, de nada adianta uma decisão que se limita a declarar o resultado de um julgamento, sem explicar as

⁶⁹⁵ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.193.

⁶⁹⁶ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.193.

⁶⁹⁷ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.193.

⁶⁹⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

razões de decidir. Não se pretende aprofundar esta questão neste item, pois o Capítulo 2 foi amplamente dedicado para tanto.

A segunda parte da definição revela o elemento "vinculante" do efeito vinculante. Explica-se: afirmar que "um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas" significa tratá-lo com um certo grau de definitividade, inclusive para casos semelhantes que surjam após a decisão do anterior. Sob outra ótica, é atribuir um efeito geral e abstrato para decisões do Poder Judiciário, de modo que não se admita nova discussão sobre o tema, impedindo outros juízes ou tribunais de se opor à decisão. Pode-se dizer, com segurança, que a decisão brasileira com efeitos vinculantes que melhor demonstra o significado deste elemento do conceito são as que julgam procedentes ações declaratórias de inconstitucionalidade – ou seja, decisões que declaram, pela via direta, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Cabe recordar o teor do artigo 102, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 102, § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ao discorrer sobre os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a lei assim declarada, sem ressalvas, é considerada nula *ipso iure e ex tunc*.⁶⁹⁹ Vale dizer, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via direta não pode mais ser aplicada, "seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal".⁷⁰⁰ O entendimento do Supremo confirma este argumento, pois até mesmo a exigência de remessa da decisão para o Senado Federal, previsto no artigo 52, X, da Constituição, deve ser aplicado apenas nas hipóteses de declaração incidental.⁷⁰¹ Assim, declarada inconstitucional, a lei está excluída do ordenamento jurídico, não se admitindo qualquer argumento em prol de sua repristinação ou qualquer outro ato que restaure sua existência. A irrecorribilidade da decisão de

⁶⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.321.

⁷⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.321.

⁷⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.320-321.

inconstitucionalidade, e a vedação de ação rescisória contra as decisões nestes casos (prevista pelo artigo 26, da Lei 9.868/1999), reforçam esta conclusão.⁷⁰²

Destaca-se que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade, que a tornam obrigatória, já foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação 1.987⁷⁰³, inclusive, os ministros limitaram a eficácia vinculante ao dispositivo da decisão. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, condiciona a vinculação dos efeitos a uma "limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos".⁷⁰⁴ O Ministro Sepúlveda Pertence acrescentou que, se os limites do efeito vinculante fossem ampliados para a fundamentação da decisão, estar-se-ia transformando "em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão"⁷⁰⁵ (note-se que o julgamento ocorreu em 2003, portanto é anterior à Emenda Constitucional n.º 45).

⁷⁰² "Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato." (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1129).

⁷⁰³ RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. § 2.º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2.º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1987**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004).

⁷⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1987**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004. Voto do Ministro Carlos Velloso. p.97.

⁷⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1987**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004. Manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence. p.70.

Sabe-se que parte da doutrina não concorda com este posicionamento.⁷⁰⁶ No entanto, a postura do Supremo Tribunal Federal confirma o que se defendeu acima: a atribuição de um efeito definitivo e obrigatório, ou vinculante, é algo que deve ser feito com cautela, pois impede nova discussão sobre o assunto. É por isso que a decisão que exclui do ordenamento jurídico uma lei é o melhor exemplo para uma decisão com efeito vinculante: se a lei foi mesmo excluída, é mais adequado para todo o sistema jurídico que a lei não volte a vigorar. A decisão produz efeitos, de uma vez por todas, e não admite retorno. Dela não se recorre, não se rescinde, apenas se aceita seu "efeito vinculante". Toda e qualquer oportunidade de questionar a decisão se exaure com a sua publicação e a exclusão da lei do ordenamento jurídico não depende de nenhum outro ato. É evidente, assim, que tanto a Administração Pública quanto os particulares devem considerar a decisão de imediato.

Há, ainda, uma última característica que deve ser destacada. A declaração de inconstitucionalidade que pronuncia a nulidade da lei, sem modulação, não admite qualquer tipo de situação excepcional. Qualquer situação deve ser decidida como se a lei não tivesse existido, respeitando-se, quando muito, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.⁷⁰⁷ Os demais casos, ainda não protegidos pelas previsões constitucionais acima referidas, devem ser apreciados sem qualquer consideração do texto declarado inconstitucional.

Ocorre que esta capacidade de tomar decisões definitivas, sem qualquer exceção, não é algo factível no Direito e também não é uma qualidade que gera algum resultado intrinsecamente positivo. Até mesmo a vinculação do Estado e dos cidadãos à lei, à luz do positivismo, não produziu o resultado esperado, o que levou Ronald Dworkin, por exemplo, a sugerir que o próprio Direito é um conceito interpretativo. A certeza e a definitividade, em termos que não admitem qualquer exceção, produzem mais dificuldades do que benefícios.

É justamente por conta desses motivos que MacCormick inclui, ao tratar dos efeitos vinculantes, a consideração de que o caso deve ser decidido de determinada maneira, "a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que

⁷⁰⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1142-1146.

⁷⁰⁷ A coisa julgada, compreendida como direito fundamental, deve ser incluída no rol de proteções. No entanto, o Código de Processo Civil, em seu artigo 525, §§ 12.º a 15.º, relativiza a coisa julgada diante das declarações de inconstitucionalidade.

exija reconsideração". Vê-se, assim, que mesmo em decisões ou atos que se repute vinculantes o autor sempre deixa um espaço de oxigenação, admitindo que circunstâncias excepcionais afastem a solução previamente estabelecida para um caso semelhante. Em alguns casos, essa excepcionalidade é reconhecida na própria decisão, como nas hipóteses em que há modulação dos efeitos ou em que há declaração de constitucionalidade.

Nos termos do artigo 27, da Lei n.º 9.868/1999, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os seus efeitos ou decidir que a eficácia provenha do trânsito em julgado ou surja a partir de outro momento a ser fixado.⁷⁰⁸ Esta é a previsão legal que abre espaço para a chamada modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Para compreendê-la, deve-se recordar que, via de regra, a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, mas que nem sempre a repercussão desse efeito é positiva. Da mesma forma, haveria alguma situação que seria prejudicada se a opção pelos efeitos da inconstitucionalidade fosse *ex nunc*. Neste sentido, "adotada uma ou outra teoria, admitindo-se a declaração da nulidade ou a desconstituidade [...] sempre seria necessário, conforme as particularidades de cada caso, fazer avançar ou retroagir os efeitos da decisão de inconstitucionalidade".⁷⁰⁹

Por conta disso, a legislação autoriza os tribunais responsáveis pelo controle de constitucionalidade pela via direta a restringir os efeitos ou limitar a eficácia da decisão. Pela modulação⁷¹⁰, a decisão pode isentar determinados atos ou situações dos efeitos retroativos, decidir que os efeitos serão produzidos com o trânsito em julgado ou, ainda, decidir que os efeitos apenas serão produzidos a partir de certa data ou evento futuros.⁷¹¹ Após essas observações, concluem Sarlet, Marinoni e Mitidiero que há, na modulação, "efeitos retroativos, efeitos prospectivos propriamente

⁷⁰⁸ Sobre o tema, ver também: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷⁰⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1155.

⁷¹⁰ Para uma análise voltada especificamente à modulação, ver: ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷¹¹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1156.

ditos e efeitos prospectivos a partir de determinado evento".⁷¹² O objetivo deste item não é o aprofundamento do tema da modulação, mas sim a demonstração de que o próprio sistema constitucional brasileiro permite que as cortes estabeleçam situações excepcionais em que os efeitos vinculantes são temperados. Esta é, portanto, a primeira prova de que, mesmo nas decisões cujo efeito é vinculante, pode haver um elemento especial que exige sua reconsideração.

Esta questão é reforçada pela análise de uma segunda espécie de atuação do Supremo Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade pela via especial. Tratam-se das ações declaratórias de constitucionalidade, cujas decisões de procedência têm o efeito (vinculante, por força do artigo 102, § 2.º) de confirmar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. O que a Constituição não responde é se o "STF pode voltar a tratar de norma que já declarou constitucional, seja mediante sentença de procedência em ação de constitucionalidade, seja por meio de sentença de improcedência em ação de inconstitucionalidade".⁷¹³ A mesma questão pode ser formulada para os casos em que o Supremo Tribunal Federal julga improcedente ação declaratória de inconstitucionalidade.

A resposta mais clara e comum, neste caso, é a de que não cabe nova ação. O fundamento para tanto é o de que a causa de pedir nas ações diretas de controle de constitucionalidade é aberta, pelo que o Supremo ou outra corte responsável pelo controle não está adstrita aos argumentos levantados pelas partes, podendo o próprio tribunal construir teses favoráveis ou contrárias à constitucionalidade da lei.⁷¹⁴ Assim, tem-se que não cabe a repetição de ações declaratórias de constitucionalidade, pela ficção de que a Corte analisou todos os argumentos disponíveis quando do primeiro julgamento.

Apesar dessa afirmação ser considerada, o estudo da jurisdição constitucional revela que a tese acima descrita também é excepcionável. Para tanto, parte-se da

⁷¹² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1156.

⁷¹³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1131.

⁷¹⁴ "Se todos os fundamentos cosntitucionais podem ser livremente analisados pela Corte, ainda que não contidos em uma específica causa de pedir, não há como admitir que determinado fundamento não tenha sido deduzido ou discutido na ação de (in)constitucionalidade." (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1133).

constatação de que a causa de pedir, ainda que aberta, está atrelada a um determinado momento temporal e constitucional.⁷¹⁵ O que Sarlet, Marinoni e Mitidiero procuram afirmar é que os argumentos constitucionais são marcados pela historicidade⁷¹⁶, a qual condiciona a compreensão dos fundamentos constitucionais ao longo do tempo. Deste modo, pela transformação da realidade e dos valores sociais, e também pela alteração da compreensão do próprio Direito, o texto constitucional pode sofrer alterações de sentido, de modo que uma lei antes vista como constitucional passe a ser inconstitucional.⁷¹⁷ Na mesma linha, Gilmar Mendes admite como situações excepcionais que autorizam a reversão da constitucionalidade da lei as hipóteses de "significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes".⁷¹⁸ Esta questão é intrínseca ao Direito, razão pela qual se defendeu, no Capítulo 2, que a estabilidade não significa uma estagnação jurídica, mas sim a possibilidade de alteração, desde que adotadas as devidas cautelas.

Nos casos de decisões que julgam procedentes ações declaratórias de constitucionalidade, ou que julgam improcedentes ações declaratórias de inconstitucionalidade, há a produção de efeitos vinculantes, salvo nos casos em que um elemento especial exija consideração. Este elemento especial, nos casos em que há causa de pedir aberta, é a alteração do sentido da própria Constituição, por conta da alteração de sua compreensão ao longo do tempo. Assim, concluem Sarlet, Marinoni e Mitidiero, que "diante da alteração dos valores, da realidade social ou da concepção geral do direito, desaparece a legitimidade constitucional da norma, a obrigar o STF a proferir outra decisão acerca da constitucionalidade da mesma norma".⁷¹⁹

Por fim, cabe ainda recordar que a declaração de constitucionalidade de uma lei ou de ato normativo é vinculante no sentido de que a validade da lei não

⁷¹⁵ "Ou seja, a ideia de causa de pedir aberta não perde algo que é essencial ao próprio conceito de causa de pedir, precisamente a sua dimensão temporal, concretizada mediante a lembrança de que toda causa de pedir é o reflexo de um estado jurídico e de fato que se apresenta em determinado momento histórico. De modo que a causa de pedir aberta, por consequência, espelha todos os fundamentos constitucionais válidos em certo instante da história." (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1132).

⁷¹⁶ Sobre o tema, ver: ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.30, p.146-158, 2000.

⁷¹⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1133.

⁷¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.363.

⁷¹⁹ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1134.

pode ser afastada. A decisão, porém, não restringe a possibilidade de interpretação do texto legal, razão pela qual se pode formar jurisprudência sobre o tema e porque a decisão do Supremo Tribunal Federal não pode ser vista como a palavra final sobre a questão. Todos os problemas que decorrem da interpretação da lei, como os de interpretação propriamente ditos, de pertinência, de prova e de qualificação podem ser verificados, mesmo após a declaração de constitucionalidade.⁷²⁰ Algo semelhante também ocorre com as declarações de inconstitucionalidade, pois com o afastamento da lei, o vazio deixado deve ser preenchido. Se o legislador não agir rapidamente, estas lacunas podem ser preenchidas pelos tribunais, por meio da interpretação de outras regras e de princípios. Nesses casos, o que resta é esperar que as decisões sigam os preceitos normativos estabelecidos: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade.

Tudo isso permite demonstrar que mesmo para as decisões vinculantes de controle de constitucionalidade pela via principal existe um espaço de excepcionalidade. Justamente por isso é que se definiu o efeito vinculante como aquele que se opera após uma análise cuidadosa, que exige o tratamento do caso como se ele tivesse sido resolvido de uma vez por todas, salvo quando é possível demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração.

Nas hipóteses de controle pela via principal até aqui examinadas, não se ingressou em elementos fáticos, pois o controle de constitucionalidade que opera efeitos vinculantes, nos termos da Constituição, é realizado pela via abstrata. Por conta disso, as decisões não tratam de casos e os julgamentos não apreciam fatos, pelo que não há razão para se falar em "tratar casos iguais de forma igual". Ocorre que existe uma segunda hipótese de produção de efeitos vinculantes, prevista pela Constituição, que não decorre da atuação abstrata do Supremo Tribunal Federal, mas sim da decisão reiterada de casos, em especial de recursos extraordinários. Trata-se da súmula vinculante, a qual será objeto da análise do item a seguir.

⁷²⁰ Análises sobre a interpretação da lei, no sentido acima referido, podem ser encontradas em MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011; CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the Law**: philosophy and literature – the experience of that which one cannot experience. 2004. Tese (Doutorado) – New School University, New York, 2004.

3.3 AS SÚMULAS, SEUS EFEITOS E SUAS EXCEÇÕES

A técnica de "sumular" resultados de julgamentos não é uma ideia original brasileira. Na verdade, o método de sintetizar um entendimento dos tribunais e atribuir-lhe autoridade, que inspirou as súmulas brasileiras⁷²¹, foi desenvolvido em Portugal e remonta a antecedentes históricos da Segunda Ordenação, quando eram produzidos pela Casa da Suplicação.⁷²² Contemporaneamente, os assentos eram instituto autorizado pelo artigo 2.º, do Código Civil português, que dispunha o seguinte: "[n]os casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral".⁷²³ Tanto os assentos eram utilizados que o Superior Tribunal de Justiça português, a Corte Constitucional daquele Estado, editava-os com frequência até o ano de 1993, data em que foram declarados inconstitucionais pelo próprio tribunal que tinha competência para produzi-las. Por conta da experiência e das reflexões sobre o tema dos assentos, a presente análise parte de algumas considerações da doutrina e da jurisprudência portuguesa.

Cabe, porém, uma advertência preliminar: deve-se deixar claro que os assentos portugueses são, de fato, muito semelhantes às súmulas no que toca ao conteúdo abordado e à técnica utilizada para redigi-los. Veja-se, por exemplo, alguns dos últimos assentos editados pelo Supremo Tribunal de Justiça português. Ao tratar dos efeitos do recurso de revista em casos de falência, por exemplo, a Corte portuguesa assentou, em 1992, que o "recurso de revista de acórdão que conheça do estado de falência tem efeito meramente devolutivo".⁷²⁴ Em 1989, o tribunal sustentou que "[s]ão públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no

⁷²¹ Quando o trabalho se referir à súmulas, sem qualificá-las como vinculantes, trata-se de um comentário que vale para qualquer espécie de súmula, seja ela vinculante ou não.

⁷²² PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.118, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016. Há, também, autores que traçam um paralelo dos assentos com os "arrêts de réglements" franceses e com institutos semelhantes no direito soviético. Ver: CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.6.

⁷²³ PORTUGAL. Código Civil. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷²⁴ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 1/92. O recurso de revista de acórdão que conheça do estado de falência tem efeito meramente devolutivo. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/289-jfcivel-1992>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

uso directo e imediato do público".⁷²⁵ Além disso, existem assentos sobre direito privado, como um de 1987, pelo qual, "[n]o domínio de vigência do Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de novembro de 1965, a falta de licença de loteamento não determina a nulidade dos contratos de compra e venda de terrenos, com ou sem construção, compreendida no loteamento".⁷²⁶

Por meio dos exemplos acima indicados, constata-se uma semelhança real entre os institutos, pois os textos são sintéticos, objetivos, com a intenção de atingir um contexto geral e abstrato. Pela força emprestada ao Código Civil português, os assentos também teriam força obrigatória geral. Justamente por isso, Castanheira Neves, ao explicar os motivos que o levaram a autorizar a reimpressão de obra sobre o tema, datada originalmente de 1983, destaca a importância dos assentos para o pensamento jurídico brasileiro, "preocupado que continua a estar em discutir o sentido e a admissão das 'súmulas vinculantes' não obstante a sua afinal instituição, a arrostar com todos os ventos de oposição crítica".⁷²⁷ A preocupação é justificada pois assentos e súmulas são figuras muito semelhantes não apenas pelos efeitos previstos, mas pela forma de abordagem e pela técnica de redação empregada pelos tribunais competentes para editá-las.⁷²⁸

Retome-se o foco: os assentos portugueses eram atos do Supremo Tribunal de Justiça que, em composição plena, poderia emitir enunciados para resolver um conflito de jurisprudência e "que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa 'com força obrigatória geral'".⁷²⁹ Para Castanheira Neves, o assento era uma figura original por conferir a um órgão judicial a competência para prescrever

⁷²⁵ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 7/89. São públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/286-jfcivel-1989>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷²⁶ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 5/87. No domínio de vigência do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro de 1965, a falta de licença de loteamento não determina a nulidade dos contratos de compra e venda de terrenos, com ou sem construção, compreendida no loteamento. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/284-jfcivel-1987>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷²⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

⁷²⁸ Vale a observação de que, mesmo após ter declarado inconstitucional o instituto dos assentos, o Superior Tribunal de Justiça continua empregando a técnica de redação que sintetiza os argumentos jurídicos de um caso, o que será objeto de crítica ao se tratar das súmulas e das ementas, no Brasil.

⁷²⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.2.

critérios jurídicos universalmente vinculantes pelo enunciado de normas, "no sentido estrito de normas gerais, ou de preceitos gerais e abstratos"⁷³⁰, que se abstraem e se destacam do caso que lhe deu origem, com o propósito de "estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura".⁷³¹ Para Castanheira Neves, portanto, os assentos eram meios pelos quais os tribunais poderiam editar prescrições normativas independentemente do caso que havia sido julgado.⁷³²

O autor não tarda a afirmar que os assentos são figuras distintas dos precedentes. Para ele, acertadamente, os precedentes são firmados pela argumentação, pela "orientação jurídica" adotada em um caso, pelo que fazem parte da jurisprudência e orientam as decisões de casos futuros.⁷³³ Os assentos, por sua vez, são dotados de autoridade distinta, porque impõem "mediante uma norma expressamente formulada para o futuro a solução de um conflito de jurisprudência".⁷³⁴ Para não deixar dúvidas, Castanheira Neves repete: "assento é norma (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não jurisprudência (consagração de soluções que vêm do passado e persistem)".⁷³⁵ A partir dessa conclusão a respeito do conceito legal dos assentos o autor propõe uma análise em três planos: teleológico-jurídico, dogmático-jurídico e institucional.

No aspecto teleológico, tem-se que a razão de ser dos assentos é conferir maior estabilidade, segurança e igualdade nas decisões. Com as reformas judiciais empreendidas no século XIX, em Portugal, esperava-se que a existência de uma corte de vértice fosse suficiente para a uniformização da jurisprudência. A concepção do sistema recursal português foi sintetizada pelo Acórdão que julgou a constitucionalidade dos assentos: "o Supremo diria, a propósito de cada caso particular, em que sentido devia a lei ser interpretada e aplicada; os tribunais inferiores teriam de acatar as

⁷³⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.3.

⁷³¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.4.

⁷³² CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.5.

⁷³³ "O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidir." (CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.12).

⁷³⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.11.

⁷³⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.11.

determinações do Supremo em relação ao caso em litígio".⁷³⁶ A ideia original, portanto, era a de instaurar um sistema precedentalista, pautado pelo *stare decisis* e pelo respeito das decisões dos tribunais superiores pelos tribunais e magistrados submetidos àquela corte.

Não foi o que ocorreu: "em lugar da desejável jurisprudência uniforme, existia uma jurisprudência variável, flutuante e incerta, alimentada pela tendência individualista da liberdade de opinião dos magistrados judiciais, pouco atreitos a uma apertada disciplina de colegialidade interpretativa das leis".⁷³⁷ O ideal buscado ainda era a uniformização e a certeza, mas o desrespeito das decisões levou a adoção de medidas mais incisivas. Exemplo delas foi o Decreto n.º 4.620, de 16 de junho de 1918, que exigia que os juízes seguissem a orientação do Superior Tribunal de Justiça e autorizava somente o pleno daquela corte a revisar seus entendimentos.⁷³⁸ Era, na época, uma saída mais próxima aos precedentes do que aos assentos e que recebe elogios até hoje, mas esteve em vigor por menos de um ano.⁷³⁹

Com a Ditadura Militar instaurada, em 1926, implementou-se a tarefa de reformar o direito processual civil e, com ela, ampliar a segurança sem estagnar o Direito. Aqui, com recurso à tradição portuguesa, resgataram-se os assentos no Código de Processo Civil de 1939, que teriam força obrigatória até que fossem revistos pelo Supremo Tribunal de Justiça. Essa possibilidade de revisão restrita garantia, em tese, a segurança e a flexibilidade do Direito.⁷⁴⁰ Em outras palavras, reforçava-se a certeza com mais prescrições com força de lei.⁷⁴¹ O Direito português manteve essa

⁷³⁶ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.120, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷³⁷ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.120, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷³⁸ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.121, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷³⁹ "Sábo regime este a que só faltou a decida compreensão por parte do nosso pensamento jurídico para que pudesse ter obtido o êxito que merecia, mas que efectivamente não teve: revogado no ano seguinte ao de sua instituição." (CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.193).

⁷⁴⁰ Talvez a melhor expressão para designar essa flexibilidade, em oposição à estagnação, seria a "mitezza" italiana. Neste sentido, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.

⁷⁴¹ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.124, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

estrutura enquanto vigorou a lei processual de 1939. Com o Código de Processo Civil português de 1961, porém, a preocupação com a estagnação foi abandonada, uma vez que se excluiu da lei a faculdade do Supremo Tribunal de Justiça alterar o que já havia assentado.

O problema foi rapidamente resolvido, tendo a matéria dos assentos sido revogada do Código de Processo Civil e reformulada no Código Civil, de 1966, que voltou a permitir sua revisão pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça e afirmava seu caráter obrigatório para os demais magistrados. Chega-se, enfim, ao dispositivo cuja consitucionalidade foi levada ao Superior Tribunal de Justiça. Os comentários feitos ao dispositivo seguiam a linha teleológica original, defendendo-o pela eficácia que teria ao vincular o posicionamento dos tribunais ao entendimento da corte constitucional. Segurança, certeza e igualdade, sem engessamento, era a fórmula que acompanhava a justificação dos assentos. Castanheira Neves conclui, sobre a teleologia dos assentos, que dois valores foram essenciais: "o valor da segurança e ou certeza do direito e o valor da igualdade jurídica".⁷⁴²

Ocorre que esses valores foram concebidos em um momento no qual o Direito buscava desenvolver os conceitos sob uma perspectiva formal. Assim, a busca pela segurança e pela igualdade foi pautada por uma pré-determinação formal e pela noção de igualdade formal. Outro não poderia ser o resultado: "uma estrutura também formal e geral-abstracta do direito, uma vez que só mediante esta estrutura a pré-determinação encontraria o modo de obectivização adequado e a igualdade seria susceptível de se realizar na prática".⁷⁴³ O que Castanheira Neves afirma, portanto, é que os assentos têm a estrutura de leis ou enunciados normativos⁷⁴⁴

⁷⁴² CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.269.

⁷⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.269.

⁷⁴⁴ Existem opiniões contrárias. Para Jorge Miranda, por exemplo, a estrutura semelhante a da lei não pode ser vista como um problema em si: "Não se tratava de normas legislativas nem de interpretação autêntica em acesção própria: faltava-lhe o irrecusável elemento político que nestas sempre se exhibe. Tratava-se, sim, de normas jurisprudenciais, o que explicava a sua necessária acessoriedade perante a lei a que correspondiam, bem como as limitações da sua emanção. Nem se outorgava ao tribunal pleno, por fixar doutrina, um poder de direção dos tribunais contrário à sua independência; ele não procedia senão à formulação de uma proposição – não de todas as preposições do juízo jurisprudencial." (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.376).

para resolver o problema de insegurança e desigualdade gerado pelas leis.⁷⁴⁵ Evidentemente, seu pensamento prossegue com uma crítica incisiva:

Os assentos significam, pois, um legalismo de segundo grau ou elevado a segunda potência, um legalismo resistente e à *outrance* que, não se conformando com a superação que dele impõem as exigências normativas da histórica realização jurídica e não aceitando a verdadeira função prático-normativa da jurisprudência, força a sua própria recuperação a esse mesmo nível da realização histórico-jurisprudencial do direito em que se vê superado.⁷⁴⁶

Mesmo sem concordar com a opção do Estado português, Castanheira Neves admitia, em 1983, a necessidade de se compreender os assentos e identificar seu papel no ordenamento jurídico. Isto o levou a uma análise dogmático-jurídica, que também foi realizada pelo Supremo Tribunal de Justiça quando do julgamento da constitucionalidade do artigo 2.º, do Código Civil português. Neste âmbito, havia duas correntes bem delimitadas: por um lado, autores sustentavam a natureza jurisdicional dos assentos⁷⁴⁷, enquanto outros afirmavam sua natureza legislativa.⁷⁴⁸ A Corte entendeu que os assentos tinham caráter de fonte do direito⁷⁴⁹, mais especificamente de norma jurídica, tanto é que poderiam se sujeitar a juízos de

⁷⁴⁵ "O resultado foi a imposição dos esquemas do legalismo ao nível da própria jurisprudência, prescrevendo que ela fizesse também seus esses esquemas, de um legalismo geral-abstracto, num momento fundamental da sua actividade." (CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.270).

⁷⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.270.

⁷⁴⁷ Além de Jorge Miranda, destacam-se: ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do direito. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v.16, n.1/2, p.215-229, dez. 1987; VARELA, Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 1986. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n.3813, p.373, abr. 1992.

⁷⁴⁸ Além de Castanheira Neves, destaca-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Anotação ao acórdão n.º 359/91 do Tribunal Constitucional. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n.3811, p.318, fev. 1992.

⁷⁴⁹ Na senda de Castanheira Neves: "Tomando posição no âmbito da controvérsia, este Autor define o sentido dogmático dos assentos em termos de uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa, de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito, com o que assumem a natureza de uma disposição legislativa." (PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.135, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

inconstitucionalidade pela via direta e abstrata.⁷⁵⁰ Esta posição foi confirmada pela remissão a diversos julgados anteriores da corte. Concluiu o Supremo Tribunal de Justiça português que "os assentos se apresentam com carácter prescritivo, constituindo verdadeiras normas jurídicas com o valor de 'quaisquer outras normas do sistema', revestidas de carácter imperativo e força obrigatória geral".⁷⁵¹ Se os assentos eram normas, obrigavam os tribunais, as autoridades e a comunidade jurídica em geral.

A partir dessa compreensão, a corte portuguesa reconheceu que sua atividade deveria ser jurisdicional, e não legislativa, e pela violação dos preceitos da Constituição de Portugal declarou inconstitucional o artigo 2.º, do Código Civil. A função dos tribunais não seria a de editar novas normas, mas a de orientar a interpretação do ordenamento vigente – na esteira da proposta institucional de Castanheira Neves. Deste modo, os assentos e a competência para assentar foram excluídos do ordenamento jurídico português.⁷⁵² É de se registrar, porém, que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal ainda se utiliza de proposições objetivas⁷⁵³, as quais denomina de Acórdãos, como meio para uniformizar sua jurisprudência, mas não mais sustenta que esses enunciados possuem eficácia geral ou força obrigatória.

O que Portugal nunca fez foi conferir aos assentos previsão constitucional. O Brasil, mesmo consciente da conclusão portuguesa sobre o tema, insistiu nas súmulas como meio para assegurar a segurança, a certeza e a igualdade. Originalmente vistas como uma técnica para assegurar tais valores, as súmulas tomaram maior importância por meio de reformas no Código de Processo Civil de 1973, realizadas

⁷⁵⁰ "A fixação de doutrina com força obrigatória geral operada através dos assentos, traduz a existência de uma norma jurídica com eficácia *erga omnes*, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade." (PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.136, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

⁷⁵¹ PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.136, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷⁵² "O instituto dos assentos, tal como o conhecemos e está definido na lei, ficará irremediavelmente prejudicado por inconstitucionalidade." (LAPA, Jorge Teixeira. Anotação ao acórdão 810/93: da inconstitucionalidade do assento. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.169, out./dez. 1994).

⁷⁵³ Por exemplo, "[o]s imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art. 377.º, n.º 1, al. b), do Código do Trabalho de 2003." (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 8/2016. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/675-jurisprudencia-fixada-civel-ano-2016>>. Acesso em: 04 jun. 2016).

na década de 90, pela qual a existência de súmulas passou a justificar a tomada de decisões monocráticas nos tribunais, a rejeição ou o provimento de recursos com maior celeridade, dentre outros efeitos. Não satisfeito, o poder constituinte derivado brasileiro alçou à súmula a um novo patamar com a Emenda Constitucional n.º 45/2004. Nela, criou-se o instituto da súmula vinculante, no artigo 103-A, dotada de "efeito vinculante" em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

O Brasil percorreu o mesmo caminho de Portugal: para obter maior segurança, certeza e igualdade nas decisões optou-se por um instituto marcado pela estrutura formal, semelhante ou idêntica a da própria lei. Teleologicamente, portanto, subscreve-se a crítica de Castanheira Neves, sendo a súmula uma técnica inadequada para o enfrentamento das questões jurídicas contemporâneas. Afinal, os problemas de interpretação das leis não se resolvem com mais leis, mas com argumentos coerentes e íntegros.

Apesar disso, não há, no Brasil, a possibilidade de se argumentar a inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, salvo a hipótese de a norma constitucional ser inconstitucional.⁷⁵⁴ Como o Supremo Tribunal Federal vem se utilizando dessa técnica, sem questionar qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, não parece suficiente encerrar os argumentos com a mesma conclusão do Supremo Tribunal de Justiça português. É preciso enfrentar, no sentido dogmático-jurídico, a natureza e os efeitos da súmula vinculante. Veja-se, como ponto de partida, o tratamento constitucional da matéria:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁷⁵⁴ Sobre o tema, ver: BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009.

§ 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Pelo *caput* do dispositivo observa-se que a edição da súmula vinculante deve ocorrer após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Nesta senda, o objetivo da Constituição parece derivar da constatação de uma posição uniforme da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional em controle difuso – fosse controle concentrado, a decisão por si só teria efeito vinculante. Identificada a matéria que já foi objeto de reiteradas decisões, o tribunal pode aprovar a súmula vinculante mediante decisão de dois terços de seus membros. A razão de ser da súmula vinculante não é diversa dos assentos: decorre da busca por certeza, pela segurança e pela igualdade.⁷⁵⁵ A interpretação dogmático-jurídica também não foge daquela proposta por Castanheira Neves: "por aí se pode ter introduzido uma nova fonte, ou ao menos uma nova forma de expressão do Direito – já que se trata de um enunciado normativo de características análogas à norma legal".⁷⁵⁶ Acresça-se ao argumento de Mancuso que a Constituição confere efeito vinculante a essas súmulas, o que pode ser compreendido como obrigatoriedade, o que reforça sua semelhança com a lei. O § 2.º do artigo 103-A é outro argumento que reforça sua semelhança com as normas, pois admite que se realize seu controle mediante requerimento dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade.

O § 1.º do artigo acima citado procurava condicionar a edição de súmulas vinculantes apenas sobre temas de validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais houvesse controvérsia entre órgãos do Poder Judiciário ou da administração pública e que acarretassem grave insegurança e multiplicação de processos. O problema é que, como alertou Castanheira Neves, não há como tratar da interpretação, da validade ou da eficácia de uma regra pela edição de uma nova regra com estrutura formal. Afinal, esta nova regra também será objeto de interpretação e o resultado esperado, que seria maior segurança jurídica e

⁷⁵⁵ Na doutrina brasileira, os valores acima são utilizados para justificar as súmulas vinculantes por: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.321-341.

⁷⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.330.

reduzir a multiplicação de processos pode se inverter. Não se deve olvidar que a edição de uma regra, seja na lei, seja por súmula vinculante, é prática que exige uma apurada técnica de redação, o que nem sempre se revela na prática. Como destaca Gustavo de Castro Faria, muitas vezes "a elaboração dos enunciados de súmulas não possibilita a aferição de seu real sentido, revelando situações cuja precariedade de sua construção não permite ao intérprete identificar com precisão os casos que efetivamente comportam sua aplicação".⁷⁵⁷ Em outras palavras, o que o autor afirma é que a súmula também pode gerar problemas de interpretação, de pertinência, de prova ou de qualificação. Estes problemas são inerentes à técnica legislativa e as súmulas não os afastam.

Também vale destacar que a previsão constitucional de que as súmulas terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas é um requisito que dificilmente pode ser atendido pela própria estrutura do instituto. O que permite defender a validade, a eficácia ou a interpretação de uma norma é a argumentação. Ao se reduzir a discussão do tribunal a uma afirmação sucinta e com efeitos vinculantes, deixa-se de lado a norma original e estabelece-se uma segunda norma, de "segundo grau"⁷⁵⁸, que impõe a validade, a eficácia ou um significado da primeira. Teoricamente, esta atividade é bastante complexa e, na prática, não se revela como a realidade. Ao se examinar o texto das súmulas vinculantes, vê-se que a maioria inova o ordenamento jurídico, ainda que todas possam ser justificadas a partir de uma norma determinada.

Veja-se, por exemplo, o texto da recente Súmula Vinculante n.º 53: "[a] competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados". Há interpretação do artigo 114, VIII, da Constituição, mas há um acréscimo ao conteúdo do texto constitucional. A súmula vinculante n.º 50 também está no limite da interpretação e do acréscimo de conteúdo: "[n]orma legal que altera o prazo de

⁷⁵⁷ FARIA, Gustavo Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p.114.

⁷⁵⁸ Conforme a definição de: CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.270.

recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade." A justificativa para tanto não é difícil de se encontrar: quem interpreta atribui um conteúdo ou uma intencionalidade ao texto. Se essa interpretação assume a estrutura de uma nova norma ela também estará sujeita à atuação de outros intérpretes.

A solução constitucional, portanto, padece do mesmo problema que ela buscava evitar: novas súmulas podem gerar mais incerteza e mais processos. Aliás, o artigo 103-A não só confirma essa consequência como indica o meio processual pelo qual é possível questionar, diretamente no Supremo, o descumprimento de súmulas – e, conseqüentemente, sua interpretação. Diz o § 3.º que, do ato administrativo ou da decisão que contrariar a súmula vinculante, ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação. Pois bem, ao invés de reduzir os processos, a Constituição estabeleceu uma linha direta entre o desrespeito às súmulas e a atuação de um novo pedido no próprio Supremo Tribunal Federal. O objeto da reclamação é, em última instância, verificar se o texto da súmula foi corretamente aplicado. Trata-se, no fundo, da mesma lógica formal que define uma regra jurídica: "sempre que FO, então CN". A diferença é que, no caso da reclamação, é o próprio Supremo quem estabelece o Fato Operativo, a Consequência Jurídica e que interpreta a regra nos casos futuros.

O que é certo é que a súmula vinculante é um instituto de perplexidade, como consignou Castanheira Neves sobre os assentos.⁷⁵⁹ Trata-se de uma figura elaborada pelos tribunais, mediante autorização constitucional, com caráter prescritivo, revestidas de caráter imperativo para o Poder Judiciário e órgãos da administração pública.⁷⁶⁰ Esse caráter imperativo é previsto pela Constituição como o efeito vinculante da súmula. Novamente, porém, o efeito vinculante pode ser compreendido nos termos da citação de MacCormick: "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".⁷⁶¹

⁷⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.285.

⁷⁶⁰ Características extraídas de: PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.136, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

⁷⁶¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

O requisito da análise cuidadosa foi previsto constitucionalmente, embora sua constatação possa ser questionada por uma análise individual de cada súmula e da quantidade de casos julgados para configurar as "reiteradas decisões". Pela regra, ao menos, a edição da súmula vinculante pressupõe ampla discussão, a análise de diversos argumentos jurídicos e o voto favorável de dois terços dos Ministros. Feito isso, é razoável afirmar que a decisão possa ser tratada como se tivesse sido resolvida de uma vez por todas. O problema, aqui, é que o pensamento de MacCormick não considera que a decisão de um tribunal será convertida em texto semelhante ao da lei. Note-se que o autor afirma que "um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas"⁷⁶², e a súmula não contém um caso propriamente dito. Assim, sua eficácia vinculante possui traços característicos das leis, admitidas as vicissitudes dessa estrutura formal que, como já apontado, pode gerar problemas de interpretação, pertinência, prova e qualificação.

Há, porém, uma solução normativa para este tema que não corrige as súmulas já existentes, mas que pode condicionar a produção das futuras. Essa saída parece ter sido concebida pelo legislador quando da redação do Código de Processo Civil. Além do já conhecido *caput* do artigo 926, este dispositivo possui dois parágrafos aqui reproduzidos:

§ 1.º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2.º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Enquanto o § 1.º indica aos tribunais que editem súmulas de sua jurisprudência dominante – o que não acrescenta elementos relevantes para a discussão – o § 2.º merece ser considerado com atenção. Exige o Código que, ao editar os enunciados da súmula, os tribunais atentem-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Em que pese a estrutura formal da súmula não seja abandonada, há ao menos a preocupação do legislador com a delimitação do âmbito de aplicação fática da regra formulada pelos tribunais. Esta exigência não transforma as súmulas em precedentes, mas permite àqueles que

⁷⁶² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

examinam seu texto identificar de modo mais claro as circunstâncias que ensejaram sua redação. Ao exigir dos tribunais que tratem dos fatos do caso a técnica da jurisprudência sumulada se aproxima do reconhecimento de que a decisão só se justifica, e só tem alguma aplicação, ao se partir da premissa de que casos iguais devem ser decididos de modo igual. É motivo de elogio, portanto, a previsão do Código de Processo Civil, muito embora sua aplicação ainda deva ser constatada na prática do Supremo Tribunal Federal.⁷⁶³

Por fim, a vinculação dos efeitos também exige sua excepcionalidade. Resta saber quais são as circunstâncias especiais que autorizam a reconsideração ou o afastamento do entendimento previsto na súmula. A primeira dessas hipóteses está prevista expressamente na Constituição, no artigo 103-A, § 2.º: "a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade". Com isso, os legitimados para o controle de constitucionalidade pela via direta podem requerer a revisão ou o cancelamento das súmulas vinculantes desde que tenham argumentos relevantes para tanto. O problema desta regra é que a edição da súmula não depende de requerimento dos legitimados pelo artigo 103, da Constituição. Ao contrário, a súmula vinculante pode ser editada de ofício, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de recursos extraordinários ou no exercício de qualquer outra competência. Ao reduzir o número de legitimados que podem participar do processo de revisão ou anulação das súmulas o instituto se fortalece no quesito "vinculante", mas demonstra um déficit democrático e flerta com a violação do contraditório e da ampla defesa. É preciso, portanto, identificar os meios pelos quais um indivíduo sem legitimidade para requerer o controle de constitucionalidade pela via direta pode usar para afastar a incidência da súmula vinculante.

As duas saídas partem da interpretação e da argumentação jurídicas. Como a superação do entendimento da súmula não pode ser discutida fora do Supremo Tribunal Federal, os litigantes podem discutir a interpretação do enunciado ou, ainda, buscar a diferenciação entre os casos que deram origem ao entendimento da Corte Constitucional com o atual.

⁷⁶³ Até o dia 29 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal não editou nenhuma súmula vinculante sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015. A última, súmula vinculante 55, foi editada um dia antes da entrada em vigor do Código, em 17 de março de 2016.

A primeira solução consiste no afastamento da aplicação dedutiva da súmula vinculante, na qual o advogado procurará apontar alguma deficiência na redação do enunciado que gere a necessidade de maior argumentação que justifique, ou afaste, a aplicação do entendimento vinculante. Trata-se, portanto, de um exercício de retórica, na ótica de MacCormick. Tome-se como exemplo a Súmula Vinculante n.º 27: "[c]ompete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente". Embora o texto não deixe dúvida quanto à competência do juízo, seria possível questionar, em um caso específico, se o autor é consumidor, nos termos legais, ou se o litisconsórcio com a ANATEL é necessário. A súmula vinculante n.º 1 permite um raciocínio semelhante. Seu enunciado determina que "[o]fende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n.º 110/2001". Sua superação poderia se dar pela demonstração de que, em determinado caso, as circunstâncias do caso concreto não foram adequadamente ponderadas, o que afastaria a vinculação da súmula. Enfim, procurou-se demonstrar, em raciocínios simples, que as súmulas vinculantes podem ser excepcionadas se nelas se constatarem hipóteses que dependem de interpretação, não mera dedução.

A segunda solução está voltada aos fatos. Pela argumentação, é possível afastar a súmula caso se demonstre que o caso em análise não é semelhante ao que deu origem às súmulas. Tome-se como exemplo a discussão que deu origem à Súmula Vinculante n.º 31, cujo texto aprovado foi o seguinte: "[é] inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis". No debate de aprovação do enunciado, proposto pelo Ministro Joaquim Barbosa⁷⁶⁴, o Supremo Tribunal Federal partiu de um enunciado mais extenso e que exigia que as operações de locação de bens móveis fossem

⁷⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

"dissociadas da prestação de serviços".⁷⁶⁵ Os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski votaram sem ressalvas, a favor do enunciado original. Coube ao Ministro Cezar Pelluso levantar a questão de que a inconstitucionalidade da incidência do ISS era sobre a locação de bens móveis, independentemente de sua relação com a prestação de serviços.⁷⁶⁶

No debate que a manifestação do Ministro Cezar Pelluso gerou, o Ministro Joaquim Barbosa justificou que o motivo pelo qual inseriu o trecho final no enunciado da súmula tinha como finalidade resolver as situações em que "a prestação de serviço vem escamoteada em forma de locação. Por exemplo: locação de maquinário, e vem o seu operador. Nessa hipótese, muito comum".⁷⁶⁷ O Ministro Pelluso insistiu que, nos casos cogitados pelo Ministro Joaquim Barbosa, só haveria incidência de imposto sobre a prestação de serviço e manteve a sugestão de eliminar o último trecho do enunciado. O que é interessante foi a resposta do Ministro Joaquim Barbosa: "como eu disse, não vejo essas questões periféricas que podem surgir aí, podem ser resolvidas em reclamação e em outros procedimentos".⁷⁶⁸ Aqui, manifestou-se a Ministra Cármen Lúcia: "O que o Ministro Pelluso aponta é sério. Nós temos que dar

⁷⁶⁵ "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis dissociadas da prestação de serviços." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016). Proposta do Ministro Joaquim Barbosa. p.1.

⁷⁶⁶ "Veja bem: estamos afirmando que é inconstitucional quando incide sobre locação de móveis, mas só quando é dissociada da operação de serviço. Quando for associada, cabe imposto? Não. Então, a referência a 'dissociada' é desnecessária, porque, quando associada, também não incide. Quando há contrato de locação de móveis e, ao mesmo tempo, prestação de serviço, a locação de móveis continua não suportando o imposto; o serviço, sim. Se não tiver nenhuma ligação com prestação de serviço, também continua não suportando; não há incidência. Noutras palavras, o 'dissociada' aí realmente é inútil e pode gerar dúvida. E, quando for associada, está sujeita ao imposto sobre prestação de serviço? A meu ver, com o devido respeito, não há prejuízo algum ao sentido das inúmeras decisões, se for cortada a expressão final 'dissociada da prestação de serviço'. É inconstitucional a incidência sobre locação de imóveis, só." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016). Manifestação do Ministro Cezar Pelluso. p.5.

⁷⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016. Manifestação do Ministro Joaquim Barbosa. p.6.

⁷⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016. Manifestação do Ministro Joaquim Barbosa. p.7.

uma redação que não gere dúvida, porque, poder resolver por reclamação, é, de início, já acentuarmos que poderá haver dúvida".⁷⁶⁹ A resposta do Ministro Joaquim Barbosa já considerava o prosseguimento da discussão em outros momentos na corte: "que haverá reclamação, não tenho a menor dúvida. Reclamação virou a panaceia".⁷⁷⁰ Com isso, foi reduzido o texto do enunciado definitivo.

Observa-se que, no debate de aprovação, os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram que a súmula vinculante seria objeto de debate fático, seja via reclamação, seja por outras vias recursais. Isto demonstra a necessidade de se examinar os casos e os fatos que deram origem às súmulas vinculantes a fim de identificar as semelhanças e as diferenças com um caso atual. Como se constatou no debate acima relatado, existem casos que não são cobertos pela Súmula Vinculante n.º 31 por força das circunstâncias fáticas que os conformam, e essas diferenças podem resultar em uma decisão diferente. Assim, pelo plano fático e probatório, é possível demonstrar circunstâncias especiais que autorizam o afastamento do entendimento previsto na súmula.

Até aqui, demonstrou-se o que se entende por efeito vinculante no direito brasileiro e como esse efeito pode ser excepcionado. O item seguinte analisa as hipóteses previstas no artigo 927, do Código de Processo Civil, mas que não têm força vinculante prevista pela Constituição Federal. A essas espécies de decisão atribui-se o que se chama de efeito persuasivo.

3.4 EFEITO PERSUASIVO: ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA, DEMANDAS REPETITIVAS, RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULAS

Ao se definir o que se concebe por efeito vinculante, deu-se ênfase a uma passagem de Neil MacCormick pela qual um caso "deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas".⁷⁷¹ Pois bem, a distinção do efeito vinculante

⁷⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016. Manifestação do Ministro Joaquim Barbosa. p.7.

⁷⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia/SumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016. Manifestação do Ministro Joaquim Barbosa. p.7.

⁷⁷¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

para o persuasivo está em uma compreensão distinta desta afirmação. Um argumento persuasivo não responde uma situação de forma definitiva; ao contrário, eles valem pela qualidade de persuasão racional que exercem sobre o público, e cabe a este público explicar as razões pelas quais foi convencido. Ao se questionar se a persuasão do Direito teria alguma função que não fosse a mera mudança de crenças dos cidadãos, MacCormick lança as bases do que se compreende, aqui, por efeito persuasivo:

Ou haveria, verdadeiramente, uma qualidade tal da persuasividade racional que faz com que alguns argumentos sejam realmente melhores do que outros, e possam ser recebidos como justamente convincentes por causa dessa qualidade que eles possuem, enquanto aqueles argumentos que tenham tal qualidade em medida maior do que outros precisam ser reconhecidos como argumentos melhores? Então o público chegaria a uma conclusão porque compreende os argumentos numa dada direção e adere à conclusão em virtude de sua qualidade enquanto argumentos, em preferência aos argumentos numa outra direção depois de terem sido igualmente bem compreendidos e avaliados. Os componentes desse público poderiam, portanto, explicar por que eles foram persuadidos, fundamentando sua própria opinião a respeito da qualidade dos argumentos.⁷⁷²

Vale dizer, portanto, que a fundamentação das decisões possui caráter persuasivo na medida em que convence outros juízes e o jurisdicionado. O Código de Processo Civil aponta como argumentos imprescindíveis para este convencimento os elementos do artigo 926. Ocorre que raciocínio acima citado de MacCormick não é a abertura de um novo argumento. Na verdade, tais afirmações são realizadas como um fechamento de sua exposição sobre o tema da derrotabilidade, cuja compreensão é necessária para a boa utilização das decisões e de seus efeitos persuasivos. Assim, os próximos parágrafos cuidam de aprofundar este tema, que até certo ponto já foi explorado quando do tratamento das hipóteses de excepcionalidade das decisões com efeitos vinculantes. O que se faz agora é investigar as hipóteses em que a derrotabilidade tem relação com os argumentos das decisões, não apenas com os enunciados normativos.

Para tanto, é necessário ingressar no aspecto pragmático dos processos. Como se sabe, as partes, privadas ou públicas, devem provocar o Poder Judiciário para obter a tutela dos direitos por elas invocados. Porém, não basta que o autor

⁷⁷² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.330-331.

demonstre, com provas e argumentos, que tem razão. O Estado de Direito confere àqueles contra quem se exerce a ação o direito de negar o que é alegado. Aos réus também se concede o direito de apresentar contraprovas e de contestar, por qualquer dos caminhos que a argumentação se mostra razoável, "a correção e a relevância dos fundamentos jurídicos que sustentam o pleito ou acusação contra eles".⁷⁷³ Para realizar a análise das alegações e das provas, do direito e dos fatos, exige-se a figura de um juiz imparcial que presida o processo sob um ideal de dialeticidade, para que conclua e justifique os pontos em questão e decida. É nesse contexto que se insere a derrotabilidade.

MacCormick imputa a Hart e seu "The ascription of responsibility and rights"⁷⁷⁴ sua inspiração para o tratamento do tema.⁷⁷⁵ O ensaio, renegado pelo professor de Oxford, foi resgatado por outros juristas que revelaram a importância do tema para a discussão jurídica do final do século XX. Em síntese, a ideia da derrotabilidade está em reconhecer que existem condições "ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes para a validade ou solidez de arranjos jurídicos"⁷⁷⁶, mas que esses arranjos podem ser afastados pela ocorrência de circunstâncias anômalas.⁷⁷⁷ Constatar a existência da derrotabilidade é reconhecer que situações jurídicas podem ter uma aparência de validade mas, no entanto, podem estar sujeitas a algum tipo de intervenção que as invalide.⁷⁷⁸

⁷⁷³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.310.

⁷⁷⁴ HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. In: RYLE, Gilbert; FLEW, Antony (Eds). **Proceedings of the Aristotelian Society**. Oxford: Blackwell, 1948-1949. v.49. p.171-194.

⁷⁷⁵ O professor escocês reconhece que seu tratamento da discricionariedade pode ser tomado como uma introdução ao tema, sem aprofundamentos no âmbito da lógica. Para uma análise neste sentido, ver: SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Orgs). **Informatics and the foundations of legal reasoning**. Dordrecht: Kluwer Academic Press, 1985. p.119-167.

⁷⁷⁶ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.310-311.

⁷⁷⁷ "Um exemplo de uso corrente é o de uma lei sobre testamento, escrita de maneira bastante estrita, que uma corte interpretou como inaplicável ao beneficiário após este ter atirado no testador, seu avô, para impedi-lo de alterar o testamento. A razão para isso foi que, mesmo em face dos termos categóricos da lei, a corte considerou correto limitar a aplicação da regra de modo a deferir a um princípio jurídico mais amplo, segundo o qual ninguém deve ser capaz de fundamentar um pleito jurídico em um fato que é resultado de sua própria torpeza, ou beneficiar-se de sua própria infração." MacCormick se refere, aqui, ao já comentado Riggs v. Palmer. (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311).

⁷⁷⁸ "Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (*defeasible*), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*)." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311).

A forma mais simples de se demonstrar esse fenômeno é pelas hipóteses que MacCormick denomina de "derrotabilidade expressa": "alguém poderia pensar numa regra sobre um direito D, regra que expressamente prevê as condições positivas para atribuir D a uma pessoa apropriada, mas que também sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas".⁷⁷⁹ No Brasil, tem-se uma série de exemplos de derrotabilidade expressa, como as hipóteses que excepcionam a prática de ilícitos civis nas hipóteses de legítima defesa e exercício regular de direito – nos termos do artigo 188, I, do Código Civil. A legítima defesa e o exercício regular de direito, assim como o estado de necessidade, também são casos de exclusão de ilicitude no Direito Penal, e por isso valem como exemplos de derrotabilidade expressa também nesse âmbito. Pode-se acrescentar, ainda, as situações de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade como casos expressos de derrotabilidade das decisões com efeitos vinculantes, no Brasil.

A compreensão da derrotabilidade expressa facilita a exposição, mas ela não é o caso mais interessante deste tema. Na verdade, a explicitação das exceções afasta justamente o que há de mais importante na presente discussão. Isso leva Neil MacCormick a estabelecer uma segunda categoria de derrotabilidade, ou *defeasibility*, a qual denomina de "implícita".⁷⁸⁰ Esta categoria afeta todas as instâncias das instituições jurídicas, sejam enunciados normativos, sejam decisões com efeitos vinculantes, sejam decisões com efeitos persuasivos. É por isso que elas importam para o contexto deste item.

Certamente, o que já se expôs sobre argumentação jurídica, nos tópicos de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade, facilita essa compreensão. De qualquer forma, cabe resgatar o núcleo da ideia de MacCormick: "os princípios e os valores implícitos de tal sistema interagem com as disposições mais específicas encontradas nos textos legislativos ou nas *rationes* mais precisamente definidas dos

⁷⁷⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311-312.

⁷⁸⁰ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313.

precedentes".⁷⁸¹ Bem, já se observou que o momento no qual os princípios e os valores que integram o ordenamento jurídico se fazem presentes é nas decisões, ao se decidir casos que não admitem mera dedução do texto legal. Sendo assim, a derrotabilidade implícita é uma atividade relacionada ao Direito que costuma ser exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário. Na prática, é pela identificação de problemas como os de interpretação e qualificação que os tribunais constroem hipóteses implícitas de aplicação ou de afastamento das regras – e o fazem com recurso aos princípios, valores, e outros parâmetros de interpretação. Isto leva MacCormick a afirmar que sempre "há o risco de que aquilo que está expresso no Direito possa ser superado por alguma condição não-expressa que possa implicitamente sobrepujar o que está expresso, dados os princípios ou valores em jogo".⁷⁸²

Veja-se um exemplo de derrotabilidade implícita no Brasil. Apesar de severamente criticado, fato é que o Supremo Tribunal Federal "derrotou" a concepção anterior do princípio (e direito fundamental) de presunção de inocência e considerou que é possível executar provisoriamente a sentença penal condenatória confirmada por um tribunal de segundo grau de jurisdição.⁷⁸³ Para tanto, o Ministro Teori Zavascki considerou a necessidade de se equilibrar, por um lado, a mencionada presunção de inocência, e de outro a efetividade da função jurisdicional penal. Observou o Ministro relator, ainda, que a jurisprudência assentada pela Corte, até o ano de 2016, considerava a presunção de inocência de modo amplo a fim de garantir os direitos do acusado. No entanto, o voto consignou que é apenas no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de revisar fatos e provas e, por consequência, a fixação de responsabilidade do réu.⁷⁸⁴ Pelos argumentos do Ministro Teori, portanto, os recursos aos tribunais superiores não têm o condão de alterar o resultado dos

⁷⁸¹ A versão original da obra citada, assim como sua tradução, incluem no texto acima a qualificação de "vinculante" ("*binding*") aos precedentes. No entanto, a expressão foi deliberadamente deixada de lado, no contexto acima, para evitar confusão com o que se entende por vinculante na própria tese. Como será exposto mais adiante, para MacCormick, os precedentes vinculantes podem ser excepcionados por meio da argumentação. Como o Brasil adotou a noção de decisões e súmulas vinculantes, essa classificação não se aplica. (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313).

⁷⁸² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313.

⁷⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁷⁸⁴ "Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. p.6).

juízos no que diz respeito aos fatos, pelo que não se justifica a extensão da presunção de inocência uma vez esgotadas as instâncias ordinárias. Com esse núcleo argumentativo, o Supremo alterou seu posicionamento sem que a redação de nenhuma regra fosse modificada. O princípio da presunção de inocência, como compreendido até então, foi derrotado pela efetividade da jurisdição⁷⁸⁵, passando-se a admitir a execução provisória das sentenças criminais condenatórias.⁷⁸⁶

A derrotabilidade implícita tem relação direta, portanto, com o caráter argumentativo e interpretativo do Direito. Só há sentido falar nessa hipótese de excepcionalidade ao se constatar o esgotamento da técnica dos enunciados normativos⁷⁸⁷ e a insegurança no que toca à previsibilidade das decisões judiciais em casos difíceis.⁷⁸⁸ De qualquer modo, cabe também a ressalva de que o ônus de demonstrar a derrotabilidade é da parte interessada em afastar a incidência da

⁷⁸⁵ É importante consignar um grave problema com relação à estabilidade a partir dessa decisão, o qual não foi considerado com profundidade na discussão do tribunal. A alteração do tradicional posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi tomada sem aviso, sem ouvir a comunidade jurídica e sem qualquer participação de *amicus curiae* no julgamento. Se o objetivo dos tribunais superiores é estabelecer precedentes, não podem agir desta forma e tomar a sociedade de surpresa. Mais: em julho de 2016, o Ministro Celso de Mello decidiu, monocraticamente, no sentido oposto, afirmando que o acórdão do HC 126292 não possui eficácia vinculante e não é de observância compulsória ao Poder Judiciário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135100**. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática: 01/07/2016.). O tema será retomado no item 3.7.

⁷⁸⁶ No plano conceitual, MacCormick faz um esclarecimento relevante sobre o que é derrotado: "O 'direito' (*right*) é, afinal, um objeto teórico, um fato-institucional. Tais fatos existem apenas onde haja satisfação perfeita e não-excepcionada (*undefeated*) de todas as condições (tanto implícitas quanto explícitas) efetivamente exigidas num dado caso. O que pode ser excepcionado (*defeated*) é a atribuição de um direito, ou a afirmação de um pleito a alguém (ou daquilo que alguém busca receber por meio do direito, por exemplo, o pagamento do auxílio para viúvas), situação em que não há nenhum direito em absoluto, e não um direito excepcionado (*defeated*). Portanto, não é o conceito que é excepcionável (*defeasible*), mas alguma afirmação das condições para a concretização do conceito em dados casos, ou alguma afirmação, atribuição ou pleito baseado num certo entendimento de tais condições." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.315). No caso da presunção de inocência, o direito ainda existe, mas foi houve uma alteração nas condições em que ele se opera.

⁷⁸⁷ "A atual visão sobre a *defeasibility* conecta-se a uma visão relacionada sobre o problema onipresente da formulação ou articulação do Direito (*law*). O problema é, sob um aspecto, dos limites à acuidade ou ao esgotamento nas formulações do Direito (*law*), e, sob outro aspecto, da confiabilidade das inferências derivadas das afirmações expressas por meio das quais o Direito é formulado. O Direito (*law*) precisa ser formulado em termos gerais, mas as condições genericamente formuladas são sempre capazes de omitir referência a algum elemento que pode se tornar o fato operativo-chave num dado caso." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.315-316).

⁷⁸⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.321.

norma ou de um determinado entendimento dos tribunais.⁷⁸⁹ Seja pelas provas, seja pelos argumentos, a parte que pretende afastar a incidência de uma regra deve formular o problema e, por meio de argumentos compatíveis com o ordenamento jurídico, demonstrar que outra resposta é possível. A exceção implícita se constata no momento em que o Poder Judiciário – não o Legislativo – frustra as expectativas de previsibilidade a respeito de um determinado direito. Repita-se, portanto, que a derrotabilidade implícita é matéria que depende diretamente da formulação dos argumentos jurídicos dos tribunais.

Por reconhecer o papel das Cortes no tema da derrotabilidade implícita⁷⁹⁰, MacCormick questiona qual o espaço da discricionariedade nesses julgamentos. Como o próprio autor deixa claro, a discricionariedade é elemento que sempre está presente nas decisões – a questão é buscar elementos objetivos que limitem os resultados possíveis de uma sentença. Recorde-se, aqui, o papel dos juízes na tomada de decisão:

Juízes, ao decidirem casos, podem ou não ser (ou se considerar) limitados a lidar com pontos efetivamente levantados pelas partes, mas eles certamente têm que lidar pelo menos com tais pontos. Eles têm que fornecer alguma fundamentação (*ruling*), ao menos implicitamente, para embasar sua conclusão do caso e deixar clara a razão da decisão. Eles devem fornecer argumentos que, nos seus pontos de vista, justifiquem a decisão enquanto explicam a inaplicabilidade, a relativa fraqueza ou a inabilidade de persuadir (*unpersuasiveness*) dos argumentos do outro lado.⁷⁹¹

Esses elementos não são novidade no momento em que se constata que a derrotabilidade é uma constante no Direito: o constrangimento da discricionariedade se dá, para MacCormick, pela coesão e pela coerência dos argumentos jurídicos lançados na decisão. No ordenamento jurídico brasileiro, essa tese deve ser acompanhada das exigências de integridade, estabilidade e uniformidade, como se discutiu no Capítulo 2.

⁷⁸⁹ "Seria absurdo se uma parte, confiando nas condições expressamente previstas (mesmo que apenas presumíveis) das regras presentes numa lei, num precedente ou em ambos, tivesse o ônus de primeiro imaginar e então de expressamente refutar todas as condições possivelmente excepcionadoras (*defeating*) que poderiam tornar sua pretensão inoperante. O ônus precisa recair sobre alguma outra parte interessada, ou algum agente público, para levantar uma contestação efetiva e relevante." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.316-317).

⁷⁹⁰ "Seja como for, o sopesamento de princípios e valores contra regras expressas, com o objetivo de determinar se eles dão suporte a uma exceção, é, sob qualquer perspectiva, uma questão de julgamento." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.322).

⁷⁹¹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.327-328.

A fundamentação das decisões, nesses termos, torna verdadeira a afirmação de MacCormick de que "universais excepcionáveis (*defeasible*) são, contudo, ainda universais".⁷⁹² É com esta proposta de equilibrar a tensão entre o caráter argumentativo do Direito e o ideal de certeza do Estado de Direito que a teoria de MacCormick auxilia na compreensão das decisões judiciais, dos precedentes e da proposta de uniformização de jurisprudência.

Feita essa breve digressão, retorna-se ao ponto de partida deste item. Todas as decisões judiciais deveriam possuir argumentos jurídicos coerentes e íntegros com a finalidade de convencimento do público, seja ele composto apenas das partes que integram um processo judicial, seja de toda uma comunidade jurídica. É este potencial de convencimento, aliado a posição hierárquica do tribunal que proferiu a decisão, que transforma uma decisão em um precedente. Em outras palavras, todo esse potencial de ser repetido em outras decisões atribuído aos precedentes é, justamente, o efeito persuasivo aqui tratado.

Diz-se persuasivo porque, apesar de não haver uma previsão legal que obrigue a decisão a ser seguida – como é o caso das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes – as demais razões para seguir os precedentes estão presentes. Recorde-se que, para MacCormick, a primeira é uma razão de justiça: casos iguais devem ser tratados de forma igual, casos diferentes de forma diferente, e "novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados".⁷⁹³ A segunda razão está relacionada com a imparcialidade do sistema jurídico, pela qual a mesma justiça deve ser aplicada a todos e devem ser afastadas variações frívolas no padrão decisório entre juízes ou entre tribunais. Por fim, tem-se a economia de esforço, que sugere a tomada de uma mesma decisão, salvo a constatação de um elemento especial ou um argumento distinto que provoque a reconsideração do entendimento anterior.

Não há, nas razões expostas no parágrafo acima, qualquer argumento de autoridade que exija a utilização de precedentes nos casos futuros. Se esse elemento obrigatório não existe, não há que se falar em efeitos vinculantes de uma decisão

⁷⁹² MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.328.

⁷⁹³ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

proferida pelo Poder Judiciário, exceto nas hipóteses previstas pela Constituição e, evidentemente, para as partes nas quais a decisão foi proferida. Apesar de tudo, as razões de justiça, de imparcialidade e de economia de esforço são suficientes, na visão do autor escocês, para justificar a importância de se decidir de acordo com os entendimentos já firmados pelos tribunais. No caso brasileiro, para além dos argumentos teóricos de MacCormick, deve-se considerar a adoção de um sistema que considera o papel dos precedentes e da jurisprudência no Código de Processo Civil de 2015. O raciocínio chega a ser até mesmo exclusivo: se não houvesse qualquer efeito persuasivo de uma decisão sobre outra, ou se os efeitos produzidos fossem estritamente vinculantes, não haveria razão para o Código determinar a uniformização da jurisprudência, além de sua coerência, integridade e estabilidade. Bastaria que a corte anunciasse o resultado do julgamento para as partes ou que apresentasse novo enunciado vinculante. A argumentação, por sua vez, só se justifica perante um efeito persuasivo. É importante que os casos sejam decididos de forma definitiva, mas o futuro do Direito não pode ser restringido a uma decisão com efeitos vinculantes. Assim, ganha sentido a lição de MacCormick:

O fato de que o caráter final da decisão jurídica, em nome dos propósitos práticos da tomada de decisões, impõe um fechamento, não pode insulá-la contra novas interpretações da razão crítica. Conforme já se argumentou, hierarquias de cortes e as regras de votação por maioria na corte mais alta são necessárias para atingir uma decisão final nos assuntos práticos. Elas não mostram que as questões jurídicas têm somente respostas arbitrárias, nem mesmo que não há nada a escolher entre quaisquer duas opções.⁷⁹⁴

O papel das cortes como responsáveis por estabelecer precedentes e uniformizar a jurisprudência não as equipara, portanto, com o legislador. O efeito persuasivo ou argumentativo das decisões incentiva a busca por uma decisão melhor, o que não significa que deve haver uma multiplicidade de opiniões nos tribunais. A discussão e o debate devem ser concentrados em torno do aprimoramento daquilo que já foi construído pelas cortes. Ressalte-se que esta questão implica a identificação da *ratio decidendi* dos acórdãos, no Brasil. Esta é uma questão que exige compreensão

⁷⁹⁴ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.361.

específica, que escapa dos contornos deste trabalho, mas que vem sendo debatida pela doutrina.⁷⁹⁵

Sob uma ótica inversa, o efeito persuasivo só se justifica porque o Direito está sujeito a desacordos. Se Dworkin sustenta existirem desacordos teóricos sobre o Direito, a Teoria do Direito e as demais disciplinas são majoritárias ao admitir que, sem dúvida, existem desacordos no Direito.⁷⁹⁶ Nesta linha, e partindo da premissa de que, ao menos no tema das decisões judiciais, é possível identificar precedentes e discutir sobre os argumentos lançados em cada uma dessas decisões anteriores, o desenvolvimento da jurisprudência ocorre pelo estudo dos argumentos mais convincentes e pela busca de maior coerência, integridade e estabilidade.

Uma terceira ótica que merece ser destacada é a relacionada aos advogados. Se um argumento foi exaustivamente superado em determinadas demandas, não há razão para continuar alegando-o como se fosse relevante para a alteração do posicionamento. Ao contrário, os procuradores devem buscar outros argumentos que possam alterar a conclusão dos tribunais. Assim, ao invés de insistir em teses comprovadamente ineficazes, a advocacia se volta ao estudo de teses inovadoras que possam, de fato, conter argumentos melhores que os anteriores.⁷⁹⁷ Veja-se, a partir dessa observação, que a falta de uma teoria dos precedentes também contribui para a

⁷⁹⁵ Em especial, MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Ver, ainda, ensaio sobre a importância da figura do relator nas decisões dos tribunais em: SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.180-200, 2015.

⁷⁹⁶ "Desacordos relativos a questões importantes e profundas de opinião existem. Eles são, no entanto, desacordos entre pessoas que compartilham uma visão dos pontos que estão em jogo no argumento, ao mesmo tempo em que atribuem peso diferente a componentes diversos, de modo isolado e em alguma combinação. Nesse sentido, eles são desacordos razoáveis entre pessoas razoáveis, desacordos que persistem depois de debate e deliberação cuidadosos e refletidos." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.339).

⁷⁹⁷ "Sob essa perspectiva, o objetivo do Direito e da argumentação jurídica é conferir maior determinação às coisas que nossas ideias gerais de razoabilidade deixariam muito indeterminadas. Assim, de modo experimental ao longo do tempo, conforme Stair, desenvolvemos regras e princípios, fundamentos para decisão, práticas de argumentação. Tentamos assegurar decisões razoáveis, decisões razoáveis e fundamentadas dentro de uma moldura institucional prática." (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.360). No original, o trecho tem o mesmo sentido, mas é ligeiramente diferente: "*On that view, the point about Law and about legal reasoning is to make more determinate things which our general ideas of reasonableness could not but leave too indeterminate. And so, experimentally over time, as Stair put it, we develop rules and principles, grounds of decision and argument, and practices of reasoning and of trying to secure reasonable decisions, decisions reasoned and reasonable within an institutional legal framework.*" (MacCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p.278).

estagnação do Direito, pois a incerteza incentiva a repetição e a cópia de argumentos reiteradamente rejeitados em juízo.

Diante de tudo que foi exposto, reconhecer e enaltecer a opção do ordenamento jurídico brasileiro pela prevalência do efeito persuasivo para a grande maioria de suas decisões, em detrimento do que chamou-se de vinculante, é compatível com a conclusão geral de MacCormick em *Retórica e o Estado de Direito*: "levar a razão prática e a argumentação jurídica a sério não enfraquece o respeito pelo Estado de Direito; essa atitude o reforça".⁷⁹⁸ Prezar pela coerência, integridade, estabilidade e uniformidade das decisões, e defender que esses elementos constituem uma jurisprudência cujo efeito é persuasivo significa reconhecer, por um lado, a importância das decisões judiciais para o Estado de Direito e, ao mesmo tempo, respeitar a função do Poder Judiciário estabelecida pela Constituição.

Estabelecido o plano teórico em que se compreende o efeito persuasivo, é necessário que se analisem as hipóteses do artigo 927 às quais se atribui o referido efeito. São elas:

- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O procedimento do incidente de assunção de competência foi previsto pelo artigo 947, do Código de Processo Civil.⁷⁹⁹ Ele é cabível quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Trata-se, portanto, de uma análise prévia de relevância jurídica

⁷⁹⁸ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. São Paulo: Elsevier, 2008. p.362.

⁷⁹⁹ Para uma análise que contempla o procedimento do instituto, ver: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. Salvador: JudPODIVM, 2016. v.3. p.653-669; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p.565-570; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p.250-255.

e de repercussão do caso, a qual deve partir do relator, de requerimento da parte ou do Ministério Público, e uma vez constatada o feito será remetido a órgão colegiado indicado pelo regimento do tribunal. Costumeiramente, este órgão é o Pleno ou o Órgão Especial. De acordo com o § 3.º, do artigo 927, do Código de Processo Civil, o acórdão proferido na assunção de competência "vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese". Esta vinculação, por não estar prevista pela Constituição brasileira, não pode ser lida como uma hipótese de efeito vinculante. Ao contrário, deve ser compreendida como a incidência do efeito persuasivo, na medida em que, por razões de justiça, imparcialidade ou economia, os juízes vinculados ao tribunal que firmou aquele entendimento devem segui-lo, salvo se demonstrarem que uma decisão mais coerente é possível. Assim, a ressalva do Código, de que existe vinculação "salvo se houver revisão de tese", permite a cada juiz propor uma solução que entender mais adequada, a qual será apreciada pelo tribunal que assumiu a competência originariamente.

Evidentemente, a fundamentação da decisão do tribunal em assunção de competência poderá ser aplicada, caso o magistrado a considere adequada. A outra via é que o magistrado faça a distinção entre os casos ou, ainda, supere o entendimento da corte, por meio de uma argumentação mais coerente. Esta conclusão decorre do plano teórico aqui estabelecido, mas também está prevista expressamente no artigo 489, especialmente nos incisos V e VI do § 1.º: não se considerada fundamentada a decisão que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" ou "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento". Assim, para adotar o entendimento da assunção de competência, há um ônus argumentativo, que é identificar os fundamentos da decisão anterior e demonstrar que o caso atual se ajusta a eles; da mesma forma, existe outro ônus argumentativo, mais complexo, para se deixar de seguir o precedente. Por isso, para ter verdadeira eficácia, o acórdão proferido em assunção de competência deve estar fundado nos argumentos mais coerentes e íntegros possíveis, a fim de convencer os demais magistrados de que aquela decisão é a melhor para determinado caso. A necessidade desse convencimento confirma que o efeito aqui discutido é o persuasivo. Infelizmente, não há notícia de qualquer incidente

de assunção de competência julgado após a entrada em vigor do Código de Processo Civil que permita ilustrar essas considerações.

Ao tratar da assunção de competência, o Código não apresenta qualquer preocupação com a publicidade dada ao caso, nem com a participação efetiva da sociedade no julgamento. Em que pese esta questão possa ser apontada como uma falha, existem outros dispositivos da mesma codificação que permitem suprir essa deficiência. Na análise das outras hipóteses de efeito persuasivo esta questão será apreciada.

A segunda hipótese de decisão com efeito persuasivo é a derivada do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Este incidente está previsto nos artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil.⁸⁰⁰ Para sua instauração, o

⁸⁰⁰ O incidente de resolução de demandas repetitivas vem recebendo mais atenção da doutrina, o que se reflete, inclusive, quantitativamente. Ver, nessa linha, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Salvador: JudPODIVM, 2016. v.3. p.625-642; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.313-358; CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.359-384; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.389-400; ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.401-416; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.417-446; ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.447-468; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: **Doutrina selecionada: Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.469-486; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.331-342; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Precedentes e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.567-590; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os Juizados Especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.659-670; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.321-330; MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.525-531; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p.576-585; AMARAL, Guilherme Rizzo.

legislador exigiu a constatação de dois requisitos, simultaneamente: "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito" e "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica". Na prática atual, a constatação do primeiro – repetição de processos – já é garantia de que o segundo também existe, pois a multiplicação de processos implica risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Com o tempo, porém, haverá razão para se admitir cada um dos incisos do artigo 976 como um requisito distinto.

Constatadas as demandas repetitivas e o risco à isonomia e à segurança, e atendidas as regras de distribuição do Código de Processo Civil, deve-se destacar a importância do artigo 979. Trata-se, justamente, da imprescindível preocupação do legislador com a participação pública quando do julgamento de causas relevantes, ausentes na assunção de competência. Prevê o Código:

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1.º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2.º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3.º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Portanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas exige ampla e específica divulgação e publicidade em âmbito nacional, a ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Além disso, os próprios tribunais deverão manter banco eletrônico de dados, mantendo-o atualizado e em consonância com o registro do CNJ.

Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas". **Revista de Processo**, v.196, p.237-262, jun. 2011; CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v.147, p.123-141, maio 2007; CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v.231, p.201-217, maio 2014; LIPPMANN, Rafael Knorr. Primeiras reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Cadernos Jurídicos**: série especial – novo CPC. OAB Paraná, n.60, p.1-5, set. 2015; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p.255-265.

Observe-se, ainda, que o § 2.º do artigo 979, exige a cautelosa identificação das causas submetidas ao incidente, com registro das teses jurídicas que compreendam os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. Registre-se, aqui, que por fundamentos determinantes da decisão o Código se refere aos argumentos que compõem a *ratio decidendi*, ou seja, as razões necessárias para a decisão, como exposto no Capítulo 1. Fato é que a preocupação do artigo 979 é com a divulgação do incidente para permitir a participação não só das partes envolvidas no caso, mas de toda a comunidade com interesse no julgamento. Esta questão ganha ainda mais relevo com o artigo 983:

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1.º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2.º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

No julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas o tribunal deverá ouvir as partes e os interessados, que poderão juntar documentos e realizar diligências necessárias para a elucidação de questões de direito controvertidas. O Ministério Público também tem participação nos feitos. Para além disso, o Código permite a realização de audiências públicas e também contém, no artigo 138, a previsão de atuação da figura do *amicus curiae* em casos de repercussão social e de matérias relevantes.⁸⁰¹ Para além da participação de terceiros e audiências públicas, o próprio julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas prevê maior participação da comunidade: não só as partes podem sustentar, mas também os interessados na causa, desde que inscritos com dois dias de antecedência, nos

⁸⁰¹ Sobre as audiências públicas e *amicus curiae*, ver: GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo**: críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Repercussão geral e efeito vinculante**: neoconstitucionalismo, *amicus curiae* e a pluralização do debate. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Sobre questões processuais: BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

termos do artigo 984, do Código de Processo Civil. Após o julgamento, prevê o artigo 985, do Código, sobre os efeitos da decisão:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1.º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2.º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Da leitura do artigo 985, pode-se cogitar de uma atribuição de efeitos vinculantes ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Tendo ou não sido este o objetivo do Código, neste dispositivo, sabe-se que a Constituição não permite essa interpretação, pois não se pode retirar de quem não participou de um processo suas garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa, ou seja, a oportunidade de convencer o Poder Judiciário a mudar de entendimento ou, ao menos, ter o direito de ser ouvido. Sendo assim, a previsão do inciso I, do referido artigo, parece ser válida: a tese firmada no incidente se aplica a todos os processos em tramitação, pois todos os envolvidos nesse caso têm, em tese, a oportunidade de participar e atuar no julgamento das demandas repetitivas. Caso essa oportunidade tenha sido tolhida, seja por questões jurídicas, seja por questões econômicas, seria possível cogitar a aplicação dos artigos 9.º e 10.º, do Código de Processo Civil, para permitir às partes que se manifestem sobre a decisão do incidente.⁸⁰² Estas situações, porém, não são as mais complexas para se enfrentar na interpretação deste dispositivo.

O que merece maior atenção é o inciso II. De acordo com este dispositivo, também se aplica a decisão do incidente "aos casos futuros que versem idêntica

⁸⁰² Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

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.

questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.". A interpretação literal do inciso pode levar à conclusão de que a decisão vincula todos os juízes e o próprio tribunal que proferiu a decisão até sua posterior revisão. É de se perguntar, porém, como a revisão pode ocorrer se, em tese, não haverá mais debate sobre o tema? A resposta deve considerar o que é um efeito persuasivo. Recorde-se que esse efeito age sobre o convencimento dos demais magistrados, os quais podem optar entre seguir o entendimento ou justificar as razões que os levaram a decidir de modo diverso. Assim, para se afastar do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, cabe ao juiz demonstrar que a situação que ele tem em suas mãos é distinta da repetitiva, ou cabe a ele desenvolver um argumento que supere a fundamentação do tribunal; ou seja, que seja mais coerente com o ordenamento jurídico. Esta possibilidade permite organizar a discussão sobre o tema e confere maior segurança ao jurisdicionado. Assim, não basta que o magistrado não concorde com a decisão do tribunal: ele deverá apresentar, na sua fundamentação, argumentos que superem o entendimento anterior.

O que não se justifica é que casos idênticos, nos quais as partes insistem em litigar, mesmo com entendimento de tribunal firmado sobre o tema, e com os mesmos argumentos lançados pelas partes, sejam tratados como novidade por determinados juízes. Para estes casos, aliás, pode-se sugerir uma interpretação mais restrita da expressão "idêntica questão de direito": não só o tema é o mesmo, mas os argumentos jurídicos das partes são conhecidos e já foram enfrentados pela corte, quando do julgamento do incidente. Neles, não há razão para afastar o entendimento do julgamento estabelecido para as demandas repetitivas. Isto permite que os magistrados economizem tempo nos casos efetivamente repetitivos, e examinem com maior cuidado os casos em que há, efetivamente, uma questão nova sendo tratada – ainda que a novidade seja um argumento jurídico para uma mesma questão de fato.

Para qualquer hipótese de desatendimento da tese firmada em recursos repetitivos, afirma o Código que cabe reclamação. Nesta reclamação, ou por outro recurso que devolva a questão repetitiva, mas com novos argumentos, o tribunal poderá revisar seu entendimento, nos termos do artigo 986. Por fim, os juízes, as partes, o

Ministério Público ou a Defensoria Pública também podem provocar a revisão, o que confirma o caráter persuasivo do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A terceira hipótese de decisão dotada de efeito persuasivo também está prevista no inciso III, do artigo 927, do Código de Processo Civil. Trata-se do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.⁸⁰³ O tratamento legislativo dessa técnica está nos artigos 1.036 a 1.041, do referido diploma. De acordo com o artigo 1.036, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento dos casos repetitivos. Neste caso, observada a repetição de recursos, o tribunal de origem ou o Ministro Relator do tribunal superior escolhe dois ou mais processos representativos da controvérsia, ao mesmo tempo em que determina a suspensão dos outros processos pendentes. Sobre a escolha dos casos representativos, dispõe o Código, no artigo 1.036, § 6.º, que "somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida". Essa exigência é reveladora do caráter interpretativo e persuasivo do julgamento dos recursos repetitivos.

Deve-se destacar o cuidado do legislador em permitir que as partes de outros processos, não escolhidos para representar a controvérsia, têm para alegar a distinção entre a questão controversa em discussão nos tribunais superiores com a discutida no caso específico. Se for constatada que as questões são juridicamente diferentes, retoma-se a tramitação regular do feito. Para os demais, em que a questão é efetivamente idêntica, caberia apenas aguardar o julgamento pelo tribunal. No entanto, o que se espera não é mera passividade, mas sim a efetiva participação dos

⁸⁰³ Sobre o julgamento de recursos repetitivos, ver, na doutrina do direito processual civil: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. Salvador: JudPODIVM, 2016. v.3. p.583-651; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.322-330; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.330-337; MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.493-525; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p.270-280.

interessados quando do julgamento dos recursos repetitivos. Deve-se observar que, pelo artigo 1.038, o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento, além de requisitar informações aos tribunais de origem. O Código, assim, admite a participação ativa dos interessados, inclusive daqueles que tiveram seus feitos suspensos, no julgamento da questão representativa da controvérsia. Com isso, tem-se que os casos em curso e suspensos sofrerão as consequências da decisão do tribunal superior, já que todos têm a oportunidade de influenciar na decisão. As consequências mencionadas, ou efeitos, estão previstas no artigo 1.040:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1.º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2.º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3.º A desistência apresentada nos termos do § 1.º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Observam-se três efeitos imediatos sobre os processos em curso. Os recursos, especiais ou extraordinários, contrários à decisão do tribunal superior, terão seguimento negado na origem. Isto ocorre porque, pelas regras de julgamento dos recursos repetitivos, o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida, conforme o artigo 1.038, § 3.º. Pressupõe-se, portanto, que as teses disponíveis da data do julgamento são consideradas pelo colegiado e que a decisão tomada destina-se, de fato, a todos os casos repetidos. Este efeito

não é vinculante, pois não condiciona a atuação futura das cortes. Ao contrário, a decisão responde a uma situação atual, com a vantagem de se preservar a uniformidade.

O segundo efeito impõe que o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexamine a matéria, caso o acórdão recorrido contrarie a orientação do tribunal superior. Trata-se de previsão para a hipótese inversa da prevista no inciso I. Se, para as decisões que vão ao encontro do posicionamento do tribunal superior, os recursos devem ser sobrestados, as decisões que contrariam o posicionamento da corte superior devem ser reformadas. Novamente, esta questão decorre da uniformidade e não condiciona os tribunais para o futuro, pelo que não há efeito vinculante. Este mesmo raciocínio pode ser aplicado ao inciso IV, que exige a comunicação das agências reguladoras para a fiscalização do cumprimento da decisão, por parte das concessionárias ou outras entidades sujeitas à determinação judicial.

Já a hipótese do inciso III, do artigo 1.040, exige maior cautela. Pelo dispositivo, "os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior". É preciso interpretar esse dispositivo de modo que não se viole as garantias fundamentais de contraditório e ampla defesa. Espera-se que as partes tomem conhecimento da decisão do recurso repetitivo ou que, ao menos, sejam comunicadas do fato pelo magistrado. Assim que tomarem conhecimento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, porém, as partes podem dar sequência ao processo dialético de argumentação jurídica. A elas é permitido expor as razões de distinção entre os casos repetitivos e o atual, ou demonstrar a possibilidade de se decidir o caso de forma mais coerente e íntegra. Evidentemente, exige-se um esforço argumentativo bastante árduo dos advogados, mas é o esforço necessário para qualquer advogado que atua em um sistema que confere efeito persuasivo aos precedentes. A outra saída para o autor que tomar conhecimento do julgamento de recursos repetitivos mas não tiver possibilidade de distinguir seu caso ou apresentar argumento mais adequado é a desistência da ação, sem custas e independentemente de consentimento do réu.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Seria interessante que se concebesse um sistema de garantias semelhantes no caso de o entendimento dos tribunais superiores ser favorável ao autor. Nessa hipótese, o Código poderia, por exemplo, abrir a oportunidade para que o réu reconhecesse a procedência do pedido, isentando-o de custas processuais, ou outro benefício, a fim de encerrar o feito imediatamente.

Por fim, é de se consignar que um acórdão divergente, após a fixação do entendimento pelos tribunais superiores, deverá ser remetido à respectiva corte, nos termos do artigo 1.036, § 1.º. Esta prática, ao mesmo tempo em que permite a divergência dos magistrados com os tribunais superiores, preserva a uniformidade, uma vez que a revisão da matéria terá, novamente, as garantias de maior publicidade e de participação do jurisdicionado.

No que toca às súmulas, cuja observação é determinada pelo artigo 927, inciso IV, há pouco para acrescentar ao que se tratou no item 3.3. No contexto dessa tese, parece natural que a súmula "não vinculante" perca seu espaço e sua relevância. Afinal, essa espécie de súmula padece dos mesmos vícios apontados para os assentos e às súmulas vinculantes, ao mesmo tempo em que não produz os efeitos previstos pelo artigo 103-A, da Constituição. Trata-se, no fundo, de uma decisão sem fundamentos jurídicos. Com esse formato, e pela estrutura interpretativa que marca o Direito contemporâneo, as súmulas parecem não passar de uma síntese do posicionamento jurisdicional, que exigem a busca pelo inteiro teor dos julgados que lhes deram origem para a compreensão dos argumentos dos julgadores. Por outras vias, as súmulas não possuem nem efeito vinculante, nem efeito persuasivo. Melhor para os tribunais é trabalhar com as outras figuras já citadas, de assunção de competência, incidente de demandas repetitivas e julgamento de recursos repetitivos.

A última hipótese do artigo 927, inciso V, é orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estiverem vinculados.⁸⁰⁵ Essas decisões, de fato, têm efeito persuasivo, pois estão voltadas ao convencimento dos magistrados vinculados

⁸⁰⁵ Sobre este tema, em comentários esparsos, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.283-288; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional**: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <<http://goo.gl/j9eVWd>> Acesso em: 30 abr. 2016; ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p.230-239; ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.407-423; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.461-467; TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.445-457; PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.537-563.

aos tribunais estaduais ou regionais federais. Acórdãos dessas cortes não possuem grande potencial para se tornarem precedentes, pois são decisões proferidas por tribunais com competência territorial reduzida. Nada impede, porém, que a argumentação desenvolvida nesses tribunais condicione e influencie a discussão, seja nos juízos de primeiro grau, seja nos tribunais superiores. Além disso, a posição adotada pelos tribunais estaduais e regionais desenvolve uma primeira orientação sobre o entendimento de determinada matéria, o que tem forte relação com os aspectos da integridade e da estabilidade. Assim, ainda que possam ser revistas, as orientações dos plenários em determinado sentido merecem ser consideradas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo a evitar a criação de disparidades na aplicação do direito ou uma variação frívola da jurisprudência.

São essas as considerações pertinentes sobre as hipóteses dotadas de efeitos persuasivos previstas no artigo 927, do Código de Processo Civil. Procurou-se demonstrar como cada uma delas pode ser compreendida tendo apenas o efeito persuasivo, abrindo-se a oportunidade para o prosseguimento da discussão por meio da identificação de circunstâncias que admitam a derrotabilidade das decisões, seja pela distinção dos casos, seja pela superação do argumento jurídico. O item a seguir pretende dar um fechamento à discussão dos efeitos vinculantes e persuasivos, por meio do exame de outras técnicas concebidas pelo Código de Processo Civil, fundadas na jurisprudência, nos precedentes e nos ideais de uniformidade, economia de esforço e isonomia.

3.5 EFEITO PERSUASIVO E TÉCNICAS DE ECONOMIA PROCESSUAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A razão de ser deste item é o fato de que o Código de Processo Civil se utiliza da existência de jurisprudência, de precedentes e de hipóteses previstas pelo artigo 927 para autorizar decisões que antecipam a tutela, que permitem o julgamento liminar de improcedência, a negativa de seguimento de recursos, dentre outros. O ponto que será defendido é o de que, salvo as hipóteses de efeito vinculante, tais técnicas processuais desenvolvidas pelo legislador não afastam o caráter eminentemente persuasivo das decisões, pois em nenhum momento impedem o exercício do direito de contraargumentar ou de demonstrar que o caso em questão é diferente.

Pela ordem dos procedimento previsto pelo Código de Processo Civil, as duas primeiras hipóteses a serem examinadas são as de tutela de evidência e de improcedência liminar do pedido, previstas, respectivamente, nos artigos 311, inciso II, e 332, do referido Código:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...]

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...]

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Veja-se que a existência de jurisprudência permite ao autor dar início a um processo com a obtenção do bem da vida que pretende, pela tutela da evidência⁸⁰⁶, ou nega-lhe, liminarmente, seu pedido. A concessão de tutela de evidência deve ser fundada em súmula vinculante – excluída da análise deste item – e em julgamento de casos repetitivos. Por "casos repetitivos", note-se, o Código faz referência tanto aos julgamentos de demandas repetitivas quanto aos julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, o que decorre do artigo 928, deste diploma.⁸⁰⁷ Sendo assim, há hipóteses de decisões com efeitos persuasivos que autorizam a concessão de antecipação de tutela, sem urgência, para o autor que demonstrar

⁸⁰⁶ Em outro ensaio, examinou-se a tutela da evidência de forma mais pormenorizada: PUGLIESE, William. Tutela da evidência, do Novo Código de Processo Civil, fundada em julgamentos de recursos repetitivos ou súmulas vinculantes. In: OLIVEIRA, Andressa Jarletti de; XAVIER, Luciana Pedrosa (Org.). **Repensando o direito do consumidor III**: 25 anos de CDC: conquistas e desafios. Curitiba: OABPR, 2015. p.326-345.

⁸⁰⁷ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

documentalmente suas alegações de fato. O réu será citado para cumprir a decisão e se defender, tendo também o ônus de recorrer da decisão que concedeu a tutela.

Por outro lado, o caso que dispensa a fase de instrução probatória pode ter um desfecho ainda mais rápido, se houver súmula ou julgamento de caso repetitivo contrários a tese do autor. Nestas condições, o pedido será julgado liminarmente improcedente pelo magistrado, independentemente de citação do réu. A pergunta que se deve fazer é se essas decisões, supostamente com efeitos persuasivos, podem produzir esses resultados. A resposta, porém, não está propriamente no efeito persuasivo, mas no ideal de uniformização de jurisprudência instituído pelo Código de Processo Civil.

O legislador fez uma opção por conceder maior força à jurisprudência, sob a condição de que sua uniformização ocorra de forma coerente, íntegra e estável. Atendidas essas condições, deve-se depreender que o ônus argumentativo para se afastar um entendimento firmado pela jurisprudência não deve ser pequeno. Ao contrário, qualquer petição que pretenda enfrentar a posição atual dos tribunais deve ser fundamentado da melhor maneira possível, com argumentos novos e que se proponham melhores que os consolidados pelos tribunais. Em termos objetivos, é preciso superar os efeitos persuasivos estabelecidos pela jurisprudência com argumentos ainda mais persuasivos.

Não há interesse, pelo legislador, em manter o sistema atual em que autores que não têm razão não buscam um fundamento melhor, mas sim um magistrado que siga uma linha minoritária; ou um réu que não tem razão, mas que posterga um processo apenas para se beneficiar da passagem do tempo.⁸⁰⁸ Não há razão para se privilegiar esses dois discursos. Por conta disso, o Código atribui o ônus do tempo e o ônus argumentativo à parte que se colocará em contrariedade à jurisprudência. Utilizando-se do recurso de MacCormick à prática, cabe imaginar uma situação real: procurado por um cliente, um advogado pode ajuizar uma ação sobre tema que já foi julgado como demanda repetitiva de forma contrária aos interesses que ele deverá defender. Nada impede que esse advogado prepare sua petição inicial; no entanto, de nada adiantará que os argumentos utilizados sejam os mesmos que foram

⁸⁰⁸ Sobre a atribuição do ônus do tempo no processo, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

apreciados nas decisões anteriores, pois eles não têm o condão de alterar a posição do Poder Judiciário. Este advogado deverá, como exposto, procurar duas saídas: demonstrar que o seu caso é diferente no plano fático ou, ainda, desenvolver uma tese que justifique o pedido de revisão da decisão firmada em julgamento repetitivo, a qual deverá ser fundamentada em argumentos ainda mais coerentes. Se nenhuma dessas vias parecer possível, cabe ao advogado sugerir a seu cliente uma via conciliatória ou reconhecer que ele não tem o direito questionado. Afinal, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário pode estar certo em alguns casos. Evidentemente, esse reconhecimento dependerá de uma análise de cada decisão, mas a opção pela maior relevância da jurisprudência no Código de Processo Civil indica que o Poder Legislativo admite que o Judiciário também tem acertos.

A questão, portanto, permanece intrinsecamente ligada à qualidade da fundamentação das decisões e ao atendimento dos parâmetros normativos estabelecidos pelo Código: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. Desvios nesses elementos ensejarão novas demandas, aproveitando-se das deficiências da fundamentação anterior. Não há engessamento nem violação aos direitos fundamentais de ação e defesa; na verdade, existe um aprimoramento do processo judicial e um refinamento das discussões levadas a juízo. Se esses elementos estão presentes, as técnicas processuais da tutela da evidência e o julgamento liminar de improcedência não dependem de efeito vinculante, mas de efeito persuasivo.⁸⁰⁹

Existem outras hipóteses em que decisões com efeito persuasivo são utilizadas pelo Código de Processo Civil para reduzir a complexidade de alguns procedimentos ou simplificar o processo. Nessa linha, tem-se a dispensa de remessa necessária, prevista no artigo 496, § 4.º; a negativa de provimento a recurso pelo relator, sem julgamento colegiado, do artigo 932, IV, e o provimento monocrático, do inciso V do mesmo artigo 932 (este, após a apresentação de contrarrazões pelo recorrido); e a negativa de seguimento de recurso especial ou extraordinário, pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, disposta no artigo 1.030, inciso I, alíneas a) e b). Existem outros exemplos no Código, mas para todos a racionalidade aqui proposta parece ser aplicável: sempre haverá a possibilidade de argumentar

⁸⁰⁹ É certo que, se o efeito for vinculante, o entendimento das cortes deverá ser aplicado, mas ainda assim há as possibilidades de exceção examinados nos itens 3.2 e 3.3. De todo modo, o efeito vinculante é menos comum que o persuasivo e só ocorre em circunstâncias autorizadas pela Constituição.

contra a jurisprudência, mas com um ônus argumentativo maior. Acresça-se, ainda, que a previsão de cabimento de reclamação contra decisão contrária a julgamento de recursos repetitivos e assunção de competência, do artigo 988, inciso IV, não afasta o elemento essencialmente persuasivo: ela garante uma via de diálogo direta com os tribunais superiores, em homenagem à uniformização – o critério não é a vinculação dos efeitos, mas o ideal normativo do artigo 926. Esse ponto será aprofundado nos itens seguintes.

Compreendida a opção do legislador, os efeitos de cada decisão e o caráter eminentemente persuasivo da jurisprudência, é possível retornar aos elementos examinados no Capítulo 2 e tratar, especificamente, da uniformização da jurisprudência. Com isso, o trabalho caminha para sua conclusão.

3.6 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Afirmou-se que o Código de Processo Civil atribuiu aos tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência. No Capítulo 2, foram expostos os valores que justificam esse dever e que orientam as cortes para a realização dessa atividade. No Capítulo 3, até o momento, demonstrou-se como essa discussão está de acordo com a Constituição brasileira e quais são os efeitos que decorrem da jurisprudência. Resta, por fim, aplicar esses conceitos e mirar a uniformização de jurisprudência como um conjunto de técnicas processuais e de decisão judicial voltadas para o aprimoramento do ordenamento jurídico. Para tanto, parte-se das lições teóricas de Raimo Siltala, que sintetiza as facetas de um Estado de Direito que reconhece a importância dos precedentes.

Raimo Siltala é professor de Teoria do Direito da Universidade de Turku, na Finlândia, e produziu sua tese de doutorado sobre a teoria dos precedentes em 1998, sob condições bastante interessantes. Seu orientador foi Aulis Aarnio e sua arguição foi realizada por Neil MacCormick. O resultado final do trabalho, publicado em 2000⁸¹⁰, incorporou parte das críticas e constitui um trabalho de grande profundidade sobre o tema. Um dos pontos de maior pertinência do livro para o presente trabalho é a sistematização do autor sobre a ideologia que pressupõe o ato

⁸¹⁰ SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

de seguir precedentes no Estado de Direito. Após essa exposição, retorna-se às premissas estabelecidas pelo Código de Processo Civil brasileiro, com o objetivo de aproximar a teoria do autor ao ordenamento jurídico pátrio.

Para Siltala, existem seis critérios gerais, compatíveis com o Estado de Direito, que justificam e edificam o ato de seguir precedentes, além de pautar a busca de legitimidade nas decisões judiciais.⁸¹¹ São eles: a adequação e a aptidão das informações normativas e fáticas; a previsibilidade justa; o equilíbrio sistêmico (congruência); compromissos ideológicos e habilidades argumentativas; respeito às concepções básicas de justiça formal e material na sociedade; e a integridade na argumentação.⁸¹²

Sobre a adequação e a aptidão das informações que uma decisão deve conter, Siltala afirma que esse critério se divide em duas categorias. De um lado, essa aptidão pode ser vista sob uma ótica quantitativa e, de outro, sob uma ótica qualitativa. A quantidade de decisões anteriores, para mais ou para menos, pode ser prejudicial para a atividade do tribunal. Na primeira hipótese, o conteúdo verificado em um excesso de decisões certamente entrega ao juiz uma quantidade de informações maior do que a que ele tem condições de acompanhar. Mais do que isso, as decisões podem ser inconciliáveis, ou mesmo contraditórias, pelo fato de não compreenderem ou não aplicarem os precedentes disponíveis. A outra hipótese, de falta de precedentes para orientar uma decisão, deixa o juiz sem linhas de raciocínio para seguir, o que o deixa apenas com recursos à lei, que muitas vezes é a causa da dúvida judicial, ou à analogia. De um lado ou de outro, cabe ao magistrado ou tribunal organizar o material disponível – se houver decisões em número muito alto, pode-se agrupar os casos em linhas argumentativas, por exemplo – e julgar o caso. Independentemente da hipótese, porém, o número exagerado ou a falta de precedentes é razão para se defender a uniformização da jurisprudência, pois a tomada de posição das cortes reduz os dois problemas.⁸¹³

⁸¹¹ "There are six general rule of Law criteria for precedent-following which frame the pursuit of legitimacy for the outcome of such legal adjudication." (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.168).

⁸¹² "(1) appositeness (expediency) and adequacy of normative and factual information; (2) fair predictability; (3) systemic balance (congruence); (4) ideological commitments and argumentative skills; (5) respect for the basic conceptions of justice and fairness in society; and (6) integrity in argumentation." (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.168).

⁸¹³ SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.169.

Essa redução dos problemas acima enumerados também se beneficia do aspecto qualitativo da aptidão das informações das decisões. Para Siltala, a qualidade está no cuidado das cortes em explicitar os argumentos relevantes da decisão. O autor prega um estilo que não seja nem lacônico, nem demasiadamente técnico, mas que também não seja desnecessariamente prolongado. As duas vias impedem a identificação dos argumentos da corte, ou pela falta de informações, ou pelo exagero delas.⁸¹⁴ Ao estabelecer o critério de adequação e aptidão das decisões, portanto, o autor busca a coerência narrativa e normativa das decisões, além de sugerir a otimização da coerência, optando por decisões bem fundamentadas, mas sem excessos.

Ao tratar da previsibilidade justa, o autor remete este ideal às noções de estabilidade, de coesão social e propriamente de previsibilidade, sem descuidar da necessidade de se deixar uma via aberta para mudanças. Assim, o que se pretende afirmar por uma justa previsibilidade é a expectativa de toda a sociedade, e dos litigantes em especial, que os casos judiciais sejam resolvidos de modo consistente e racional. Se os tribunais produzirem "mudanças abruptas, em ziguezague ou caprichosas na estrutura institucional da sociedade"⁸¹⁵, sem a concessão de avisos em tempo adequado (*fair warning*) ou, no mínimo, a exposição das razões que justifiquem a alteração produzida, viola-se a previsibilidade. De certa forma, esse critério de Siltala está garantido no Brasil pelos ideais de integridade e estabilidade.

O terceiro critério de Siltala, de equilíbrio ou congruência sistêmica, está ligado a como se usam os precedentes em um determinado ordenamento. O critério proposto, portanto, está relacionado a uma congruência sistêmica restrita, específica para os precedentes – não se confunde, portanto, com a congruência sistêmica de Melvin Eisenberg. Trata-se, para Siltala, de respeitar as técnicas de identificação da *ratio decidendi*, o que depende da explicitação das razões e dos fundamentos

⁸¹⁴ "Apart from the obvious shortcomings induced by laconic, highly technical and oracle-like reasons for a judicial decision, in the style of the Cour de Cassation in France or the *massime* extracted from the court rulings by the Ufficio del Massimario in Italy, all too lengthy and elaborate chains of judicial reasoning may also be a judicial vice, at least if combined with a less than fully reflected or disciplined use of arguments. The English style of argumentation may be thought to bear some elements of such a judicial vice. In all, overdue legal formalism and the lack of internal structure, coherence and discipline in legal argumentation will count for the most obvious defects in judicial reasoning." (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.170).

⁸¹⁵ Tradução livre de "abrupt, 'zig-zagging' or whimsical changes in the institutional structure of society". (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.170).

determinantes pelos tribunais.⁸¹⁶ No Brasil, esse critério parece ser atendido ao se compreender o efeito persuasivo da jurisprudência, o papel de cada tribunal e as técnicas de identificação da *ratio* das decisões.

Tem-se por quarto critério o reconhecimento de compromissos ideológicos e habilidades argumentativas na atuação dos magistrados. Para Siltala, um sistema de precedentes não pode funcionar adequadamente "a não ser que exista um conjunto específico de compromissos ideológicos e habilidades argumentativas presentes no Judiciário e nas profissões jurídicas".⁸¹⁷ A teoria defendida pelo autor não exige que todos os juízes tenham uma mesma ideologia política, nem mesmo que sigam uma única linha de teoria jurídica⁸¹⁸; o que se exige, no mínimo, é que a magistratura dê valor aos precedentes e veja-os como uma fonte de argumentação jurídica. Pode-se dizer que Siltala condiciona a eficácia de um sistema de precedentes ao reconhecimento do efeito persuasivo das decisões.

O autor não investe muitas linhas para justificar o quinto critério, qual seja, o respeito às concepções básicas de justiça formal e material na sociedade.⁸¹⁹ Para ele, este ideal está calcado na noção de não se violar os fundamentos de uma sociedade, especialmente a igualdade. Preservar a justiça entre as decisões é tratar a todos com igualdade, o que se encontra protegido pela coerência e pela integridade, quando se examina o critério do autor finlandês sob o vocabulário instituído pelo Código de Processo Civil brasileiro.

Por fim, o sexto critério é o que Siltala denomina de integridade na argumentação. O autor é rápido em afirmar que usa a expressão sem relação com Ronald Dworkin. A proposta está mais relacionada com as noções de integridade desenvolvidas no Capítulo 2 à luz de Cox, La Case e Levine, pois a integridade é vista

⁸¹⁶ Ao tratar do equilíbrio sistêmico, Siltala retorna a outras questões institucionais, como a compreensão do papel do juiz no Poder Judiciário e da importância dos precedentes, a própria doutrina dos precedentes e as condições sociais e culturais do momento em que a decisão foi proferida. Todas elas, porém, devem ser consideradas na decisão, razão pela qual se afirmou, no texto, que a questão central é a identificação da *ratio decidendi*. (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.171-173).

⁸¹⁷ Tradução livre de "*unless there is a specific set of ideological commitments and argumentative skills present among the judiciary and legal profession, a system of precedent-following cannot function properly.*" (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.173).

⁸¹⁸ Frise-se que há posições na doutrina que defendem que a magistratura deve se adaptar, ao menos, aos elementos ideológicos estabelecidos pela Constituição. Neste sentido, ver: ESTEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da Constituição**: ideologia e vinculação hermenêutica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸¹⁹ SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.174.

como um meio de evitar que o Direito seja reduzido a uma política de interesses, ou a universais morais, ou a concepções extremadas de algum assunto. A ideia, portanto, é evitar malversações nas decisões judiciais, como a falsa distinção entre casos apenas para atribuir a um deles um resultado diferente.⁸²⁰ Visto de outra forma, é uma exigência de integridade para cada um dos magistrados, não apenas do Poder Judiciário.

Todos os critérios estabelecidos por Raimo Siltala dialogam com as inovações do Código de Processo Civil e com as propostas de compreensão dos elementos de coerência, integridade, previsibilidade e uniformidade tratados no Capítulo 2. O artigo 926, do Código de Processo Civil brasileiro, compreendido nos termos propostos, parece sobreviver à prova real finlandesa e permite o prosseguimento da análise com a discussão do tema da uniformização da jurisprudência à luz dos elementos teóricos até aqui desenvolvidos.

O olhar para a uniformização da jurisprudência deve ser realizado ao mesmo tempo em que se retomam os tópicos do artigo 926. Para tanto, o ponto de partida proposto é resgatar a coerência e o artigo 489, § 1.º, do Código de Processo Civil. Lembre-se, de início, que Neil MacCormick define coesão como o mandamento de não contradizer o que é estabelecido e vinculante pelo Direito; enquanto a coerência narrativa exige uma adequação entre a decisão, os fatos e as provas produzidas nos autos; e a coerência normativa pressupõe a demonstração de que a decisão tem fundamento em princípios, em um valor ou grupo de valores servidos pelas normas. Ao mesmo tempo, a coerência normativa impede que a decisão viole outros princípios ou valores do ordenamento jurídico. Esses aspectos da coerência, como explicados por MacCormick, atendem com acuidade a alguns dos pontos que devem compor a fundamentação das decisões judiciais, nos termos do artigo 489, § 1.º:

⁸²⁰ *"Integrity in argumentation may be defined as a set of meta-rules that is imposed upon the judiciary, with the plain intention of ruling out the overt malpractices of legal adjudication, such as the distinguishing of a prior case on purely imaginary grounds, excessive distinguishing where a prior judicial ruling is confined to the facts of that particular case only, effected divergence between 'saying' and 'doing' in case-law adjudication, or sub silencio overruling where the act of overruling is not openly acknowledged by the subsequent judge."* (SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000. p.175).

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Identifica-se a relação da coesão e da coerência narrativa com o inciso I. Deve haver, pelo Código, uma exposição clara da causa, ou da questão decidida, o que pressupõe que a compreensão dos fatos seja demonstrada pelo magistrado. Ao mesmo tempo, se o caso comportar justificação por dedução, a fundamentação deve justificar, ao menos, a relação de incidência entre o fato constatado com o ato normativo aplicado. Menos do que o raciocínio dedutivo não se aceita como uma fundamentação adequada.

A coerência normativa acaba sendo responsável por uma quantidade maior de incisos do referido dispositivo legal. Nesta linha, ao exigir que a decisão explique os motivos da incidência de conceitos jurídicos indeterminados (inciso II), cabe ao magistrado ou ao tribunal conferir sentido concreto a estes conceitos, o que só pode ser realizado por meio de recursos aos princípios que informam o ordenamento jurídico. É este raciocínio, bem demonstrado na decisão, que permite a avaliação e a compreensão do conceito jurídico indeterminado – e este conceito, registre-se, deve ser interpretado de modo a fazer sentido com os demais elementos do ordenamento jurídico. O inciso III, que impede a utilização de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão tem absoluta relação com a concepção de coerência de MacCormick: a decisão cuja fundamentação poderia justificar qualquer resultado não "faz sentido", e por isso é incoerente – fática ou normativamente.

O inciso IV, além de ter relação com a coerência, também está ligado ao efeito persuasivo como tratado neste Capítulo. Por um lado, a exigência de que a decisão enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão do julgador, é um requisito de coerência no sentido de que a

fundamentação deve oferecer uma resposta para as partes. Ao negar a apreciação de um argumento que poderia levar a um julgamento em outro sentido, maculam-se as expectativas dos litigantes, pelo que a decisão não pode ser considerada completa pela ausência uma fundamentação coerente. Mais do que isso, o inciso IV é a garantia para todo o jurisdicionado de que o sistema adotado no Brasil, pautado por efeitos persuasivos das decisões, seja levado a sério: os tribunais são obrigados a enfrentar os novos argumentos desenvolvidos pelos advogados em prol de uma coerência cada vez maior nas decisões ou da revisão da posição da jurisprudência. Trata-se, portanto, de um dispositivo imprescindível para a uniformização da jurisprudência e para um contínuo aprimoramento das decisões das cortes.

Os incisos V e VI admitem que, para além da discussão centrada em enunciados normativos, as decisões judiciais também devem se reportar e apreciar a jurisprudência ou, mais particularmente, os precedentes pertinentes. Sob a ótica proposta neste trabalho, os argumentos a partir de precedentes devem identificar as semelhanças com os casos anteriores, o que permite ao magistrado seguir a solução adotada anteriormente. Nesta ótica, a parte que tem a jurisprudência a seu favor tem um ônus argumentativo menor, na medida em que pode apenas indicar os dispositivos legais e os precedentes aplicáveis ao caso, requerendo que a decisão seja a mesma já definida pelos tribunais. Isto significa que a parte que pretende afastar ou superar um precedente terá um ônus argumentativo maior, pois deverá distinguir o caso em julgamento dos anteriores – uma questão de coerência narrativa – ou apresentar fundamentação que justifique a superação do entendimento – uma questão de coerência normativa. Nesta última hipótese, portanto, a parte que se coloca contra a jurisprudência deve fornecer elementos suficientes para constranger o magistrado a responder o inciso IV, do artigo 489, e por consequência fundamentar sua decisão de modo a superar o precedente.

A coerência está, portanto, intrinsecamente ligada ao efeito persuasivo. Mais do que a concepção de MacCormick, a questão da persuasividade da jurisprudência e dos precedentes, no Brasil, encontra no ideal de otimização da coerência. O presente trabalho apresentou, de forma mais pormenorizada, as propostas de Amalia Amaya para demonstrar como essa otimização pode ocorrer. Não se pode esperar que todas as teses apresentadas pela autora sejam aplicadas e concretizadas em um único julgamento. Ocorre que, na medida em que se desenvolvem novos argumentos, a coerência das

decisões pode ser paulatinamente otimizada. Com isso, o argumento da jurisprudência torna-se cada vez mais forte, mais coerente, o que confere a todo jurisdicionado maior segurança, previsibilidade e, o que parece mais importante, igualdade.

Como decorrência desse ideal de otimização, a coerência também serve como um elemento imprescindível para a solução entre conflitos de decisões identificadas na jurisprudência. Esta questão será objeto de tópico específico, mas vale a advertência, desde já, que não se pode atribuir critérios de especialidade nem de temporalidade para que um magistrado ou tribunal decida qual precedente aplicar, caso existam posições divergentes de um mesmo tribunal superior. Cabe ao julgador examinar, dentre as decisões disponíveis, quais são os argumentos mais coerentes e apresentar as razões de seu convencimento – novamente, ressalta-se a importância de se compreender os efeitos persuasivos das decisões.

Se a coerência é um ideal que está ligado, essencialmente, ao conteúdo interno da decisão, a integridade é o elemento que estabelece uma ponte entre as condições de existência da decisão como ato destinado à resolução de uma única demanda com o jurisdicionado e o papel da decisão como parte da jurisprudência e, eventualmente, com a assunção de sua função como precedente. Há, é fato, um elemento da integridade que exige dos juízes uma postura não reprovável, o que pode ser considerado uma virtude, conforme Cox, La Caze e Levine, ou como o requisito de integridade na argumentação de Sitala. Mas o que salta aos olhos, a partir de uma análise global do sistema proposto pelo Código de Processo Civil, é a compreensão de integridade sob a ótica de Ronald Dworkin. Existe uma preocupação evidente no Código de Processo Civil em afastar interpretações opostas e concomitantes na jurisprudência. Vale dizer, o Direito brasileiro não mais admite soluções salomônicas para casos iguais.

Assim, por exemplo, se o casamento é instituição que só existe entre um homem e uma mulher, que esse entendimento seja firmado e aplicado por todo o Poder Judiciário. Se, ao contrário, houver a demonstração de que a ordem constitucional brasileira protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o instituto deve valer desta forma para todos, sem exceções. Ainda, caso se admita mais de duas pessoas em um único casamento, esta forma de relacionamento deve ser admitida para todos e deve ter um regime jurídico delimitado. Até mesmo as exceções devem ser universalizadas: quem não pode casar, qual o limite de pessoas que podem

compor um relacionamento afetivo, quais as implicações destes regimes para a paternidade, também são questões que devem ser estabelecidas para toda a sociedade.

Estes exemplos permitem a explicação de porque a integridade é o caminho entre a coerência e a estabilidade. Em um tema como o casamento, sabe-se que existem opiniões coerentes e com fortes argumentos normativos em todos os sentidos. O que não pode ocorrer, porém, é uma decisão que admita o casamento entre homens, mas que proíba o casamento entre mulheres, por exemplo. Ou uma decisão que admita uniões poliafetivas com um homem e duas mulheres, mas não entre uma mulher e dois homens. Distinções como essas ferem a integridade, por mais que estejam fundadas nos melhores argumentos jurídicos.

Ao contrário do que se possa imaginar, existem dispositivos do Código de Processo Civil que estão diretamente ligados à integridade. Além da impressionante carga teórica que a expressão integridade traz em seu bojo, muito por conta da relação do termo com Ronald Dworkin, destacam-se as técnicas processuais de assunção de competência e julgamento de recursos repetitivos, pois permitem a definição do entendimento da jurisprudência com respeito à integridade.

Há outra técnica processual que tem absoluta relação com o tema. Trata-se da reclamação⁸²¹, já mencionada neste Capítulo 3, tanto na análise do efeito vinculante quanto do efeito persuasivo. Uma das hipóteses de cabimento do instituto é a garantia de aplicação das decisões com efeito vinculante. Neste caso, a reclamação é uma via para se corrigir uma decisão que decidiu matéria de modo que não poderia ter decidido: aplicou lei inconstitucional, considerou inconstitucional lei declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou divergiu de entendimento sumulado nos termos do artigo 103-A, da Constituição. Nessas hipóteses, o instituto tem o propósito claro de corrigir uma decisão que não poderia ter sido proferida naqueles termos. Não se discute a razão de ser do inciso III, do artigo 988, do Código de Processo Civil: seu objetivo é confirmar o efeito vinculante das decisões que o possuem.

⁸²¹ A previsão legal de cabimento do instituto encontra-se no artigo 988, do Código de Processo Civil: art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...]

O inciso IV, do artigo 988, porém, possui uma razão de ser completamente diferente. A doutrina tem interpretado esse dispositivo, que dispõe sobre o cabimento da reclamação para "garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência," como fundamento para se afirmar que as decisões nele previstas são dotadas de efeitos vinculantes. Como se argumentou anteriormente, o Código de Processo Civil não tem condições de atribuir efeitos vinculantes a nenhuma decisão, pois essa matéria deverá ser disposta pela Constituição. É preciso compreender, portanto, a razão pela qual o não atendimento de uma decisão proferida em julgamento de casos repetitivos ou em assunção de competência dá ensejo à reclamação. A justificativa é a exigência de integridade.

Explica-se: se uma decisão foi proferida contra precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou assunção de competência, está-se diante de uma situação que viola a integridade. Em outras palavras, ao não aplicar, ou ao superar um entendimento, o magistrado ou tribunal perturba a integridade e põe em risco a igualdade, a segurança, a previsibilidade, dentre outros ideais que sustentam a teoria dos precedentes. O legislador parece ter considerado a integridade um elemento tão relevante que criou, por assim dizer, uma linha direta de comunicação do jurisdicionado com os tribunais responsáveis por firmar os entendimentos pela via de precedentes. Por conta disso, a reclamação fundada no inciso IV, do artigo 988, do Código de Processo Civil, é uma via para a preservação de integridade na jurisprudência brasileira. Ao ajuizar⁸²² reclamação que denuncia a não observância de precedente, as partes levam a discussão diretamente ao órgão competente para a sua eventual revisão. Com isso, pode haver alteração do entendimento sem violação da integridade, ou, é claro, a cassação da decisão que não convencer a corte de que o entendimento anterior foi superado – o que também preserva a integridade.

Resta saber o papel da estabilidade no processo de uniformização da jurisprudência. Como exposto, jurisprudência estável não significa jurisprudência estagnada, isolada em seu próprio tempo e espaço. O que a estabilidade pretende

⁸²² Não se desconhece o debate doutrinário sobre a natureza jurídica da reclamação. De qualquer modo, optou-se pela expressão utilizada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, que vê a reclamação como ação constitucional. Por isso, "ajuizar" reclamação.

evitar é a variação frívola da jurisprudência, ou seja, a alteração desarrazoada de posicionamentos sem respeito ao jurisdicionado, como as alterações que se verificam apenas pela diferente composição de um determinado órgão julgador, por exemplo. O Código destina dispositivos específicos para a proteção da estabilidade. O principal núcleo de garantias em favor deste elemento, previsto na legislação, está nos parágrafos do já comentado artigo 927:

§ 1.º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1.º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2.º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3.º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4.º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5.º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O § 1.º exige que as decisões com potencial para se tornarem precedentes cumpram os requisitos da fundamentação e que não contenham argumentos sobre os quais as partes não tenham se manifestado previamente. Trata-se da garantia de um contraditório compreendido à melhor luz do Código de Processo Civil.

O § 2.º já está voltado especificamente às hipóteses de superação de um precedente. Independentemente da via pela qual o tribunal recebe uma proposta de revisão de seu entendimento, ele poderá agendar audiências públicas e admitir a participação de interessados na causa, desde que possam contribuir para a rediscussão da causa. Observe-se que o tribunal não é obrigado a agir dessa maneira, podendo simplesmente rejeitar o pedido de revisão. A simples admissão de que o tema comporta rediscussão, além da convocação de uma audiência pública ou de interessados para que se manifestem já é um indicativo de que o posicionamento da corte pode ser

alterado. Este anúncio é importante para que se evite um choque pela alteração da posição do tribunal.⁸²³

Outra questão relevante no que toca à estabilidade é a previsão legal do § 3.º, que permite a modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência, observado o interesse social e a segurança jurídica. É de se destacar que a jurisprudência estabelecida em um determinado sentido condiciona o jurisdicionado à prática de uma série de atos, inclusive na tomada de precauções e na adoção de cláusulas específicas quando da realização de negócios jurídicos, por exemplo. Por conta disso, a alteração da jurisprudência não pode prejudicar quem agiu, na época, de acordo com o entendimento pretérito da corte. Daí o Código afirmar, em teoria, que os efeitos da decisão podem ser modulados. Trata-se de cláusula ampla, que permite aos tribunais estabelecer critérios específicos de acordo com o assunto e as possíveis repercussões que a alteração do entendimento pode provocar. Esta conclusão é reforçada pelo § 4.º, que exige dos magistrados a observação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Por fim, tem-se o § 5.º, pelo qual "os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores". A publicidade é essencial para o bom funcionamento de um sistema que atribua valor à jurisprudência e a seus precedentes. De certa forma, a maioria dos tribunais atende a exigência do Código, na medida em que disponibiliza suas decisões em bancos de dados disponíveis na rede mundial de computadores, em que podem ser pesquisados por assunto – normalmente, pelo texto que compõe a ementa da decisão. No entanto, seria possível cogitar de um aprimoramento dessa publicidade, que atualmente é meramente passiva.⁸²⁴ A alteração de um posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior

⁸²³ Lembre-se, por exemplo, do caso da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento sem qualquer indicativo de que alteraria seu entendimento. Ao admitir a execução provisória das sentenças penais condenatórias, o Poder Judiciário determinou, por consequência, a prisão imediata de uma série de cidadãos que estavam em liberdade. Não se discute, aqui, se a decisão foi acertada ou não; o fato é que ela alterou a situação jurídica de inúmeros réus que não tiveram a oportunidade de se manifestar a respeito da mudança de opinião.

⁸²⁴ A classificação de publicidade ativa e passiva decorre, em grande parte, da Lei de Registros Públicos. Ver, neste sentido: CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1979.

Tribunal de Justiça, não deveria ser meramente divulgada na página dos tribunais na rede mundial de computadores; poderia se cogitar de uma postura ativa, pela qual se desse ampla divulgação a esses posicionamentos, seja com publicações especiais em Diários Oficiais, seja pela comunicação da decisão à imprensa, ou até mesmo em vias contemporâneas de compartilhamento de informações, como as redes sociais. Admitir essa necessidade exige que se reconheça que o jurisdicionado não acompanha as decisões dos tribunais e não é obrigado a conhecer o posicionamento das cortes sobre cada tema. Por conta disso, caso uma alteração relevante ocorra, essa publicidade ativa é imprescindível.

Diante do exposto, tem-se que a atuação dos tribunais superiores ou, como propõe Daniel Mitidiero, das Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, é essencial para a uniformização da jurisprudência. A estrutura proposta pelo Código de Processo Civil é compatível com essa proposta, na medida em que permite o célere encaminhamento das decisões que confrontam os entendimentos firmados pelos tribunais superiores e, com isso, propiciam a preservação dos elementos intrínsecos à jurisprudência. Para além disso, manter a jurisprudência coerente, estável e íntegra é também o meio pelo qual a jurisprudência será uniformizada. O quarto elemento, portanto, resulta da observação dos três primeiros.

Como encerramento, os itens a seguir examinam duas hipóteses em que desvios na jurisprudência uniformizada podem ocorrer e são apresentadas propostas de solução à luz do artigo 926, do Código de Processo Civil. Uma delas enfrenta uma situação contemporânea em que existem entendimentos do Superior Tribunal de Justiça em dois sentidos diversos, os quais ainda não foram uniformizados pelo próprio tribunal. Por conta disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tomou decisão que buscou sanar as deficiências de integridade e coerência da jurisprudência. A segunda hipótese examina alguns aspectos de como a uniformização é compatível com a passagem do tempo a partir da estabilidade e da integridade.

3.7 UNIFORMIZAÇÃO DE PRECEDENTES INCOMPATÍVEIS: COERÊNCIA E INTEGRIDADE

Existe um caso contemporâneo em que há uma ausência de harmonização entre decisões do Superior Tribunal de Justiça que retratam um problema de uniformização de jurisprudência. No ano de 1996, portanto muito tempo antes de se cogitar em um sistema jurisprudencial para o Brasil, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 150, cujo enunciado é o seguinte: "[c]ompete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas públicas". Por outro lado, o mesmo Superior Tribunal de Justiça julgou recentemente dois recursos especiais repetitivos em que estabelecem outra interpretação para os casos específicos em que a Caixa Econômica Federal, uma Empresa Pública federal, demonstra interesse em ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH).⁸²⁵ Pelas decisões

⁸²⁵ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 – período compreendido entre as edições da Lei n.º 7.682/88 e da MP n.º 478/09 – e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no REsp 1091363 SC**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 10/10/2012. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 14/12/2012). DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 – período compreendido entre as edições da Lei n.º 7.682/88 e da MP n.º 478/09 – e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF

mais recentes do tribunal, não basta a alegação de interesse da Caixa Econômica Federal para que os feitos sejam remetidos à justiça federal; esta análise cabe à justiça estadual, na medida em que ao julgar os recursos repetitivos foi consignado que "tendo o Tribunal Estadual concluído pela ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide". Além disso, uma segunda condição foi estabelecida: "a Caixa Econômica Federal (CEF) detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 – período compreendido entre as edições da Lei n.º 7.682/88 e da MP n.º 478/09".

Há, portanto, uma aparente incongruência entre a súmula, que determina a remessa do feito à justiça federal tão logo a União, suas Autarquias ou Empresas Públicas, alegue interesse no feito; e os acórdãos em julgamento de recursos repetitivos que, no caso dos seguros de mútuo, estão submetidos a duas condições para que sejam remetidos à justiça federal. Não há critério hierárquico que resolva esta questão, pois todos os precedentes são do Superior Tribunal de Justiça.

A questão deve ser resolvida no âmbito em que as decisões são construídas, ou seja, no plano da argumentação jurídica. Assim, não se justifica estabelecer critérios como os de resolução de antinomias aparentes das normas jurídicas, pois não se está no plano da validade, mas da persuasão dos fundamentos jurídicos. Por isso, é preciso construir uma solução racional, coerente e que não viole a integridade.

No caso em análise, a incompatibilidade não passa da primeira impressão. Veja-se que a Súmula n.º 150 estabelece um fundamento geral para todas as causas em que entes vinculados à União Federal aleguem interesse jurídico em causas judiciais. O fundamento que sustenta o referido enunciado da súmula é o de que o juízo

carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo o Tribunal Estadual concluído pela ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no REsp 1091363 SC**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 10/10/2012. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 14/12/2012).

federal é o órgão competente para "avaliar o interesse da União Federal ou de seus entes no processo".⁸²⁶ Portanto, em uma causa completamente nova, que trate de fatos e de fundamentos jurídicos inéditos nos tribunais, a justiça federal será competente para apreciar as razões que justifiquem o interesse da União ou de seus entes no processo. Sustentar o contrário é ir de encontro à súmula e, em tese, depende da demonstração da superação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça – excluiu-se, aqui, a distinção entre casos pois o exemplo contém fatos previstos pela Súmula n.º 150. Considere-se, porém, que o entendimento da súmula será aplicado pelo Poder Judiciário, em homenagem à uniformidade: o procedimento padrão, portanto, é a remessa do feito à justiça federal.

Observe-se, porém, que a justiça federal não se torna automaticamente competente para o julgamento das causas. Na verdade, o que a Súmula n.º 150 estabelece é a competência para a análise do interesse jurídico da União ou de seus entes, e nada mais. Por isso, se o juízo federal entender que não há interesse, a causa retorna à justiça estadual e lá será julgada. Em outra ótica, a Súmula n.º 150 trata da *competência* para a análise do interesse dos entes federais; em nenhum momento a Súmula trata *do* interesse dos entes federais. Esta matéria, porém, foi justamente o tema enfrentado pelos recursos repetitivos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: a Caixa Econômica Federal somente tem interesse jurídico nas causas de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional quando constatadas as duas condições estabelecidas nos acórdãos.

Note-se, ainda, que como as duas condições estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça podem ser aferidas a partir de elementos documentais – data do contrato e vinculação ao seguro FCVS – não há razão para que os juízos estaduais remetam tais feitos à justiça federal apenas para um exame de questões objetivas. Compreendido o tema dessa forma, não há violação da coerência nem da integridade, pois não há incompatibilidade entre o enunciado da súmula e os acórdãos proferidos nos recursos especiais repetitivos.

⁸²⁶ "Compete ao Juízo Federal avaliar o interesse da União Federal ou de seus entes no processo. Inexistindo este, deve simplesmente remeter os autos ao Juízo Comum Estadual. Caso em que deixa de existir conflito, eis que não mais subsiste o motivo de declinatória de competência." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 11149 SP**. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 14/12/1994. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJ 03/04/1995, p.8104).

Essa parece ter sido a conclusão a que chegou, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao exercer juízos de retratação em causas afetadas pelos recursos repetitivos:⁸²⁷ em nenhum momento se questionou a competência da justiça federal para a análise da competência, mas como há um entendimento fundado em critérios objetivos sobre o interesse da Caixa Econômica Federal em determinadas causas, dispensa-se a remessa à justiça federal quando verificados tais requisitos. O relator dos casos citados bem sintetizou esse argumento, destacando que os recursos repetitivos trataram do interesse, não da competência para a análise: "nos termos do precedente citado, a CEF só tem interesse em intervir nas ações relativas a contratos celebrados entre 02.12.1988 a 29.12.2009".⁸²⁸

Evidentemente, se a Caixa Econômica Federal apresentar argumento novo para justificar seu interesse nos feitos, que não tenha sido considerado quando do julgamento dos recursos repetitivos, a competência para a apreciação do interesse será da justiça federal. Neste caso, porém, cabe à Caixa o ônus de fundamentar esse pedido e persuadir o Superior Tribunal de Justiça.

O que se extrai do exemplo acima considerado? Deve-se observar que o juízes que identificarem um descompasso na jurisprudência aplicável a um determinado caso ou, mais especificamente, que encontrarem precedentes em sentidos opostos

⁸²⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL PARA ANÁLISE DE EVENTUAL INTERESSE JURÍDICO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA CAUSA. APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO PRECEDENTE EXARADO NO RE 1.091.363/SC. SOMENTE UM DOS AUTORES QUE TEM SUA APÓLICE VINCULADA AO SISTEMA PÚBLICO (RAMO 66). CEF QUE MANIFESTOU, NESTES AUTOS, DESINTERESSE EM RELAÇÃO À DEMANDA MOVIDA PELO OUTRO LITIGANTE, CUJA APÓLICE É VINCULADA AO SISTEMA PRIVADO (RAMO 68). NECESSIDADE DE DESMEMBRAMENTO DO FEITO. RETRATAÇÃO PARCIAL. ACÓRDÃO PARCIALMENTE MODIFICADO, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 1.203.015-8/01 (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AR 1203015-8/01** - Santa Mariana. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Unânime. Julgamento: 03/03/2016. Órgão Julgador: 8.ª C. Cível).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA RECONHECIDA, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE NA CAUSA MANIFESTADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APÓLICE PÚBLICA FIRMADA EM PERÍODO ANTERIOR A 02.12.88. APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO PRECEDENTE EXARADO NO RE 1.091.363/SC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO COLEGIADA INTEGRALMENTE RETRATADA. RECURSO PROVIDO. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR. **AI 1270454-4** - Londrina. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Unânime. Julgamento: 31/03/2016. Órgão Julgador: 8.ª C. Cível).

⁸²⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR. **AI 1270454-4** - Londrina. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Unânime. Julgamento: 31/03/2016. Órgão Julgador: 8.ª C. Cível p.5.

para uma mesma situação, têm na coerência a principal ferramenta para compor os entendimentos e, se necessário, optar pela aplicação de apenas um deles. O que pesa nessa escolha, portanto, é a persuasão dos argumentos lançados nas decisões anteriores, já que não há um critério tradicional de existência ou validade que possa ser racionalmente aplicado à jurisprudência. Outro parâmetro que deve influenciar a decisão nova é o cuidado com a preservação da integridade. O magistrado deve procurar respeitar as decisões fundamentais dos tribunais superiores e enfrentá-las apenas nas situações em que houver um argumento realmente relevante e que justifique uma revisão do posicionamento da jurisprudência. Decisões pontuais, proferidas contra a jurisprudência, com o intuito de beneficiar alguém ou de insistir em um posicionamento individual do magistrado sobre uma determinada questão, não devem ser vistas com naturalidade, mas como um desvio do que se espera em um Estado de Direito.

3.8 UNIFORMIZAÇÃO E TEMPO: MUDANÇA COM ESTABILIDADE E INTEGRIDADE

A preocupação da uniformização da jurisprudência com o tempo, refletida nos ideias de estabilidade e de integridade, demanda um breve resgate de Ronald Dworkin, que afirma que a história importa muito para o Direito, mas de uma maneira específica. Para ele, a integridade não exige consistência em princípio ao longo de todos os estágios históricos de um Direito, e também não exige dos juízes que compreendam do Direito como um processo contínuo de desenvolvimento, com remissões a institutos jurídicos de séculos atrás. Ao contrário, a integridade demanda uma consistência horizontal de princípio em toda a gama de padrões estabelecidos pelo Direito da comunidade.⁸²⁹ O Direito contido na jurisprudência, assim, não é apenas um conjunto de decisões e dos resultados dos processos judiciais, mas sim o esquema que resultado dos princípios e dos argumentos desenvolvidos nas decisões. Neste sentido, a história importa porque esse conjunto de princípios e de fundamentos estabelece a conexão entre o passado, o presente e o futuro. Com

⁸²⁹ "It commands a horizontal rather than vertical consistency of principle across the range of the legal standards the community now enforces." (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227.

isso, qualquer ato jurídico, seja uma lei, seja um precedente, só se sustenta diante das circunstâncias temporais e sociais de um determinado período histórico.

O direito como integridade de Dworkin, e o ideal de integridade, por consequência, tem como foco o presente. Apesar disso, a integridade demanda que se olhe para o passado apenas até o ponto em que ele é relevante para que se compreenda a contemporaneidade.⁸³⁰ Nesta linha, não há qualquer sentido em se questionar a discrepância entre precedentes firmados em períodos históricos completamente distintos. Veja-se, por exemplo, que em 1971 o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se poderiam cumular indenizações por danos materiais e morais no caso em que um pai requereu indenização pelo falecimento de seu filho.⁸³¹ A decisão tem, hoje, certa importância histórica, mas não integra nem representa o entendimento atual das cortes sobre o assunto.

Leis revogadas e precedentes superados não precisam ser utilizados como fundamentos para justificar o presente. O desenvolvimento do Direito auxilia, porém, a contar a história e a demonstrar que "a prática presente pode ser organizada e justificada em princípios suficientemente atrativos que proporcinem um futuro honrado".⁸³² A história, portanto, pode revelar elementos positivos para o futuro, mas também pode demonstrar as vicissitudes de um entendimento passado e superado. Por conta disso, o foco dos tribunais não deve ser a preservação das decisões simplesmente porque são precedentes⁸³³, mas sim a preservação das decisões que

⁸³⁰ *"Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictataes. It does not aim to recapture, even for present law, the ideals or practical purposes of the politicians who first created it."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227).

⁸³¹ - Responsabilidade civil. - Indenização ao pai, pela morte do filho menor, embora na ausência de prova de que este concorresse, na ocasião do fato, para a manutenção daquele. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. - Inexistência de direito a outra reparação, por dano moral. - Fixação da pensão mensal em 1/3 do salário da vítima, com reajustamentos, em face de aumentos do salário mínimo. Aplicação da Súmula 490. - Acréscimo à pensão mensal, da fração correspondente ao 13.º salário. - Juros simples, a partir da citação inicial. - Honorários de advogado, estimados segundo a regra do art. 97, § 4.º da L. 4.215, de 27 de abril de 1963. Custas em proporção. - Recurso extraordinário conhecido e provido parcialmente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 71465**. Relator: Min. Eloy da Rocha. Julgamento: 11/10/1971. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 08/06/1973 PP-04074 EMENT VOL-00913-01 PP-00331).

⁸³² Tradução livre de: *"present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honourable future."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.227-228).

⁸³³ *"Law as integrity deploras the mechanism of the older 'law is law'."* (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.228).

refletem o conjunto ou esquema de princípios compatíveis com a sociedade do tempo presente, considerando também os caminhos desejados para o futuro. Neste sentido, a jurisprudência também tem um componente normativo, pois estabelece, ainda que em curto prazo, os caminhos pelos quais uma comunidade seguirá.

Defender a integridade e a estabilidade não significa defender a estagnação do ordenamento jurídico. Como os parágrafos acima revelam, a partir do desenvolvimento de Dworkin, a história justifica o que pode ser mantido em um determinado momento, mas também revela o que deve mudar. Certamente, a organização do Poder Judiciário a partir da jurisprudência propiciará a economia de tempo para a tomada de decisões nos casos repetidos e com jurisprudência coerente e íntegra consolidada. Isso dará maiores condições para que as cortes, especialmente os tribunais superiores, dediquem seu tempo para a análise de questões relevantes, inéditas ou que demandam revisão de precedentes. Sabe-se que sem essa reserva de tempo fica inviabilizada a proposta de se realizarem audiências públicas, de se admitirem interessados nos julgamentos de casos repetitivos, de se modular os efeitos das decisões de um modo que não prejudique o jurisdicionado, dentre outras possíveis atitudes dos tribunais superiores voltadas à preservação da estabilidade da jurisprudência.

Tomados esses cuidados, as alterações nos entendimentos dos tribunais não tomam o jurisdicionado de surpresa. Ainda que a mudança seja substancial, há tempo para que a comunidade tome conhecimento da discussão, participe (se tiver interesse), discuta as regras de transição entre um posicionamento e outro e, por fim, tome as devidas providências para se adaptar a nova jurisprudência. Com essas considerações, encerram-se os tópicos que este Capítulo se propôs a examinar.

Nas palavras de Dworkin, ao caminhar para a conclusão de seu Império do Direito, as "cortes são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não são seus videntes nem seus profetas".⁸³⁴ Ao agir como parte do Poder Judiciário, os juízes devem conhecer seu papel e sua relevância para o Estado de Direito, sem ultrapassar os limites de suas competências. Já MacCormick, no fechamento de *Institutions of Law*, afirma que uma interpretação honesta,

⁸³⁴ Tradução livre de "*courts are the capitals of law's empire, and judges are its princes, but not its seers and prophets.*" (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.407).

transparente nos valores que ela pressupõe e alerta não só aos seus sucessos, mas também a seus defeitos, é a melhor objetividade disponível para as ciências humanas, inclusive o Direito.⁸³⁵ A coerência, a integridade, a estabilidade e a uniformidade são os parâmetros que permitem que esse império seja legítimo e objetivo no Estado de Direito.

⁸³⁵ *"Honest interpretation that is open about the values it presupposes and that is alert to system-failures as system-successes judged against those values is the Best objectivity that is available to the human sciences, jurisprudence included."* (MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p.305).

CONCLUSÃO

A presente tese procurou oferecer uma teoria que compatibilizasse o tratamento do Código de Processo Civil sobre a disciplina da jurisprudência e dos precedentes com a estrutura de Estado de Direito concebido pela Constituição da República Federativa do Brasil. Defendeu-se que o dispositivo legal que se encontra no núcleo dessa intermediação é o artigo 926, do referido código, que determina que a jurisprudência deverá ser uniformizada e mantida estável, íntegra e coerente. A compreensão dessa determinação legal impõe o reconhecimento de que as decisões judiciais devem ser fundamentadas e que os argumentos lançados nos votos e nos acórdãos possuem, eminentemente, um efeito persuasivo sobre as decisões que cada magistrado proferirá dali em diante, o que não afasta o dever de uniformização. Trata-se, no fundo, da permanente busca por um equilíbrio entre a melhor decisão disponível e a possibilidade de aprimorá-la. Essa constante necessidade de harmonização existe porque a Constituição brasileira confere a todos os indivíduos, como direitos fundamentais, o direito à ampla defesa e ao contraditório, os quais se revelam, no âmbito judicial, nas práticas de provar e argumentar contra os resultados esperados de um determinado processo. A *ratio* da jurisprudência é complexa; mas é tão complexa quanto a natureza e o conteúdo do Direito que ela pretende uniformizar. Cabe a este item retomar paulatinamente os pontos que integram este parágrafo.

A introdução do trabalho partiu da afirmação de Ronald Dworkin de que importa como os juízes decidem os casos. O Capítulo 1 teve início com a demonstração de que reconhecer a pertinência da observação de Dworkin é cada vez mais imprescindível para o Direito brasileiro. A jurisdição exercida no Brasil não mais se define pelas concepções clássicas, de fundo positivista, que explicavam a atividade do juiz como a análise fática dos casos e a determinação de uma regra jurídica previamente definida e aplicável àquele caso específico. Existem, sim, casos em que a solução é facilmente identificada e que podem ser decididos por dedução, nos termos de MacCormick.

Por outro lado, existe toda uma gama de situações jurídicas que não podem ser resolvidas por dedução. De acordo com MacCormick, são casos em que a aplicação do Direito está marcada por problemas de *interpretação*, de *pertinência*, de *prova* e de *qualificação*. Esses problemas são parte do Direito contemporâneo, pois

decorrem muitas vezes da forma como a legislação é redigida. Desta forma, demonstrou-se que existem situações em que a atividade do magistrado não se limita a aplicação de uma regra para resolver um caso; na verdade, existem situações em que o juiz deve interpretar o Direito disponível e fundamentar sua decisão, de modo a justificar as razões pelas quais um caso foi decidido de uma determinada maneira. Portanto, a presente tese assume que a dimensão interpretativa e argumentativa é elemento essencial do Direito e da atividade jurisdicional.

Demonstrada a necessidade de se valorizar o conteúdo da decisão jurisdicional, o trabalho reconheceu a importância de se definir três importantes conceitos para o prosseguimento do estudo. Por conta disso, foram expostas as definições de decisão judicial, precedente e jurisprudência. Por decisão judicial, apresentou-se o conceito de "declaração judicial que determina uma consequência jurídica"⁸³⁶ mas que, atualmente, também exige um conteúdo argumentativo. Por precedente entendeu-se uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores.⁸³⁷ Por fim, tomou-se por jurisprudência o conjunto de decisões judiciais e precedentes disponíveis para consideração em um determinado cenário jurídico.⁸³⁸

Estabelecidos os conceitos, apresentou-se um panorama das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil que pretendem estruturar um sistema de precedentes. Mas apenas a legislação não é suficiente, pois além dos dispositivos legais deve haver uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial à luz dos efeitos que ela pode produzir. Argumentou-se, assim, que o desenvolvimento dessa teoria parte da devida compreensão do artigo 926, do Código de Processo Civil. Este dispositivo impõe aos tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência e estabelece parâmetros para que isso ocorra: estabilidade, integridade e coerência.

A análise proposta tomou os elementos do artigo 926 como um ideal normativo, ou seja, como mandamentos de aprimoramento do direito positivo, como um norte a ser seguido. A ordem da exposição dos elementos não foi a estabelecida pelo Código; optou-se por um caminho que permitisse a apreciação do elemento mais amplo por primeiro, o que também permitiria a exposição da uma linha teórica que pautasse o

⁸³⁶ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

⁸³⁷ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1.

⁸³⁸ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1.

restante da discussão. Por conta disso, deu-se início ao Capítulo 2 pela coerência à luz do pensamento de Neil MacCormick.

O diálogo com MacCormick é proveitoso por uma série de razões. A compreensão de sua teoria de que o Direito é uma ordem normativa institucional permite situar o espaço no qual a discussão se desenvolve. Além disso, ofereceu a oportunidade para se demonstrar o que efetivamente se compreende por normativo no presente trabalho, qualidade que acompanha os elementos do artigo 926. A análise do pensamento do autor escocês também permitiu a compreensão da noção de uma decisão universalizável, ou seja, uma decisão que tenha fundamentos que poderiam ser aplicadas para todos os casos similares ao que foi julgado. Evidentemente, o requisito de que as decisões sejam universalizáveis afasta, por si só, decisões contrárias ao Direito que tenham como objetivo privilegiar os interesses de um ou de poucos em detrimento da visão do Direito como um ordenamento pautado pelo igual tratamento de todo o jurisdicionado.

Com isso, foi possível caminhar em direção à definição da coerência em Neil MacCormick. Para ele, esse instituto se divide em duas espécies: há, por um lado, a coerência narrativa, voltada aos fatos de um caso, e do outro lado a coerência normativa, relacionada à estruturação dos argumentos jurídicos da decisão. Seja em relação aos fatos ou ao direito, o que a coerência exige é que a decisão faça sentido. Em outras palavras, a fundamentação deve se mostrar autorizada pelo Direito como ele é, seja pelo recurso a regras, seja com remissão a princípios. A coerência, para MacCormick, impede um consequencialismo absoluto, evita a discricionariedade ampla e exige que o intérprete demonstre que seus argumentos têm vínculos com o ordenamento jurídico em vigor.

Para além da coerência como um valor, foram trabalhadas as noções de otimização da coerência, voltadas para o aprimoramento da fundamentação nas decisões. Esta possibilidade de constante aprimoramento dialoga com o aspecto persuasivo das decisões, na medida em que sempre é possível melhorar uma decisão e torná-la cada vez mais coerente com o ordenamento jurídico.

Em seguida, procurou-se demonstrar que a integridade é uma virtude independente e que deve ser lida em conjunto com a coerência, à luz do pensamento de Ronald Dworkin. Mais do que fazer sentido, a integridade demanda que a jurisprudência evite entendimentos "salomônicos" dos tribunais. Assim, ainda que a coerência permita

dois ou mais entendimentos distintos, compatíveis com o Direito, a integridade exige que uma opção seja feita dentre todas as possíveis a fim de evitar um Estado cujas opções se assemelham a um tabuleiro de xadrez. Trata-se, portanto, de fazer uma escolha e mantê-la, como se espera de uma pessoa que possa ser qualificada como íntegra.

Para explicar a estabilidade, recorreu-se de forma mais aprofundada à teoria dos precedentes, especialmente às funções que este instituto assume nas tradições da *Common Law*. Fato é que os precedentes, além de colaborar para o sentido e a integridade do Direito, também geram igualdade, previsibilidade, certeza e segurança jurídica, o que se revela no novo Código de Processo Civil pela expressão estabilidade.

Ao lado dessas três características expressamente previstas pelo legislador, identificou-se uma quarta, também presente no referido artigo 926, do Código de Processo Civil. Trata-se da uniformidade, cujo significado foi buscado no direito internacional, em que se lida com o problema da fragmentação das decisões que aplicam um mesmo tratado ou convenção em diferentes jurisdições. Em síntese, vista no Brasil, esta virtude prevê que os tribunais busquem aplicar a lei e as decisões de modo uniforme ao longo do território, sem diferenças infundadas ou desarrazoadas. A uniformidade como valor reafirma a importância dos outros elementos e congrega a importância da fundamentação nas decisões judiciais. Além disso, o ideal de uniformidade procura afastar a imagem de que a jurisprudência brasileira é inconsistente, estabelecendo um parâmetro normativo de conformação dos entendimentos dos tribunais.

A uniformidade também pode ser vista como um dever dos tribunais. À luz da coerência, integridade, estabilidade e uniformidade, o que o Código de Processo Civil exige das Cortes é que suas decisões sejam uniformizadas. Trata-se, portanto, de um objetivo definido pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário: a jurisprudência deve ser uniformizada. Se esse dever existe, é preciso saber, ainda, se essa determinação é compatível com a ordem constitucional brasileira. Por conta disso, o Capítulo 3 examinou a constitucionalidade do sistema de precedentes voltado para a uniformização da jurisprudência.

As críticas que sustentam ser inconstitucional a jurisprudencialização do Direito brasileiro foram parcialmente acolhidas. O que se considerou relevante para o presente trabalho foi o argumento de que a Constituição brasileira não permite ao Poder Judiciário estabelecer regras de caráter vinculante, salvo nas hipóteses

expressamente previstas pela própria Constituição, quais sejam: decisões em controle de constitucionalidade pela via direta e súmulas vinculantes. Nesta linha, definiu-se o efeito vinculante da seguinte forma: "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".⁸³⁹ Para produzir efeito vinculante, a decisão deve ser cuidadosa, ou seja, deve atender aos requisitos de fundamentação coerente. Mais do que isso, a decisão dotada de efeito vinculante não permite revisão pelo Poder Judiciário, mas isso não significa que ela não possa ser reconsiderada ou afastada. Por esse motivo, examinaram-se as hipóteses em que pode haver reconsideração do efeito vinculante – eminentemente, nos casos de revisão das súmulas vinculantes e na reapreciação da constitucionalidade de leis ou atos normativos – e casos em que seja possível excepcionar a incidência de uma das decisões com efeitos vinculantes, o que pode ocorrer pela distinção fática dos casos que deram origem à decisão vinculante.

As demais decisões não possuem efeito vinculante, nem mesmo as previstas pelo artigo 927, do Código de Processo Civil. Concluiu-se que todas elas, e toda decisão proferida pelo Poder Judiciário, possuem efeitos persuasivos. Por efeito persuasivo, sugeriu-se a compreensão de decisões cuidadosas mas que não decidem um caso de uma vez por todas. Ao contrário, o conteúdo das decisões é necessariamente questionável e existem possibilidades de afastar a incidência de um precedente sobre um caso. Essas possibilidades, porém, exigem o desenvolvimento da argumentação jurídica por parte do magistrado, seja para distinguir um caso do outro, seja para demonstrar que o entendimento anterior pode ser superado. Essa superação de um precedente, porém, não pode ser feita sem fundamentação que considere a decisão anterior: é dever do magistrado, portanto, demonstrar juridicamente porque seu entendimento é melhor do que o outro. É por isso que as decisões são persuasivas, pois são seus argumentos que convencem ou não os juízes a repetir o entendimento sobre determinada matéria.

⁸³⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

Uma vez compreendidos os efeitos e o papel da argumentação jurídica no tema da jurisprudência, foi possível enfrentar a questão da uniformização da jurisprudência. Para tanto, resgatou-se o conteúdo dos elementos normativos do artigo 926, na medida em que a coerência exige uma uniformização que aprimore, cada vez mais, os aspectos narrativos e normativos da fundamentação. A integridade, por sua vez, impede a existência de dois posicionamentos opostos, de modo que os tribunais superiores devem exercer o constante controle de decisões que desviem dos precedentes firmados. Essa atribuição é, ao mesmo tempo, garantia de que não haverá discrepância na interpretação do Direito, mas também permite a rápida apreciação, pelos tribunais superiores, de novos argumentos desenvolvidos pelos magistrados de primeiro e segundo grau. Os recursos e o instituto da reclamação, portanto, fazem parte da estrutura que permite aos tribunais superiores uniformizar a jurisprudência de modo efetivo, sem impor a repetição de suas decisões, mas pela via do constante debate de teses e argumentos jurídicos.

A estabilidade, por sua vez, demanda dos tribunais superiores que respeite o jurisdicionado e trate a variação de entendimento jurisprudencial como algo que merece a devida atenção por parte de toda a comunidade. Alterar um entendimento, no âmbito da jurisprudência uniformizada, não é meramente proferir uma nova decisão e publicá-la no Diário Oficial. Existem cuidados a serem tomados antes e depois da decisão ser tomada. Antes da decisão, por exemplo, o Código de Processo Civil sugere a realização de audiências públicas para o debate do tema e a convocação de interessados para que ingressem no processo e participem ativamente da discussão. Alterado o entendimento, o Código determina que se dê publicidade à decisão, o que deve ser compreendido à luz de uma publicidade ativa, ou seja, que vá ao encontro do jurisdicionado, e não a simples divulgação do resultado do julgamento pelas vias oficiais.

Diante de tudo que foi exposto, reconhecer e enaltecer a opção do ordenamento jurídico brasileiro pela prevalência do efeito persuasivo para a grande maioria de suas decisões, em detrimento do que chamou-se de vinculante, é compatível com a conclusão geral de MacCormick em *Retórica e o Estado de Direito*: "levar a razão prática e a argumentação jurídica a sério não enfraquece o respeito pelo Estado de

Direito; essa atitude o reforça".⁸⁴⁰ Prezar pela coerência, integridade, estabilidade e uniformidade das decisões, e defender que esses elementos constituem uma jurisprudência cujo efeito é persuasivo significa reconhecer, por um lado, a importância das decisões judiciais para o Estado de Direito e, ao mesmo tempo, respeitar a função do Poder Judiciário estabelecida pela Constituição.

⁸⁴⁰ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.362.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.399-405.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Edição original alemã, 1978).
- ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: **Doutrina selecionada**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.401-416.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um "incidente de resolução de demandas repetitivas". **Revista de Processo**, v.196, p.237-262, jun. 2011.
- AMAYA, Amalia. Justification, coherence, and epistemic responsibility in legal fact-finding. **Episteme**, v.5, n.3, p.306-319, 2008.
- AMAYA, Amalia. Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho. **Revista Discusiones**, n.10, p.21-64, 2011.
- AMAYA, Amalia. Legal Justification by Optimal Coherence. **Ratio Juris**, v.24, n.3, p.304-329, 2011.
- ANDERSEN, Camilla Baasch. **Uniform Application of the International Sales Law**: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: **Doutrina selecionada**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.447-468.

ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. (Orgs.). **Processo e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v.225, p.389-410, 2013.

ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v.2, p.211-232, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do direito. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v.16, n.1/2, p.215-229, dez. 1987.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: SUMMERS, Robert; MacCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**: a comparative study. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.481-501.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

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

BECK, Ulrich. **The reinvention of politics**. Cambridge: Polity, 1997.

BERGSTEN, Eric. Methodological Problems in the Drafting of the CISG. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf (Eds.). **CISG Methodology**. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2009. p.5-32.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRITTO, Ayres. Fatos do 1.º mandato não cabem em ação de impeachment de Dilma, diz Ayres Britto. **Agência Brasil**, 25 set. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-09/fatos-do-1o-mandato-nao-cabem-em-acao-de-impeachment-de-dilma-diz-ayres>>. Acesso em: 02 maio 2016.

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

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v.106, p.263-313, jan./jun. 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v.147, p.123-141, maio 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v.231, p.201-217, maio 2014.

CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard, 1982.

CALHOUN, Cheshire. Standing for something. **The Journal of Philosophy**, v.92, n.5, p.235-260, maio 1995. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-362X%28199505%2992%3A5%3C235%3ASFS%3E2.0.CO%3B2-G>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2013.

CALVERT, Clay. Too Narrow of a Holding - How - and Perhaps Why - Chief Justice John Roberts Turned Snyder v. Phelps into an Easy Case. **Oklahoma Law Review**, Oklahoma, v.64, n.2, p.111-134, 2011-2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.359-384.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Anotação ao acórdão n.º 359/91 do Tribunal Constitucional. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n.3811, p.294-327, fev. 1992.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, [s.d.].

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: **Doutrina selecionada: Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.469-486.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. v.2**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHUEIRI, Vera Karam de. The chain of law: how is law like literature? In: TROPER, Michel; VERZA, Annalisa (Eds.). **Legal philosophy: general aspects**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2002. p.201-208.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the Law: philosophy and literature – the experience of that which one cannot experience**. 2004. Tese (Doutorado) – New School University, New York, 2004.

CINTRA, Anonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Osford University Press, 2002.

COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Stanford University, 2013. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/integrity/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Parecer técnico jurídico. **Jota**, 08 maio 2015. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/386-IASP-CRIME-DE-RESPONSABILIDADE.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2016.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n.190, p.61-73, abr./jun. 2011.

DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DEL CLARO, Roberto Benghi. Livro complementar: disposições finais e transitórias. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1426-1432.

DELGADO, Mário Luiz. O paradoxo da união estável: um casamento forçado. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, n.2, p.5-21, set./out. 2014

DEL MAR, Makymilian; BANKOWSKI, Zenon (Eds.). **Law as institutional normative order**. Edimburgh: Edimburgh Centre for Law and Society, 2009.

DERRIDA, Jacques. Force de loi: Le "fondement mystique de l'autorité". Deconstruction and the possibility of justice. **Cardozo Law Review**, v.11, n.5-6, p.919-1046, jul./ago. 2001.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de (Orgs). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JudPODIVM, 2016. v.3.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOLAN, Paul. Social Responsiveness of State Courts. **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh, v.11, n.2, p.250-255, 1950.

DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

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

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v.35, n.1, p.14-46, 1967-1968.

DWORKIN, Ronald. Is Law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (Ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977. p.38-65.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESTEVEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da Constituição: ideologia e vinculação hermenêutica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.1. p.135-166.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3.ed. New York: Simon & Schuster, 2005

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.373-386.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROTE, Rainer. Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit. **Pensamiento Constitucional**, Lima, v.8, n.8, p.127-176, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. In: RYLE, Gilbert; FLEW, Antony (Eds). **Proceedings of the Aristotelian Society**. Oxford: Blackwell, 1948-1949. v.49. p.171-194.

HART, Herbert L. A. **The concept of Law**. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p.125-165.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1985.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.10, n.8, p.457-478, 1987.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Bedford: Applewood Books, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Decisão reconhece a família simultânea**. 09 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4995/novosite>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v.94, p. 3-12, 1999.

KAPLAN, Benjamin. An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure. **Michigan Law Review**, Michigan, v.69, n.5, p.821-846, 1971.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os Juizados Especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.659-670.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Os problemas e os desafios decorrentes da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. In: **Doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.389-400.

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

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

KOZICKI, Katya. Direito, justiça e desconstrução: Jacques Derrida e a força da lei. In: HADDOCK-LOBO, Rafael; RODRIGUES, Carla; SERRA, Alice; AMITRANO, Georgia; RODRIGUES, Fernando (Orgs.). **Heranças de Derrida: da filosofia ao direito**. Rio de Janeiro: Nau, 2014. v.1. p.117-139.

KOZICKI, Katya. A justiça e a força da lei: interpretação e aplicação do direito nas democracias contemporâneas. In: SOUZA, Cristiane Aquino de (Org.). **Democracia, igualdade e liberdade: perspectivas jurídicas e filosóficas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v.1. p.173-190.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Seqüência**, n.56, p.151-176, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. In: BUSTAMANTE, Thomas et al. (Orgs.). **Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v.2. p.156-169.

KRESS, Ken. Coherence. In: PATTERSON, Dennis (Ed.). **A companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Malden: Blackwell, 1996. p.533-552.

LAPA, Jorge Teixeira. Anotação ao acórdão 810/93: da inconstitucionalidade do assento. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.157-169, out./dez. 1994.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985.

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renee Lettow; SMITH, Bruce P. **History of The Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions**. Illinois: Aspen Publishers, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. Disponível em: <<http://goo.gl/j9eVWd>> Acesso em: 30 abr. 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1980.

LIPPMANN, Rafael Knorr. Primeiras reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Cadernos Jurídicos: série especial – novo CPC**. OAB Paraná, n.60, p.1-5, set. 2015.

LÔBO, Paulo. Interpretação e protagonismo da doutrina juscivilista no Brasil: esboço. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v.4, n.10, p.347-351, set./dez. 2015.

LUCY, William. Adjudication. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MacCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. Dordrecht: Springer, 1986.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1-15.

MacCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MacCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

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

MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MacCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2.ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MacCORMICK, Neil. **Practical reason in Law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.459-490.

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

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.13-66.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.16, n.2, p.207-221, maio/ago. 2011.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n.26, p.139-146, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.2.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Precedentes e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p.567-590.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.313-358.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, 01 fev. 2010. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>> Acesso em: 06 fev. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Alba Valéria. Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no Rio fala sobre a relação. **Globo**, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v.14, 1928.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. Recurso especial repetitivo 973.827/RS e a questão da capitalização nos contratos de crédito ao consumidor: um julgamento sem precedentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.22, n.89, p.231-300, 2013.

ORÜCÜ, Esin. What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion? **Electronic Journal of Comparative Law**, Tilburg, v.12.1, maio 2008. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/121/art121-15.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.537-563.

PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. **Yale Law Journal**, New Haven, v.105, n.8, p.2031-2115, jun. 1996.

PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v.9, n. 86, p.87-103, ago./set. 2007.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POSTEMA, Geral. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.588-622.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PUGLIESE, William S. A jurisdição entre constitucionalismo e democracia. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v.1. p.316-332.

PUGLIESE, William. Tutela da evidência, do Novo Código de Processo Civil, fundada em julgamentos de recursos repetitivos ou súmulas vinculantes. In: OLIVEIRA, Andressa Jarletti de; XAVIER, Luciana Pedrosa (Org.). **Repensando o direito do consumidor III: 25 anos de CDC: conquistas e desafios**. Curitiba: OABPR, 2015. p.326-345.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.5-25.

ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.30, p.146-158, 2000.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Orgs). **Informatics and the foundations of legal reasoning**. Dordrecht: Kluwer Academic Press, 1985. p.119-167.

SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. **Harvard Law Review**, v.120:4, p.5-64, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHWARTZ, Richard D. Judicial Behavior and Legal Responsiveness. **Law & Society Review**, New York, v.2, n.3, p.353-356, 1967-1968.

SERBENA, Cesar Antonio. **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2006.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Beclate Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.357-371.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.180-200, 2015.

SQUIERS, Cristina. Employment Law - Hobby Lobby's Narrow Holding Guards against Discrimination. **SMU Law Review**, Dallas, v.68, n.1, p.307-320, 2015.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v.22, p.597-620, nov. 1959.

SUMMERS, Robert S.; TARUFFO, Michele. Interpretation and comparative analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.461-510.

TAKOI, Sérgio Massaru. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents**: a comparative study. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.437-460.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v.3, n.2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Sentença**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: **Doutrina selecionada**: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016. v.6. p.417-446

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

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

THOMAS, Dylan; STEPHENS, James; BULLET, Gerald. On Poetry: A Discussion. **Encounter**, London, v.3, n.5, Nov. 1954.

TILLER, Emerson H.; CROSS, Frank B. What is legal doctrine? **Northwestern University Law Review**, Chicago, v.100, n.1, p.517-533, 2006.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. **Pensar** (UNIFOR), v.20, p.327-350, 2015.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.171-212.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.445-457.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VARELA, Antunes. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de março de 1986. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n.3813, p.365-384, abr. 1992.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do direito tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown & Co, 1892.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1.

WEISBERG, Richard H. Distorções flexíveis do direito americano, ou como São Paulo e São João influenciam a política social fundamental. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v.59, n.2, p.9-30, 2014.

WINSTON, Kenneth I. On treating cases alike. **California Law Review**, Berkeley, v.62, n.1, p.1-39, 1974.

XAVIER, Marília Pedrosa. **União estável, íntegra e coerente**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. v.3. p.407-423.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Ata da 1.^a Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.3, p.542-611, 03 fev. 2010.

BRASIL. Ata da 2.^a Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.26, p.6506-6587, 10 mar. 2010.

BRASIL. Ata da 3.^a Reunião da Comissão de Juristas "Novo Código de Processo Civil". **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.38, p.9681-9746, 26 mar. 2010.

BRASIL. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. **Diário do Senado Federal**, Brasília, v.65, n.70, p.20703-21437, 14 maio 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 609.856/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 28/04/2015. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 19/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 11149 SP**. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Julgamento: 14/12/1994. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJ 03/04/1995, p.8104.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no REsp 1091363 SC**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Relator p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 10/10/2012. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 14/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 646.259/RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 22/06/2010. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 24/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1299866/DF**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 25/02/2014. Publicação: DJe 21/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 973/827/RS**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135100**. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática: 01/07/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-208 DIVULG 05/11/2009 PUBLIC 06/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 35**. Distrito Federal. Julgamento: 04/02/2010. Publicação: DJ 17/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_31__PSV_35.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 1987**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 71465**. Relator: Min. Eloy da Rocha. Julgamento: 11/10/1971. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 08/06/1973 PP-04074 EMENT VOL-00913-01 PP-00331.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 618, de 17 de outubro de 1984. Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/618.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 625, de 09 out. de 2003. Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/625.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka. **United States Reports**, Washington, v.347, p.483, 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Obergefell v. Hodges. **United States Reports**, Washington, v.576, 2015.

ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/codicecivile/codicecivile.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016

NOVA IORQUE. Court of Appeals of New York. Riggs et al. v. Palmer et al. **New York Official Reports**, New York, v.115, p.506, 1889.

NOVA IORQUE. Court of Appeals of New York. People v. Vandewater. **New York Official Reports**, New York, v.250, p.83, 1928.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC 957743-1** - Curitiba. Relator: Arquelau Araujo Ribas. Unânime. Julgamento: 13/12/2012. Órgão Julgador: 10.^a C.Cível.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. TJPR. **AI 1270454-4** - Londrina. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Unânime. Julgamento: 31/03/2016. Órgão Julgador: 8.^a C. Cível.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AR 1203015-8/01** - Santa Mariana. Relator: Clayton de Albuquerque Maranhão. Unânime. Julgamento: 03/03/2016. Órgão Julgador: 8.^a C. Cível

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 8/2016. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/675-jurisprudencia-fixada-civel-ano-2016>>. Acesso em: 04 jun. 2016

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 5/87. No domínio de vigência do Decreto-Lei n.º 46 673, de 29 de Novembro de 1965, a falta de licença de loteamento não determina a nulidade dos contratos de compra e venda de terrenos, com ou sem construção, compreendida no loteamento. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/284-jfcivel-1987>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 7/89. São públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/286-jfcivel-1989>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Assento n.º 1/92. O recurso de revista de acórdão que conheça do estado de falência tem efeito meramente devolutivo. Disponível em: <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/fixada/civel/289-jfcivel-1992>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

PORTUGAL. Código Civil. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 810/93. **Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n.1, p.115-157, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/932>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

REINO UNIDO. Court of Common Pleas. Thomas Bonham v College of Physicians. **English Reports**, v.77, 1610. Disponível em: <http://constitution.org/trials/bonham/dr_bonham's_case.htm>. Acesso em: 06 fev. 2016.

REINO UNIDO. Court of Exchequer. Langridge v. Levy. **English Reports**, London, v.150, p.863, 1837.

REINO UNIDO. Court of Exchequer. Winterbottom v Wright. **English Reports**, London, v.152, p.402, 1842.

REINO UNIDO. Court of Exchequer. Barwick v. English Joint Stock Bank. **English Reports: Exchequer**, London, v.2, p.259, 1867.

REINO UNIDO. House of Lords. Rylands v. Fletcher. **English Reports: House of Lords**, London, v.3, p.330, 1868.

REINO UNIDO. Court of Exchequer. George v. Skivington. **Law Reports: Exchequer**, London, v.5, p.1, 1869.

REINO UNIDO. Court of Appeal. Heaven v. Pender. **Queen's Bench Division**, London, v.11, p.503, 1883.

REINO UNIDO. House of Lords. Donoghue v Stevenson. **United Kingdom House of Lords Decisions**, v.100, p.562-623, 1932.

REINO UNIDO. House of Lords. Daniels & Daniels v. R. White & Sons Ltd and Tabard. **All England Law Reports**, LexisNexis, p.258-260, 1938.

REINO UNIDO. Court of Appeal. Re A (children) (conjoined twins). **Weekly Law Reports**, v.480, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **SR 4249324000 SP**. Relator: Ribeiro da Silva. Julgamento: 21/08/2008. Órgão Julgador: 8.ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 05/09/2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **APL 00067378320108260223 SP 0006737-83.2010.8.26.0223**. Relator: Egidio Giacoia. Julgamento: 12/08/2014. Órgão Julgador: 3.ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 13/08/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n.º 27. Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1274>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n.º 31. É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1286>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n.º 53. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2613>>. Acesso em: 04 jun. 2016.