



DA ESCOLA DA EXEGESE À ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS DE OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA?

William Ricardo Grilli Gama¹

Michelli Rosa²

Resumo: O presente trabalho pretende demonstrar que há uma passagem de uma jurisdição subsidiária à produção legislativa, na qual ao juiz era dado tão-somente declarar o exato sentido da lei entregue pelo legislador, para um momento em que a atividade jurisdicional passa a ter uma atividade mais criativa do direito, extraindo do texto o sentido do que será a norma e, a partir daí, encontrando a solução para o caso concreto. A partir daí, analise as tradições da *civil law* e da *common law* a fim de responder se a recente adoção do Brasil dessa tendência a jurisprudencialização das decisões judiciais que culmina na elaboração de um sistema de elaboração de precedentes de observação obrigatória implica numa mudança de paradigma segundo o qual o Brasil passa a fazer parte de um sistema de tradição de *common law* em detrimento de anos de tradição codicista.

Palavras-chave: precedente judicial obrigatório; *common law*; *stare decisis*; escola da exegese;

Introdução

O final da Revolução Francesa marca uma nova fase do fazer e do pensar o Direito. Procurando encerrar a influência do antigo regime na nova ordem que se procurava estabelecer, bem escorada que era nos históricos valores que a orientavam, os teóricos da Revolução visualizaram a necessidade de garantir às novas classes uma segurança contra eventuais abusos estatais. A intenção de então era, portanto, encerrar um regime em que os magistrados eram de tal forma afinados³ com o poder monárquico e com as classes privilegiadas, que suas decisões muitas vezes pareciam ter mais o objetivo de agradar ao soberano e a essas classes do que, propriamente, a tutelar o direito do povo. Dessa forma, reconhecendo os abusos havidos e os riscos dos abusos a virem a ser cometidos se mantida a liberdade do julgador, formaram uma ordem fundada no que viria a ser conhecido como “império da lei”.

¹ Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, bacharel em Direito pela UNESC – Faculdades Integradas de Cacoal; Professor da Universidade Federal de Rondônia.

² Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, bacharela em Direito pela UNESC – Faculdades Integradas de Cacoal; Advogada.

³ De se lembrar que ao tempo do antigo regime os cargos judiciais eram herdados e comprados, de modo que os juízes aplicavam ou não a lei com decisões não raro elaboradas sem quaisquer fundamentos.

Nessa fase da história se percebe com clareza e nitidez que a construção dessa nova ordem segue segundo os ideais iluministas que pregavam a soberania da razão humana no governo de suas circunstâncias. É o momento em que consagram o valor da lei como forma de conter o abuso do arbítrio do julgador e em que se vê especial influência das ideias de Rousseau e Montesquieu.

Em Rousseau, encontra-se a ideia da lei que não é mais o reflexo da vontade arbitrária do monarca e passa a ser concebida como produto da vontade do povo, exercida por meio de seus representantes. Ele concebe, aqui, a ideia de uma “vontade geral” fora da qual não se poderia constituir o direito⁴.

Quanto à Montesquieu, é nele que se encontra a melhor sistematização do princípio da separação dos poderes e a defesa de um juiz que mais parecesse com um ser inanimado a quem fosse dado apenas declarar as palavras contidas na lei⁵.

Como bem lembra Marinoni “como ao juiz deveria ficar reservado somente o poder de dizer o que já havia sido dito pelo Legislativo, concluiu Montesquieu que o ‘poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’ (*en quelque façon, nulle*)”⁶.

De modo que não era por qualquer motivo que se buscou conter o impulso decisório dos juízes que, a certa altura, usaram enfrentar até mesmo o próprio soberano na medida em que assumiam funções praticamente legislativas. Tal fato também demonstra a necessidade de se proteger a própria lei do avanço dos juízes de então.

Foi sob essa perspectiva que, na esteira da edição do Código Civil da França, em 21 de março de 1804, que surgiu o movimento da Escola da Exegese. De início, vale mencionar Diniz, para quem esse movimento corresponde a “expressão mais característica da ciência do direito do século XIX”⁷ e segundo o qual a totalidade do direito positivo se identificaria com a lei escrita de modo que pregava um rigor absoluto na aplicação do texto legal, onde o papel do jurista seria o de revelar o sentido do texto que já estava posto e não o de criar um sentido para esse texto.

Por certo que essa escola da Exegese, na medida em que entendia que a solução como estando implícita no sistema legal bastando ao intérprete torna-la explícita desde que se ocupando das hipóteses ocorrentes e postas à sua apreciação numa aplicação silogística, não passou imune às críticas. Correntes outras surgiram para se opor a essa forma de se pensar e aplicar o direito, dentre as quais (e dentre outras) destaca-se o movimento do realismo. Para esse movimento, o direito é fruto da experiência dos juízes, é fruto da realidade. É o que os juízes ou tribunais dizem que ele é. A partir daí, entende-se a aplicação de um sistema de precedentes que, se outrora era um sistema próprio dos países cuja formação jurídica era conforme o

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de predentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 30

⁵ MARINONI loc. cit.

⁶ MARINONI, loc. cit.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 46

sistema da *common law*, sempre ciosos do respeito à produção jurídica pretérita, tem se mostrado, também, como uma preocupação dos países de tradição codicista.

É nessa esteira que o Brasil vem aderindo progressivamente a mecanismos de estabilização de decisões judiciais. Se em um primeiro momento o objetivo é o de garantir uma maior igualdade nas decisões judiciais quando diante de casos semelhantes, inclusive sob o ideal de que isso é conforme um Estado Democrático de Direito que pede por uma prestação jurisdicional também democrática, é certo que o Brasil o faz ao seu modo, numa forma bastante diferente do que seria a aplicação do sistema de precedentes nos países da *common law* e que levará a que se afirme que não se trata do Brasil aderindo à *common law*, mas sim, ao reforço da tradição codicista do direito brasileiro.

Em todo caso, essa adoção de um sistema de precedentes com eficácia vinculante, denota uma fase do direito brasileiro em que a jurisprudência ganha uma função cada vez mais ativa, dissociada do que defendia a escola da exegese e mais próxima de alguns valores do realismo jurídico, ao passo que esse sistema de precedentes ainda se presta tanto à garantia de se conferir decisões semelhantes a casos semelhantes, quanto, até mesmo, a obstar um excesso de pretensões recursais quando se verifica que o teor de um precedente obrigatório é o suficiente tanto para o seu acolhimento monocrático quanto para a negatória do seu provimento.

1. O EMPIRISMO EXEGÉTICO DA ESCOLA DA EXEGESE

A Escola da Exegese é assim chamada por fazer remissão ao grego *ex gestain* que significa, literalmente, “conduzir para fora”, de modo que, para esta escola, o papel do intérprete se reduziria a aplicar precisamente a regra dita pelo legislador e isso independente do tempo que tenha decorrido desde a sua edição⁸.

Esse movimento da Escola da Exegese conheceu as fases de formação, de apogeu e a do seu declínio, num espaço de tempo que correspondeu a aproximadamente 100 anos. De início entendia-se que a lei seria fiel à razão, sua emanção perfeita e ideal, desprovida de falha enquanto obra pronta a ser aplicada. Foi essa concepção inicial que levou ao seu apogeu e ao apego excessivo ao código que lhe marca. O código agora está como a norma pronta e acabada a ser aplicada pelos juizes que passam a estar indiferente a tudo o que demais na Teoria do Direito: só o que importava era o que estava codificado. E é essencialmente isso que colaborará com o declínio desse movimento.

O declínio, portanto, vem dessa realidade de o Direito passar a ser estudado em contraponto aos fatos e às evoluções da vida social de maneira em que se questiona a temporalidade de tipificações datadas pela época em que estabelecidas e a eficácia de continuarem regulando estritamente uma sociedade que prosseguiu, mudou, evoluiu. Passa a se enxergar a existência de novas demandas sociais, culturais, científicas

⁸ MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 322

e, na esteira dessas transformações e expectativas, uma legislação deficiente na forma e no conteúdo, com óbvias lacunas a serem colmatadas a medida que eclodem situações específicas caracedoras de serem decididas por um juiz a quem era proibido deixar de julgar. Para essas situações é que começaram a surgir vozes a entenderem que as lacunas deveriam ser preenchidas (colmatadas) por meio da aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, de maneira em que já em fins do século XIX havia uma maior concessão a ideia – que hoje parece pacífica – de uma função criativa (e não apenas declaratória) da jurisdição⁹.

Em todo caso, a Escola da Exegese vinha com essa aspiração de contribuir com o ideal da Revolução Francesa de encerrar com o absolutismo que reinara na França, fazendo prevalecer os novos valores de uma sociedade que vinha, agora, regulada por um código de leis que se queria conforme esses valores. O Código Civil de 1804, entregue para a sociedade por Napoleão.

Esse Código Civil francês, afora ter sido uma grande jogada política de seu artífice (Napoleão Bonaparte), consagra os ideais mais caros dos revolucionários de fins do século XVIII na medida em que inspirado nos valores do patrimonialismo e do individualismo, consagrava os valores da liberdade e da igualdade. A premissa, aliás, é simples: a classe da burguesia dominava a circulação de mercadorias, mas sem a segurança nas suas contratações ou mesmo nas suas propriedades. O estado era o monarca (*'l'état c'est moi'*¹⁰), ele era a lei e o juiz e, portanto, fonte de insegurança para a classe que ascendia como negociante e dona da riqueza a se fazer circular. Esta precisava ser protegida daquele. Além disso, o direito francês daquela época não era apenas um, mas era vários e diferente ao longo do reino, codificado em alguns lugares, costumeiro em outros, tudo isso dificultando a segurança nas relações jurídicas em que a circulação de mercadorias e riquezas era cada vez mais crescente. Daí a importância em se assegurar uma lei onde a preocupação estivesse na unificação legislativa de todo o reino e na consequente proteção às relações de patrimônio e, ainda por via de consequência, no indivíduo detentor deste.

Não por um acaso, os ideais iluministas, desde John Locke, pregavam que se todos os homens são iguais porque nascidos homens, precisam ser livres e livres, também, para adquirir propriedade. Liberdade não combina com despotismo, absolutismo. É, então, que o Código Civil francês surge para estruturar as relações jurídicas dentro da sociedade francesa, em um primeiro momento, consagrando a *pacta sunt servanda* para, mediante o princípio da autonomia da vontade privada das partes submetida apenas ao dever de se submeter ao interesse público, garantir a liberdade de iniciativa e de contrato, a segurança nas relações jurídicas, a certeza em todos os atos da vida civil e a clara definição de direitos e deveres, faculdades sanções.

⁹ Em oposição a essa ideia, Maria Helena Diniz, seu “Compêndio”, lembra de Blodeau, expoente da escola da exegese e para quem o magistrado deveria se abster de prolatar sentença nos casos em que a vontade do legislador não pudesse ser alcançada, uma vez que não haveria lei que fundamentasse sua decisão. DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1988, p.48)

¹⁰ “O Estado sou eu” – célebre frase atribuída ao imperador da França, Luís XIV.



Por tudo isso, é que para os exegetas, os códigos elaborados de modo racional corresponderiam à expressão humana do direito natural e esse era o motivo que lhes fazia confortável com a ideia de que o papel do jurista deveria ser o de reduzir-se à mera exegese dos códigos (“o juiz boca da lei”).

A fase da Escola da Exegese, portanto, foi a fase em que a lei e o direito corresponderiam a uma realidade em que a lei seria a única fonte do direito ao passo em que tudo o que estivesse na lei seria direito¹¹. É a fase do império da lei e da sua onipotência, em que se cria na possibilidade de uma construção lógica perfeita e, com isso, pensavam-se hipóteses às quais se dariam soluções apriorísticas inspiradas nos valores pós-Revolução Francesa. Lhes sugeria o alcance de uma simetria incontestável. Era a fase do absolutismo do dogma em detrimento do outrora absolutismo do rei¹².

Aliás, o próprio soberano procurou conter a sanha dos juízes ao tempo em que o desafiaram, instituindo – ressalve-se que na França – o *Conseil des parties* que era parte do Conselho de Estado e, de alguma maneira, um antecedente do Tribunal de Cassação que viria a ser instituído pela Revolução Francesa. Sobre o Tribunal de Cassação¹³.

À época da Corte de Cassação, as decisões não eram fundamentadas. A ideia era de que a argumentação poderia implicar numa tentativa de criação/mudança do direito. Como a lei seria “completa” (atendendo ao ideal iluminista de então), bastaria sua aplicação irrestrita segundo um método silogístico (subsunção – do fato à norma).

¹¹ Alguns expoentes da Escola da Exegese poderiam soar até radicais, mas algumas de suas falas servem bem à ilustração da forma de pensar desse movimento. À certa altura, instado a se manifestar a respeito do direito civil francês de sua época, Jean-Joseph Bugnet teria dito, conforme se lhe atribui: “não conheço o Direito Civil, ensino somente o Código de Napoleão”.

¹² O Direito, para a Escola da Exegese, “é o revelado pelas leis, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes (REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.)

¹³ Marinoni explica que “visto pelos revolucionários como um Tribunal cuja função era tutelar a autoridade da lei e não permitir a interferência do Judiciário na esfera do Legislativo, não foi entregue ao Poder Executivo, ao contrário do que se deu com o *Conseil des parties*. Na verdade, restou claro que, caso o Executivo controlasse a Cassação, seria violado o princípio da separação dos poderes, uma vez que de tal forma o Poder Judiciário restaria na dependência do Executivo. De modo que a teoria de Montesquieu também teve influência diante da decisão de se prever a Cassação como um órgão autônomo, não pertencente a quaisquer dos poderes, muito menos ao Executivo”. (**O STJ enquanto corte de predentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2017, p. 43)

Diferente, aliás, do que se tem no período atual da teoria do direito em que a tendência é a de se reconhecer que a norma jurídica é o resultado da interpretação de um enunciado normativo que, hoje, pode corresponder a um texto de lei ou mesmo enunciado de precedente (ou de julgado).

O que se tinha, portanto, ao tempo de pré-Revolução Francesa e que se repercutir ao longo do período revolucionário, foi a realidade de um povo descontente com a atuação de juizes cujas decisões, longes de serem estáveis e coerentes. E foi essa realidade que se quis transformar a partir da gênese de uma fase codicista, com autonomia do Parlamento sobre o Judiciário, ao juiz cabendo revelar o sentido da lei e não criar esse sentido.

E tudo isso é relevante na medida em que o direito brasileiro recebe uma influência decisiva desse modo de pensar da Escola da Exegese. Tardamente, o primeiro Código Civil brasileiro vem consagrando os mesmos valores do Código Civil francês e com a mesma lógica de uma jurisdição cuja função era a de declarar a “vontade da lei ao caso concreto”, logo, uma função subsidiária à função legislativa.

E é essa visão que vai mudando na medida e que o próprio ordenamento jurídico muda sob influência das transformações de mundo, em especial no período de pós-Segunda Guerra Mundial e a preocupação com uma legislação capaz de bem tutelar o ser humano nos seus direitos, necessidades e expectativas, de forma perene e menos casuística e que, no Brasil, culminará com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a toda mudança na ideia de jurisdição constitucional a partir do novo valor da Constituição enquanto dotada de eficácia normativa.

A partir dos novos valores constitucionais, o Brasil vê a emergência de se admitir uma nova forma de se pensar a prestação jurisdicional, com um Poder Judiciário menos inerte e mais pronto para bem tutelar os direitos agora assegurados na lei fundamental a qual se necessitará conceder vigência, de modo que passa a se deixar de lado a imagem de um Poder Judiciário engessado pelos limites de um ordenamento jurídico fechado, para uma jurisdição ativa inclusive na atividade de criar o direito a ser garantido a partir desses valores outorgados.

A par dessa forma de pensar o direito segundo uma vertente codicista, vem o direito feito nos países de origem anglo-saxão que é segundo uma tradição na *common law* e que é um direito feito pelos juizes (em oposição ao direito feito pelo parlamento e que num primeiro momento retém a atividade do juiz).

2. DO DESENVILMENTO DA *COMMON LAW*¹⁴ E ALGUMAS DE SUAS PECULIARIDADES

¹⁴ “Pode ser útil observar, a partir de agora, que as palavras *common law* podem ser usadas em diferentes significados. Em sentido próprio, a expressão refere-se a um sistema de direito desenvolvido ao longo dos séculos XI a XIII pelas cortes reais inglesas. Quando usado em oposição à expressão *statute law* (direito legislado) inclui, além do próprio *common law* e também do direito canônico e direito comercial, que com ele se fundiram, a *equity*, que é um sistema diferente. Quando, finalmente, se opõe *common law* e *civil law*, com a expressão *common law* designa-se toda a sua parte essencial, que é o sistema jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos que se opõe aos países do sistema de direito codificado.” Tradução livre, no original: “*Puede ser útil señalar, desde ahora, que las palabras common law pueden usarse em diferentes acepciones. Em sentido propio, la expresión designa un sistema de derecho elaborado durante los siglos*”

Ao tempo da Idade Média as sociedades europeias em geral assistiam a uma grande transformação no modo de viver suas cidades. Se outrora houvera uma maior concentração de pessoas vivendo nos campos onde mantinham atividade voltada essencialmente ao trabalho rural, o processo de crescimento dos grandes centros e a mudança na forma de se fazer a economia e desenvolver o mercado levaram a que houvesse uma grande concentração de pessoas no grandes centros urbanos, alterando consideravelmente a dinâmica dessas sociedades.

A partir daí, os diferentes países passaram a enxergar a necessidade de estabelecerem parâmetros normativos aptos a bem regular essa nova sociedade surgida sob esse novo paradigma de densidade populacional e regular sua nova atividade de subsistência e forma social.

Aqui é que já se vai verificar uma diferença de escolhe entre aquilo que se fez na Inglaterra e a opção que se fez no resto do continente (na verdade, uma generalização conveniente¹⁵ que a doutrina escolheu fazer para diferenciar os sistemas da *common law* e *civil law*).

A *common law*¹⁶ é um sistema de aplicação do direito pelas Cortes Reais. Em um primeiro momento surge como consequência da peregrinação de juizes ingleses que percorreram o país de modo a estabelecer o que seria o direito a ser aplicado sobre todo o reino em detrimento da prática de cada região aplicar o seu direito costumeiro local¹⁷. Logo, fala-se em *common* justamente por sua pretensão de, a partir do trabalho

XI a XIII por los tribunales reales ingleses. Cuando se emplea en oposición a la expresión statute law (derecho legislado), comprende, al lado del common law propiamente dicho y además del derecho canónico y el derecho mercantil, que con él se fundieron, a la equity que es un sistema diferente. Cuando, en fin, se oponen common law y civil law, con la expresión common law se designa al todo por su parte esencial, y es el sistema jurídico de la Inglaterra y de los Estados Unidos el que se opone al sistema jurídico de los países de derecho codificado.” (TUNC;TUNC, 1957, apud VIANA; NUNES, 2018, p. 39)

¹⁵ Como bem apontam VIANA; NUNES (*op. cit.*, p. 42), essa escolha em se classificar o direito, de forma simplória, em continental, corresponde apenas a uma tentativa para diferenciá-lo do direito da ilha da Inglaterra. Não deixam de ressaltar, todavia, que essa divisão do direito por regiões geográficas pode se mostrar seriamente enganosa. Nesse ponto, remetem o leitor à obra de Mário Giuseppe Losano “Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeu” (São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.XXXVI-XL).

¹⁶ A primeira acepção de common law é ‘direito comum’, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente. (SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32)

¹⁷ Nesse sentido, Norberto Bobbio para quem a *common law* é “um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juizes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juizes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juizes, segundo o sistema do precedente obrigatório). O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento).” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 33)

desses juizes, tornar-se o direito comum para todo o reino do Inglaterra, tudo isso feito, entretanto, como uma clara pretensão de centralização do poder do Estado¹⁸¹⁹.

A *civil law*, por sua vez, muito embora como seja entendida hoje corresponda ao direito codificado que se passa a ter a partir do século XIX com o Código Civil francês de 1804, é a consequência da escolha feita pelos países “do continente” que optaram por se voltarem aos antigos institutos do direito romano num estudo e numa reavaliação do trabalho de Justiniano e seu Digesto. Se eclipsado ao longo da Alta Idade Média, ressurgiu com o aparecimento da Escola de Bolonha e difunde-se inclusive por territórios que não foram parte do Império romano do ocidente, a exemplo do que ocorrera na Alemanha e nos Países Baixos. A razão de se ter conferido (nova) validade ao direito romano tantos séculos depois estava no entendimento de que ele correspondia à *ratio scripta* capaz de solucionar todas as controvérsias possíveis mediante a manipulação das normas por obra dos intérpretes (incluindo o recurso à hermenêutica). Não é por outro motivo que esse direito romano difunde-se ao longo do continente com o epíteto de “direito comum” (a todos os povos) de forma, inclusive, a se conectar, como aponta Bobbio, ao direito natural²⁰. Aos poucos, entretanto, vai prevalecendo o direito que vai sendo feito por cada Estado que vai se declarando independente e, com isso, o direito vai se reduzindo a uma ideia de Direito do Estado, na medida em que vai ganhando forma o Estado Absoluto.

Esse processo de evolução do sistema da *civil law* (que não é o objeto do presente estudo, mas surge com o fim de traçar um paralelo necessário ao sistema de precedente e à falsa alegação de que o Brasil passa por um processo de se adoção à *common law*) culmina com o direito estatal sendo representado pelas codificações conforme dito supra. Aliás, codificações essas que começam a história do positivismo e estabelecem, ao longo do século XIX, as premissas da Escola da Exegese que orientou o pensamento do Direito de então.

Em todo caso, foi essa fase de surgimento da *common law*, retro afirmada, a corresponder a uma fase de rigoroso formalismo, cujo aspecto processual se mostrava de maior relevância inclusive que o próprio aspecto material do direito reclamado. É a fase em que se estabelecem as premissas do que seria o *common law* e que surge a ideia de que ele corresponde ao direito que os juizes dizem que é direito não segundo o que cria, mas segundo ao que sua razão constata que é direito a partir da análise do direito que já existe. A *common law* pressupõe, então, uma aplicação racional do direito estabelecido, com o juiz podendo decidir aplicando as numerosas leis (*statutes*) que existiam já nos séculos XIII e XIV ou os costumes ditos “imemoriais”, assim

¹⁸ “A expressão *common law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o *law French*, até o século XVIII.” (GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 207).

¹⁹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41

²⁰ VIANA; NUNES, *op. cit.*, p. 31.

chamados os costumes que fossem identificados como existentes desde antes de 1189. Séculos mais tarde, Edward Coke e outros contestarão a validade dessas leis (*statutes*) frente a *common law*²¹.

Onde se adotava do sistema da *common law*, portanto, se conseguir alcançar o acesso à apreciação da solução de um caso demandava uma carga argumentativa, um intrincado debate, um jogo de palavras, em que – em apertada síntese – o jurista da época fosse capaz de vincular sua demanda à semelhança de outro caso anteriormente solucionado. É a partir daqui que passa a se ter a noção do que é o precedente para o direito anglo-saxão (e que será bem diferente do que é o precedente que o direito brasileiro procura adotar a partir do novo Código de Processo Civil): em 1285, o *Statute of Westminster II* vincula novos *writs* a que se estivesse diante de casos similares a um *writ* anterior. Logo, na medida em que novos *writs* eram concedidos, os precedentes passavam a ser analisados, estudados e, sob argumentos bem elaborados, invocados para se conseguir a apreciação na demanda posterior. Portanto, o precedente não nascia com a pretensão de ser precedente, mas se tornava precedente na medida em que passava a ser utilizado para vincular a apreciação de um caso futuro/posterior²².

Não é de se estranhar, portanto, que durante muitos anos a formação do jurista inglês tenha se concentrado preponderantemente em postulados mais práticos²³ que teóricos, formação essa, não raro, desempenhada em escritórios de advocacia com complementos de leitura de obras tidas como “obrigatórias” (de Edward Coke e William Blackstone).

O certo é que o sistema da *common law* consolidado na Inglaterra e assimilado nos Estados Unidos da América por força da colonização sofrida, pressupõe o valor do caso concreto na formação do direito. É da análise do *case* que se extrai a sua *ratio decidendi* ou *holding* que servirá para instruir a pretensão de ter decisão no mesmo sentido proferida anteriormente em caso análogo. Logo, nesse sistema, primeiro é a decisão

²¹ “Segundo a concepção dominante na história da Inglaterra, cabe ao juiz ‘dizer o direito’, declarar o que é direito; é a *declarathory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão. Na realidade, os juízes referiam-se a princípio (séc. XIII-XIV) sobretudo ao costume, designadamente ao ‘costume-geral imemorial do reino’ (*general immemorial custom of the Realm*); em seguida, pretendeu-se que um costume só era ‘imemorial’ se existisse já antes de 1189 (data fixada por uma lei de 1275; mas o princípio não foi admitido senão no século XVIII). Os juízes deviam também aplicar as leis (*statutes*), sobretudo aquelas, muito numerosas, dos séculos XIII-XIV. A autoridade da lei em relação ao *common law* foi posteriormente contestada; pretendeu-se mesmo que uma lei apenas era obrigatória se o juiz a considerasse conforme o *common law*.” (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212)

²² “Em vez de simplesmente requerer a prolação de um novo *writ* para uma situação até então inaudita, os postulantes em juízo precisam justificar a semelhança entre o caso concreto e um *writ* anterior ao *Statute of Westminster II*, o que torna ainda mais importante o recurso – mediante argumentação – ao precedente judicial.” (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/Finatec, 2011. p. 40)

²³ “O governo inglês se incomoda com a dispersão do ensino jurídico, do mesmo modo que os advogados se sentem desarmados em relação aos seus colegas do Continente já que o direito inglês não se mostrava como instrumento adequado ao império global que havia se tornado a Inglaterra. Esse cenário estimula a criação do *Select Committee on Legal Education*, que, após promover uma ampla investigação no ensino jurídico não apenas na Inglaterra, conclui por sua insuficiência e sugere ampla reforma do sistema de ensino, Os comissários se seduziram com o ensino na Alemanha e também com o praticado nos Estados Unidos, principalmente e Harvard.

para, só então, uma vez que ela venha a ser invocada e aderida na solução de outro caso, ela possa a ser considerada precedente. No sistema da *common law* um precedente não nasce precedente, ele se torna um precedente.

Todavia, uma vez tenha se tornado um precedente tenderá a ser mantido, respeitado, como expressão do direito estabelecido e emanção da segurança jurídica que se espera norteando as relações. É a doutrina do *stare decisis et quieta movere*²⁴ (manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido) que se encontra contida na *common law* e que terá uma certa diferença em relação aos sistemas inglês e norte-americano, uma vez que neste os precedentes podem assumir maior ou menor grau de vinculatividade, conferindo-se certa discricionariedade ao juiz (muito embora as decisões tendam a partir de precedentes, nem que sejam para afastar sua aplicação: *distinguishing*/técnica da distinção e *overruling*/técnica da superação), enquanto naquele há uma maior vinculação, sujeitando, inclusive, a própria suprema corte inglesa que, apenas nos últimos anos, ainda que timidamente, vem admitindo alguma superação de seus próprios precedentes²⁵.

O precedente, portanto, é uma criação própria da realidade da forma de se fazer direito nos países de tradição da *common law*. Em todo caso, como já dito, cada vez mais se tem visto uma preocupação de países de tradição codicista adotarem em seus respectivos ordenamentos jurídicos sistemas que garantam não só presteza, mas também homogeneidade na sua prestação jurisdicional, procurando, para tanto, uma estabilização das decisões e respeito à produção do direito pelos Tribunais, não mais relegados a simplesmente repetirem o dado pelo parlamento. É importante, então, que se analise essa tendência à adoção de um sistema de precedentes judiciais num país cuja tradição não é de *common law*.

Mesmo porque, não se pode esquecer do entendimento de que o direito é que se extrairá do enunciado de uma lei ou de um precedente para que, dessa interpretação se encontre a solução do caso. Logo, a solução não vem pronta, ela é encontrada mediante atividade de investigação do aplicador.

Não obstante, especialmente nos Estados Unidos da América, prevalece o movimento do realismo jurídico enquanto forma de pensar o direito e essa forma pode influenciar diretamente – e influencia – o sistema de aplicação de precedentes e, conseqüentemente, de definição do direito.

O realismo nega todo fundamento absoluto à ideia do direito que, por sua vez, deve ser encontrar sua validade no seu acontecimento e não em aspectos metafísicos ou ideológicos. Com base nisso, já se pode

²⁴Não há que se confundir *common law* com *stare decisis* e *rule of precedent*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento do Englishmen, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*. Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedentes*), que é mais recente ainda (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33)

²⁵ O primeiro caso ocorreu apenas em 1968 com o julgamento do *case Conway vs. Rimmer*, em que se superou um precedente de 1942.

se entender que a norma não poderá ter papel de destaque e menos ainda ser considerada invariável ao ponto de apenas caber trazer o seu sentido a qualquer tempo e passado qualquer tempo. Para essa corrente, a segurança jurídica viria da expectativa de que o direito poderia atuar independente das transformações sociais porque as acompanha no próprio espírito do julgador. Ou seja, a lei não passa de um texto, ao passo que o direito será o que o tribunal declarar que ele é, sendo que o juiz o fará devidamente apoiado nos costumes, nos princípios morais da doutrina e nos precedentes que orientarão e lhe darão um sentido ao texto que corresponderá à norma que ele dirá que é.

Portanto, o realismo jurídico defende, em síntese, que o Direito se manifesta como atividade do Poder Judiciário, conferindo à lei e ao precedente o mesmo valor: guias para a decisão em que o juiz diria qual o direito (este, sim, que, por sua vez, proviria da sociedade em fluxo, daí se dizer que encontrado na conduta do povo).

De se notar, inclusive, que a decisão pretérita poderá servir apenas de fundamento para que o juiz decida confirma a sua convicção e os seus valores (ainda que contrariamente ao precedente que usa de fundamento) e isso, principalmente no relativismo americano onde a regra do *stare decisis* não atribui vinculatividade a qualquer precedente, mas onde a regra é a possibilidade de seu afastamento²⁶. Isso porque o relativismo americano (há, também, o escandinavo, cujo principal expoente, Alf Ross, defenderá que o direito nasce do caso concreto a partir da decisão judicial e, portanto, da jurisprudência), trabalha uma diferença entre norma papel e norma efetiva ao entendimento de que haverá aquelas normas com força de aplicação, ainda vigente, e que, portanto, influenciarão as sentenças, mas também haverá aquelas (normas e precedentes) que já há muito não correspondem com o momento social, mas as quais o juiz recorrerá a fim de, negando-as, apresentar o seu próprio sentir em relação ao caso que solucionará segundo seus valores.

É um dos parâmetros do ativismo judicial.

3. O DIREITO BRASILEIRO E A OPÇÃO PELA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES DE OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA

Num primeiro momento, é bom que se recorde que precedente, para a tradição da *common law* deve ser entendido como um produto que essa tradição forjara pacientemente ao longo dos muitos anos, com a finalidade de evitar a propagação de uma quantidade de decisões esparsas e contraditórias em relação a situações semelhantes e que, para tanto, acabou envolvendo uma quantidade significativa de pessoas que ao longo desse tempo apresentavam situações não menos semelhantes. É. Portanto, a ideia de respeito à produção judicial pretérita na busca por sua estabilização quando reiteradamente aplicada a situações futuras.

²⁶ DINIZ, op. cit., p. 73

Nos últimos anos se tem assistido ao crescimento da tendência à “jurisprudencialização”²⁷ do direito brasileiro. Ainda assim, não parece despiciendo que se esclareça que tal fato não corresponde a uma forma recente de se pensar e aplicar o direito no Brasil. Pelo contrário, em que pese a herança lusitana de uma tradição codicista, desde fins do século XVI é que se observa certo protagonismo do poder judiciário (ou, ao menos, de seu aparato burocrático)²⁸.

Em todo caso, uma análise da produção legislativa que forma o ordenamento jurídico brasileiro leva a se concluir que há uma valorização da jurisprudência e uma preocupação com a sua uniformização, seja, por exemplo, quando a lei 5.584/70, em seu art. 9º, autorizava o Relator de recurso interposto no Tribunal Superior do Trabalho negar seguimento quando o pedido contrariasse prejulgado estabelecido ou súmula de jurisprudência uniforme, seja quando a lei 8.038/90 indica, no seu art. 38, que o relator no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça pode negar seguimento a recurso que contraria a sua súmula, seja quando a LC 73/93, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União aponta como atribuição do Advogado-Geral da União unificar a jurisprudência administrativa, inclusive editando súmulas administrativas com base na jurisprudência uniforme dos tribunais. Esses, além de outros casos que podem demonstrar que a preocupação com o respeito à produção judicial pretérita não é uma novidade dos últimos anos, tampouco uma inovação do recente novo Código de Processo Civil.

Tal se destaca ainda mais quando se pensa na Emenda Constitucional 45 de 2004 que institui a súmula vinculante que veio ampliar a noção de padronização das decisões produzidas pelos órgãos jurisdicionais com a imposição de seu sentido, não só aos demais órgãos jurisdicionais, mas também aos órgãos da administração pública direta e indireta.

Aliás, mesmo após a adoção da vinculação por meio de súmulas estabelecidas segundo o rito constitucional²⁹, o que se observou foi uma continuidade no processo legislativo de solidificação

²⁷ VIANA; NUNES, *op. cit.*, p, 177.

²⁸ Em síntese daquilo que narram Aurélio Viana e Dierle Nunes (Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 177-181), tem-se que no século XVI eclodiu a primeira disputa por poder em terras brasileiras. Preocupado com um descompasso entre a lei e sua aplicação, Dom João III envia para o Brasil o que seria um primeiro aparato burocrático à colônia, com destaque ao estabelecimento da estrutura judicial. Com a criação do Governo-Geral (1548-49), nascem cargos de feição jurisdicional e, entre esses, estabelecem-se hierarquias. No topo dessa hierarquização estava o Desembargo do Paço que, presidido pelo rei, funcionava como espécie de Supremo Tribunal de Justiça ao qual, mais do que o exercício da função jurisdicional em grau recursal, cabia uma função de conselho governamental que o colocava, portanto, nesse centro “da estrutura burocrática do império português”. Desde essa época – e em especial com a criação do primeiro tribunal permanente no Brasil (o tribunal da Bahia) – iniciam-se os conflitos onde instituições governamentais passaram a acusar o Tribunal de Relação (que junto com a Casa da Suplicação compunha a estrutura judicial da época) de se imiscuir em assuntos que não lhe competiam.

²⁹ 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.

jurisprudencial³⁰, como se pode depreender de leis como a 11.276/2006, 11.417/2006, 12.322/2010 e 12.844/2013³¹.

Ao se defender essa busca pela valorização da jurisprudência, é pertinente lembrar o trazido por França para quem havia três grupos de juristas cada um com sua própria percepção em relação ao direito jurisprudencial, um grupo de juristas negativistas que não consideram valor à jurisprudência, outro grupo de juristas que exagera no valor que atribuem a ela e um terceiro grupo, a que chama de realista, que enxerga a jurisprudência com o valor que ela realmente deve ter³².

Se por conta da estrutura de um sistema de produção de precedentes judiciais trazida pelo novo Código de Processo Civil é possível se afirmar que a preocupação com a uniformização da jurisprudência foi alçada a um nível mais alto e mais objetivo, não é menos verdade, como se mostrou, que ela é o resultado de uma evolução progressiva no sentido de se familiarizar o jurista brasileiro a esse sistema de racionalização de precedentes.

E é o que parece autorizar que surjam vozes que afirmam que o Brasil protagoniza um momento de convergência entre as tradições, famílias ou modelos jurídicos do *civil law* com o *common law*. Todavia, não é de todo acertado. Perceba-se que o Brasil cuidou de estabelecer um sistema de formação de decisões que já nascem com força de precedentes judiciais a serem observados e ainda lhes confere força conforme grau de vinculatividade. É a lei, portanto, que lhes faz precedente, ao passo que, no sistema da *common law* é o tempo que faz de uma decisão o precedente para outro caso. E essa é uma grande diferença que demonstra que o

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁰ VIANA; NUNES, *op. cit.*, p. :190

³¹ Sem a pretensão de esgotar os dispositivos legais em que se valoriza a jurisprudência e sua uniformização, essa compilação de leis, bem como as anteriormente citadas, é parte de um levantamento apresentado por Aurélio Viana e Dierle Nunes em seu “Precedentes: a mutação no ônus argumentativo”. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 188-190. No caso específico deste grupo de leis, referem-se, respectivamente, a possibilidade de o juiz não receber o recurso de apelação de sentença conforme súmula do STJ ou do STF; a possibilidade de revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF, inclusive apresentando um rol de legitimados para propor edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, bem como a possibilidade de Reclamação direta ao STF em caso de desrespeito a essa súmula em decisão judicial ou ato administrativo; alteração no CPC73 para que o relator possa negar seguimento ao recurso contra decisão que esteja em consonância com o previsto em súmula ou jurisprudência dominantes; e a possibilidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desistir de recurso ou mesmo de contestar em razão de jurisprudência desfavorável à tese de defesa.

³² Sobre tais grupos afirma que o primeiro, seria o dos negativistas, que atribuem pouco ou nenhum valor a jurisprudência como tal. O Segundo, dos que exacerbam o valor da mesma, e que chamaríamos jurisprudencialistas. O terceiro, o dos que se poderiam denominar realistas, pois, segundo nos parece, colocam a questão nos seus devidos termos. FRANÇA, 1974 *apud* VIANA; NUNES, 2018, p. 174

Brasil não deixou a sua herança codicista. É o código que confere obrigatoriedade e se conferir essa obrigatoriedade (ou vinculatividade) vai ser uma atuação silogística ao melhor exemplo do que já acontecia ao tempo da escola da exegese mudando, tão-somente, a fonte do direito a ser utilizada: ao invés de procurar apenas na lei, agora se procurará em decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, contida em enunciado de súmula vinculante ou em decisão proferida em julgamento de casos repetitivos (Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e Incidente de Assunção de Competência.

Esses retro que são os que se confere vinculatividade forte, porque, além desses, há aqueles com vinculatividade média e os meramente persuasivos a depender de como repercutem no mister do julgador.

O novo Código de Processo Civil cuidou de pormenorizar diferentes incidentes que terão relação direta com a defesa de direito subjetivo fundado em questão constitucional (para que se mantenha nos limites do que pretende o presente trabalho). À guisa de providenciar uma prestação jurisdicional que seja conforme valores caros como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e até mesmo a democracia, o novo *codex* impõe um dever aos tribunais e demais órgão do Poder Judiciário de que observem a produção judicial pretérita no instante de devolverem a resposta aos litigantes. Essa produção judicial pretérita corresponde ao chamado “precedente”, sendo que o Código de Processo Civil consagra um sistema de formação desses precedentes judiciais.

Acontece que, a par dessas inovações, surgem preocupações a respeito dos reflexos dessa nova forma de se pensar o papel dos tribunais superiores em relação aos litígios dos particulares, principalmente enquanto se pensa que sua função primeira, diferente do que era a Corte de Cassação citada anteriormente, é a de julgar casos e não a de firmar teses. Contudo, aplicado o sistema tal qual pensado pelo Código, corre-se o risco de retirar das partes a possibilidade de acessarem aos tribunais superiores ao argumento de que outra causa discutiu direito semelhante em que se firmou tese que lhe basta. Sem que, talvez, lhe baste. É a chamada objetivação das questões decididas em processos subjetivos, mas cuja decisão, por força de vir num procedimento específico, vinculará as decisões dos demais processos.

É importante, portanto, que se prestem alguns esclarecimentos a respeito das primeiras impressões que a afirmação da consagração de um sistema de precedentes pode despertar no leitor.

3.1. Sistema de Precedentes do novo Código de Processo Civil X *Common law*

Que se pontue, por oportuno, que o novo Código de Processo Civil inaugurou um sistema que, não por um acaso, vem sendo chamado de “precedente à brasileira”, isso porque, ao contrário do que se possa

imaginar, o Brasil não importou o sistema de precedentes como há muito feito no *Common Law*³³. Ainda que se possa identificar alguma aproximação, não se pode desconsiderar que o Brasil não renunciou à sua origem de base “codicista”.

Uma diferença sensível entre o que vem a ser precedente no Brasil para o que é considerado precedente nos países que aderem à herança do direito anglo-saxão é o fato de no Brasil haver uma lei indicando o que são, como se formam os precedentes e que os precedentes devem ser observados, ao passo que nos EUA ou mesmo da Inglaterra, por exemplo, onde não há uma lei que diz o que são os precedentes³⁴, como se forma e, muito menos, que eles devem ser observados, mas sim, vem de uma tradição de muito tempo em que há respeito à tradição/produção judicial anterior.

Nos países de *common law*, se diante de casos novos onde não existia uma base normativa a conferir a solução para o caso concreto, caberia ao juiz criar a solução que, então, passaria a ser vista enquanto pauta de conduta que orientará o julgamento de casos futuros tanto quanto o comportamento das pessoas em casos futuros. Essa, aliás, corresponde a essência da regra geral, no *common law*, segundo a qual o “juiz não pode desapontar o jurisdicionado”, estabelecendo um julgamento no caso concreto a partir de uma regra nova e deixando de observar o entendimento anterior no qual as pessoas pautavam sua conduta.

O que não pode é se esquivar da realidade dessa diferença entre o sistema inaugurado pelo Brasil e a forma como se tem pensado a aplicação de precedentes na *common law* não podem guardar qualquer similitude e principalmente quando se nota que o Brasil quer determinar que uma decisão seja precedente enquanto, na sua essência, o precedente – tal qual pensado e aplicado nos países cujo direito tem herança anglo-saxã – não nasce com a pretensão de ser um precedente, mas vira precedente na medida em que reiteradamente aplicado ao longo da história. Para o direito anglo-saxão o precedente vem carregado de uma carga histórica³⁵ de uma razão de decidir que vem sendo sistematicamente invocada e reconhecida posteriormente³⁶.

³³ Esse é um esclarecimento importante na medida em que, não raro, depara-se com aqueles que se apressam em defender que o Brasil atravessa um processo de “commonlawlização” e que, co isso, renuncia ao que sempre teve de *civil law*.

³⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 912

³⁵ Em Dworkin se lê que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”. (DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176).

³⁶ De acordo com Lênio Streck, nos Estados Unidos, a força normativa do precedente “(... reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao “precedente sumular” por intermédio de emenda constitucional.” (STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In. Paulo Bonavides; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 414

3.2. O dever de integridade e coerência

Proferir decisões semelhantes a casos semelhantes é uma das formas do Poder Judiciário atuar segundo uma dimensão democrática, na medida em que tratará igualmente os que se virem em situações semelhantes e afastará o risco do contrário.

Não é sem motivo, portanto, que o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e mantenham-na estável, íntegra e coerente, determinando, ainda, toda uma sorte de condutas a serem adotadas com o intuito de se conferir publicidade a sua jurisprudência.

O novo Código de Processo Civil traz ainda, um rol do que seriam precedentes a serem observados pelos juízes e tribunais, no que coube à doutrina classificá-los em precedentes de diferentes graus. Diz-se, com isso, haver precedente de vinculação forte, também chamada de vinculação efetiva porque onde há, de fato, uma vinculação. Mas também é possível dizer que há a vinculação fraca, onde, logo, não haverá vinculação propriamente dita, mas apenas uma vinculação virtual, no que será vista como aquela cujo seu precedente é menos que uma ordem, mas mais que um conselho (vinculação média). Da mesma forma em que haverá aquele precedente sem qualquer vinculatividade e do qual se dirá, portanto, ter ação meramente persuasiva.

O grau de distinção desses precedentes em forte, fraco ou se vinculação está no fato de que na defesa de alguns caberá o uso da Reclamação³⁷, ao passo que na defesa de outros apenas a via recursal ordinária.

Nos termos do Código de Processo Civil, a Reclamação é cabível, em termos de garantir o respeito à precedente vinculante, quando a decisão deixar de observar enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (até aqui, nenhuma inovação), mas também para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Entretanto, além desses precedentes cujo grau de vinculatividade é forte, o novo Código de Processo Civil também impõe que se observem os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em caso de ação cujo objeto discuta matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça se matéria infraconstitucional e, ainda, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Além disso, ao regular o incidente de arguição de inconstitucionalidade, o Código de Processo Civil, a partir do seu art. 948, determina que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão a arguição de

³⁷ 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;

inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial se já tiver havido pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Nota-se, aqui, que o Código atribui considerável eficácia às decisões proferidas em processos subjetivos, de modo a que elas atuarão diretamente sobre processos outros, vinculando ou persuadindo, servindo de motivo para provimento monocrático de recurso ou mesmo de negativa do seu provimento. Mas não dá para deixar de se considerar que a adoção desse sistema de precedentes e a obrigatoriedade de sua observação, independente do grau de sua vinculação, confira a mudança da natureza das decisões proferidas em processos subjetivos, o que demonstra uma sintonia com a tendência que se tem visto no Supremo Tribunal Federal em atribuir eficácia *erga omnes* e vinculação inclusive às suas decisões em controle de constitucionalidade pela via difusa, o que levou a que estudiosos observassem que esse sistema de controle estaria ganhando contornos de objetivação.

Claro que, nesse ponto, não se pode ignorar que a função precípua do Supremo Tribunal Federal (e mesmo do Superior Tribunal de Justiça) é a de examinar os interesses das partes e julgar-lhes seus casos. Sua instituição não teve por escopo que fossem tribunais de tese, mas são, e não pode haver dúvidas quanto a isso, tribunais que não só caçam a decisão em conflito com o melhor entendimento quanto a aplicação da norma constitucional (e infraconstitucional, conforme o caso) para, na sequência, resolverem esse caso (rejulgarem).

O que não se deve perder de vista é que dentro da sua função de julgar casos e, portanto, resolver litígios subjetivos, o Poder Judiciário tem um compromisso com o caso posto à sua apreciação de modo que o respeito à coerência e a integridade não deve se bastar na subsunção irrestrita ao texto do precedente como outrora fazia o juiz ao texto da lei. Não se quer sair do juiz “boca da lei” para a passagem para um juiz “boca do precedente”. O atual momento é o da busca por uma decisão dialogada, onde tanto a parte na sua postulação como juiz na devolução da prestação jurisdicional cuide de demonstrar onde o precedente se aproxima e se afasta do caso concreto; que se valham das técnicas de aplicação, distinção e superação de precedentes conforme previsto pelo próprio sistema, mas que ajam conforme a dialeticidade e a boa-fé que devem orientar o processo.

Não se pode passar despercebido pela realidade de que toda a ordem jurídica deve ser voltada ao valor máximo consagrado pela ordem jurídica fundamental e este é a dignidade da pessoa humana. Não é por um acaso que a Constituição Federal de 1988 é o primeiro dos textos constitucionais brasileiros que posiciona os princípios fundamentais da República para, na sequência, afirmar os direitos e garantias individuais e, só então, cuidar de organizar a administração e os poderes. É como bem aponta Mitidiero ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é o que confere legitimidade substancial no Estado Constitucional³⁸.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p, 19)

Mas também não se pode passar despercebido de que a Constituição é repleta de textos que são dotados de vagueza e cujo sentido precisa ser dado no caso concreto, tendo sido opção do legislador deixar a cargo do aplicador do Direito o conceder o sentido normativo a essas cláusulas gerais e a esses textos dotados de conceitos jurídicos indeterminados, assumindo o risco – que o atual sistema de precedentes tenda atenuar – de cada juiz interpretar e conceder ao seu modo, segundo quem é e as experiências que tem e que lhe fizeram. É justamente por se contar com a possibilidade de diferentes respostas que se procura determinar aquela que será igual para os que estiverem e situações semelhantes³⁹.

De todo modo, não se pode passar ao largo do problema do precedente que já nasce precedente. O Brasil adota um sistema em que o julgador decide sob um rito em que ele já sabe que o que decidirá deverá ser obrigatoriamente observado, mas por mais boa vontade que tenha, não conseguirá, nesse ponto, pensar as situações fáticas todas que possam incorrer sob o mandamento daquele precedente. O precedente deveria ser uma escolha do julgador futuro e não do julgador pretérito, mesmo porque, mesmo p precedente obrigatório não passará de um texto a ser interpretado e dele extraído a norma para o caso concreto.⁴⁰

Conclusão

Não é por um acaso que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem que o sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil, tem passado por mudanças bastante significativas e enumera desde a questão das súmulas vinculantes (que decorrem de decisões de casos subjetivos, mas que operam efeitos de decisão proferida em processo de natureza objetiva), a vinculação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, até a adoção pelo novo Código de Processo Civil de outros precedentes de observação obrigatória que decorrem, na sua maioria, de julgamentos de recursos extraordinários⁴¹.

Tal fato demonstra não só uma tendência do direito processual brasileiro a abstrativizar as decisões tomadas em caso concreto transformando seus tribunais superiores não só em tribunais que julgam casos,

³⁹ “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através de princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40)

⁴⁰ Quando se fala em precedentes, deve-se adotar o estilo da decisões das cortes inglesas que são discursivas, personalizadas e abertas à discussão de valores, políticas e cuja justificação se dá por argumentos bem desenvolvidos, começando-se por uma longa introdução, com abertura aos processos discursivos”. (VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 95)

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil – vol 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 375-176. Na sequência, os autores defende que “a consagração de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil (aparentemente inquestionável ao menos após o CPC-2015, tal como examinado no v. 2 deste Curso) alterou o modo como se deve encarar o controle difuso de constitucionalidade das leis e, por consequência, a função do recurso extraordinário”.

mas também tribunais que julgam teses. Ou, como parece ser a tendência, até mais tribunais que julgam teses a casos. O Brasil, hoje, tem o seu próprio sistema de precedentes.

E é importante que se reitere: o fato de o sistema de precedentes do Brasil não corresponder ao que sejam os precedentes na sua origem no direito anglo-saxão ou mesmo de se tratar de julgamentos de casos subjetivos cujos efeitos deveriam manter-se restritos às partes – ao menos enquanto não houvesse manifestação do Senado Federal –, não muda a realidade de que essa é a realidade escolhida pela novo Código de Processo Civil, qual seja, a de uma tendência a respeito à produção judicial pretérita em razão de se observarem os precedentes judiciais.

Entretanto, mesmo esse fato, ainda que possa sugerir a confirmação de uma mudança de paradigma de uma aplicação de direito essencialmente exegética para partir para uma aplicação onde a atuação do Poder Judiciário é cada vez mais criativa, ainda que se queira contida na conformação das decisões umas às outras, não é correto se considerar que o Brasil parte para a adoção da *common law*, tampouco de um sistema misto, que a mescle com a *civil law*, principalmente porque todas as inovações que traz, ainda que importe, faz por meio da lei e contém no corpo do código.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil – vol 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

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

_____. **O STJ enquanto corte de predentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2017

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**, São Paulo: Atlas, 1989

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito** – trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008

MACIEL, José Fábio Rodrigues (org.). **Formação humanística em direito** – vários autores. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

STRECK, Lênio Luiz. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: Paulo Bonavides; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (Org.). **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

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

FROM THE SCHOOL OF EXEGESIS TO THE ADOPTION OF A SYSTEM OF FORMATION OF MANDATORY JUDICIAL PRECEDENTS: A PARADIGM SHIFT?

Abstract: The present work aims to demonstrate that there is a passage from a jurisdiction subdued to the legislative production, in which the judge was only allowed to declare the exact meaning of the law delivered by the legislator, to a moment in which the judicial activity starts to have a more creative activity towards the law, extracting from the text the meaning of what will be the norm and, from there, finding the solution for the concrete case. From then on, this work analyzes the traditions of civil law and common law in order to answer whether Brazil's recent adoption of this tendency to turn judicial decisions into mandatory judicial precedents implies a paradigm shift according to which Brazil becomes part of a system of common law tradition in detriment of years of civil law tradition.

Keywords: mandatory judicial precedent; common law; stare decisis; school of exegesis.