



A EMERGÊNCIA DE UM PROCESSO COMPARTICIPATIVO COMO RESULTADO DA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC 2015 E A NECESSIDADE DE REVALORAÇÃO NO DISCURSO DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

William Ricardo Grilli Gama¹

Resumo: O presente artigo parte de uma leitura a respeito da necessidade de se adotar um processo que parte do modelo participativo resultado da adoção de um sistema de precedentes judiciais que, em que pese sua pretensão à obrigatoriedade, prevê mecanismos para o afastamento da sua incidência mediante um trabalho de argumentação do profissional do direito, seja ele o postulante, seja ele o julgador. A partir daí, depois de apresentado o sistema de produção de precedentes judiciais segundo a legislação processual civil brasileira e de ter destacado a importância da construção do sentido do direito a partir do sentido que se lhe é atribuído durante a atividade interpretativa, passa a vislumbrar a necessidade de reavaliação do discurso do ensino jurídico no Brasil, defendendo uma passagem de um ensino voltado à litigiosidade, para um litígio voltado a composição de conflitos mediante à observância da produção judicial pretérita, além de destacar que esse novo ônus argumentativo implica numa nova forma de o profissional do direito atuar, forma essa que, não raro, passa ao largo das grades de graduação.

Palavras-chaves: precedente judicial; jurisdição constitucional; jurisdição democrática; ônus argumentativo; ensino jurídico;

A universidade não é a prisão do pensamento, ainda que a pretexto do seu entesouramento. É o jardim da vida conversável nessa grande conversa que liga as mentes pensantes de sempre.

– Paulo Ferreira da Cunha

Introdução

Um sistema de precedentes 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 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.

¹ Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, Bacharel em Direito pela UNESC – Faculdades Integradas de Cacoal; Professor da Universidade Federal de Rondônia. william.gama@unir.br

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*² (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 precedentes³.

Entretanto, em que pese o Brasil venha num estado de evolução em que parece ter atingido de modo determinante o sistema de jurisprudencialização do seu direito, protagoniza, na verdade, um sistema que não se confunde com o *common law* dos países anglo-saxões. No Brasil, por força da sua tradição essencialmente codicista e típica de um país de *Civil law* a compreensão do que é o direito ainda parte da lei, havendo, no entanto, uma tendência de reconstruir o sentido que se atribui a essa lei quando o jurista é chamado a se manifestar.

Partindo da influência de Heidegger e Gadamer e sua forma de apresentar o sujeito como parte integrante do mundo que lhe é dado conhecer e compreender, também de uma ideia de condição de possibilidade de apreensão de sentidos a partir da noção de que o mundo do homem é o mundo visto e vivido por esse homem a partir de quem ele é e que esse homem – que é ele e ele é – é o destinatário final da ação justa que, por sua vez, parte da leitura que se faz do direito outrora pensado aprioristicamente, mas agora afirmado enquanto produto do que o homem tem condição de exteriorizar independente do que incapaz de considerar de si, apresenta-se uma preocupação quanto ao preparo do profissional do direito para assumir o protagonismo da construção e desenvolvimento do Direito jurisprudencializado por meio da adoção de um sistema de precedentes obrigatórios.

Em um primeiro momento, apresenta a estrutura do sistema de precedentes pensado pelo legislador brasileiro, contrapondo-o com a realidade do sistema de precedentes vivido há séculos nos países adeptos do sistema do *common law* a fim de que, a partir das suas particularidades, demonstre-se que o Brasil não deixou

²Não 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)

³ O primeiro caso ocorreu apenas em 1968 com o julgamento do *case Conway vs. Rimmer*, em que se superou um precedente de 1942.

de ser um sistema de base essencialmente codicista e bastante apegado a valores positivistas, passando pelas conclusões da impropriedade (ou ao menos do paradoxo) de se falar em sistema de precedentes obrigatórios que prevê, por si mesmo, maneiras de serem afastados no caso concreto.

Em um segundo momento, demonstra-se que independente dos valores que orientam críticas ou aplausos, o fato da adoção desse sistema de precedentes ser uma realidade, implica em que o profissional do direito se adapte a ele e perceba, então, que diante da atual realidade, assoma a si um ônus que implicará numa diferença em relação à forma que se convencionou fazer o Direito e buscar a justiça no Brasil, sendo necessário se afastar o método silogístico-dedutivo da subsunção, para aderir a um comportamento que se desonere do dever de bem argumentar as razões que apresenta em juízo de modo a garantir ou afastar a incidência do precedente na solução do seu caso concreto.

Por fim, partindo dessas duas premissas anteriores, se defenderá a necessidade se repensar a própria ideologia que permeia o ensino jurídico – especificamente no Brasil – que de tão voltado à litigiosidade e pouco ocupado à construção de teses que vão à fundo na discussão do direito material, tem apresentado bacharéis em dissonância com as exigências que parecem emergir dessa expectativa de que se tenha inaugurado uma nova etapa de era processual.

1. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, O RESPEITO À PRODUÇÃO JUDICIAL PRETÉRITA E SUA APARENTE DESOBRIGATORIEDADE

Os precedentes correspondem à solução de um caso concreto que parte de uma aplicação de respeito àquilo que já foi decidido no passado pelo tribunal, sujeitando os que a ele estejam subordinados a aplicarem os julgados, mantendo a coerência no âmbito interno⁴.

Em um primeiro momento, é usual – além de correto – se afirmar que o precedente é uma criação própria da realidade da forma de se fazer direito nos países de tradição da *common law*. Entretanto, não deve se passar despercebido o fato de que 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

⁴ Didier (2016, p.455) conceitua precedente como sendo “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo o elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. DIDIER Jr, Fredie. **Curso de processo civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2016, p. 455. Por sua Redondo serve para argumentar que Redondo complementa que o núcleo ou à tese jurídica extraída da decisão já proferida servirá de norma geral para a solução do caso concreto que está sendo discutido vez para (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial: volume 2**. São Paulo, RT: 2014.)

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*.

Num rápido apanhado histórico, é sabido que ao tempo do desenvolvimento dos grandes centros urbanos já em períodos de Idade Média, as sociedades assistiram à emergência de um sistema jurídico que se mostrasse apto à bem tutelar as relações jurídicas que cresciam em demanda e complexidade. A essa altura da história, começam a se desenvolver o que posteriormente se convencionou chamar as diferentes famílias do direito, uma baseada na colação de normas, costumes e julgamentos imemoriais dentro de determinada circunscrição e outra, por sua vez, baseada numa tradição romano-germânica de direito, voltada à colocação do Direito em regras específicas e delimitadas, postas ao alcance e conhecimento da coletividade. Foi assim que nasceram os sistemas/famílias da *common law*⁵ e da *civil law*, respectivamente.

Aqui é que já se vai verificar, portanto, uma diferença entre a escolha que se fez na Inglaterra e a opção que se fez no resto do continente europeu (na verdade, uma generalização conveniente⁶ que a doutrina escolheu fazer para diferenciar os sistemas da *common law* e *civil law*).

A *common law*⁷ 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 local⁸. Logo, fala-se em *common* justamente por sua pretensão de, a partir do trabalho

⁵ “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 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)

⁶ 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 extraeuropeus” (São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.XXXVI-XL).

⁷ 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)

⁸ 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).

desses juízes, tornar-se o direito comum para todo o reino do Inglaterra, tudo isso feito, entretanto, como uma clara pretensão de centralização do poder do Estado^{9 10}.

Esse sistema do *common law* pressupõe 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 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*¹¹.

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 voltar 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 difundiu-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 difundiu-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 natural¹². 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.

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)

⁹ “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).

¹⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 41

¹¹ “Segundo a concepção dominante na história da Inglaterra, cabe ao juiz ‘dizer o direito’, declarar o que é direito; é a *declaratory 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)

¹² VIANA; NUNES, *op. cit.*, p. 31.

Esse processo de evolução do sistema da *civil law* culmina com o direito estatal sendo representado pelas codificações conforme dito supra.

Mas não se ignore, como dito, anteriormente, a tendência a uma valorização cada vez maior do direito produzido nos tribunais dos países da *Civil law*. À emergência de não se bastarem só no texto da lei, não raro juízes e tribunais brasileiros precisam se valer das decisões análogas ou semelhantes àquelas proferidas em outro órgão jurisdicional ou pelo próprio órgão julgante. E o que se vem defendendo hoje é que agir assim é bem agir, na medida em que ao decidir conforme um padrão decisório consolidado no tempo, trata de forma isonômica aqueles que estão na mesma situação e, com isso, garante a prestação jurisdicional consonante aos valores constitucionais, garantindo (ou produzindo?), com isso, um Processo Civil Constitucional¹³.

E precisamente isso que se tem observado no Brasil, mormente com a opção feita pelo Código de Processo Civil de 16 de março de 2015 (lei n. 13.105), que a guisa de estabelecer desde a segurança jurídica até a celeridade dos julgamentos, sempre em busca do que vem se chamando de uma prestação jurisdicional justa e democrática, pautada, inclusive, em valores de coerência, integridade com vistas a manutenção de uma jurisprudência estável de modo a bem conformar e orientar o comportamento da coletividade e, quanto a esta, que possa manter um controle da forma dessa prestação jurisdicional, estabeleceu-se um sistema de aplicação de precedentes de observação obrigatória.

Quanto a esse sistema, sabe-se que o legislador processual fundamenta-o em pilares sustentados pelos arts. 10, 489, §1º (este, em que se procura dar maior clareza e efetividade ao art. 93, IX/CF na medida em que fala diretamente ao dever de fundamentar do juiz) e os art. 926 a 928, sem prejuízo das eventuais remissões que lhes concedam a efetividade de que careçam.

A partir daí, tem-se uma característica muito própria do sistema tal qual optado pelo legislador processual brasileiro: em que pese a alegação ou mesmo o sentimento de alguns de que o Brasil caminha para um processo de “jurisprudencialização” do seu direito, aproximando-se, assim, dos países de tradição anglo-saxônica, afetos ao *common law*, o que se tem, na verdade, é a lei determinando – reitera-se, no Brasil – o que é precedente e como e quando ele deve ser aplicado. Ou seja, há uma imposição normativa como é comum que desde sempre o seja naquilo que envolve a aplicação dos direitos nos países cuja tradição é o sistema de *civil law*. E mesmo essa opção não restou imune às críticas¹⁴.

¹³ Nesse sentido, Gaio-Junior traz que estudo do sistema de precedentes “se pauta na relevância de se zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais dentro de um Estado Constitucional, pois que nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve um direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão em desacordo com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judicante em querelas verdadeiramente idênticas”. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação à decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de direito Faculdade de Valência**. Vol.13, n. 02, 2016, p. 52

¹⁴ Em Dworkin, por exemplo, 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).

Isso, conforme o exposto, vem reforçar a ideia de que o novo CPC inaugura um sistema não por um acaso chamado de “sistema de precedente à brasileira”, não havendo, pois, que se falar que o Brasil importara um sistema de precedentes como o há muito feito no *Common Law*¹⁵. Tampouco, que apesar daquilo que se possa vir a identificar enquanto alguma aproximação entre o Brasil e o sistema da *common law*, possa deixar de se levar em desconsideração a posição histórica do Brasil enquanto país cujo sistema tem toda a sua origem de base “codicista”.

É assim que, por exemplo (e aqui passa a se descrever esse sistema de precedentes apresentado pelo processo civil brasileiro), que o art. 926 do CPC/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 CPC traz, ainda, um rol do que seriam precedentes a serem observados pelos juízes e tribunais (art. 927/CPC), no que coube à doutrina classifica-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 vinculatidade e do qual se dirá, portanto, ter ação meramente persuasiva.

O grau de distinção desses precedentes em forte, fraco ou sem vinculação está no fato de que na defesa de alguns caberá o uso da Reclamação¹⁶ (art. 988/CPC), ao passo que na defesa de outros apenas a via recursal ordinária.

A despeito do que muito já se falou, é imperioso se destacar, contudo, que não se está a tratar de algo que surgiu do nada no ordenamento pátrio, apenas com o advento da nova codificação processual. Pelo contrário. É desde os últimos anos que se vem assistindo ao crescimento da tendência à “jurisprudencialização”¹⁷ 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, mas que é, isso sim, próprio de uma herança da cultura jurídica lusitana – apesar de também ela de enraizada tradição codicista –,

¹⁵ 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, com isso, renuncia ao que sempre teve de *civil law*.

¹⁶ 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.

¹⁷ VIANA; NUNES, *op. cit.*, p, 177.

desde fins do século XVI, quando já se observava certo protagonismo do poder judiciário (ou, ao menos, de seu aparato burocrático)¹⁸.

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 prejudgado 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 Código de Processo Civil.

Tal se destaca ainda mais quando se pensa na Emenda Constitucional 45 de 2004 que instituiu a súmula vinculante e, com ela, ampliou 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 constitucional, o que se observou foi uma continuidade no processo legislativo de solidificação jurisprudencial¹⁹, como se pode depreender de leis como a 11.276/2006, 11.417/2006, 12.322/2010 e 12.844/2013.

Mas na esteira do que até aqui se defendeu ainda cabe que se relembre a polêmica daqueles que entendem haver inconstitucionalidade quanto ao alargamento dos precedentes obrigatórios²⁰ que se soma a uma preocupação legítima em relação ao fato de que muitas decisões das cortes supremas não contém uma *ratio decidendi* na medida em que não passam de um apanhado de decisões em que se constam – e contam

¹⁸ 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.

¹⁹ VIANA; NUNES, *op. cit.*, p. :190

²⁰ Defensor dessa corrente, vide posicionamento do prof. Nelson Nery Jr.

– votos favoráveis e votos contrários ao provimento do recurso, não raro, cada qual com suas próprias razões. E daí emerge a preocupação quanto à aplicação de um precedente obrigatório sem que, contudo, haja uma parte essencial extraível.

Ora, além de se contar com um precedente esvaziado de sentido e razão (nesse caso, literalmente), também poderá se ver diante de uma situação apta a desconfigurar – e talvez definitivamente – o precedente obrigatório daquilo que parece ser mais caro e interessante no sistema de precedentes no *common law*: a sua abertura (e por que não desafio) a uma prática argumentativa seja na sua formação seja quando se busca sua distinção e superação.

E mesmo porque não se deveria discutir a plausibilidade de um modelo em que a vinculatividade pode ser afastada mediante as técnicas corretas (de distinção e superação) e isso em detrimento de um modelo em que o simples fato de os precedentes virem emanados de uma corte superior seria o bastante para que ostentem grau máximo de vinculatividade²¹.

Em todo caso, parece claro que um precedente em que se admita que mediante a carga argumentativa se afaste a obrigatoriedade da aplicação da sua *ratio decidendi* é um precedente que, a bem da verdade, não tem uma obrigatoriedade, senão que relativizada.

Não por um acaso, aqui se volta à aplicação do precedente no sistema da *common law* em cuja aplicação do precedente pressupõe um diálogo entre o caso anterior e o caso sucessivo de modo que, por meio da comparação, atinja-se a hipótese de sua aplicação.

2. DO PROCESSO COMPARTICIPATIVO E O ÔNUS DE ARGUMENTAR

A proposta, aqui, passa por afastar uma abordagem positivista, par alcançar a adoção de uma premissa participativa, esta sim, capaz de romper com o paradigma dos pronunciamentos judiciais solitários, desprovidos da adequação aos aspectos decisórios passados e onde os juízes recebem mais o crédito de serem guardiões da norma do que o de serem o que são: partes da sua construção jurídica, compartilhada com as demais partes do processo judicial.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa no novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66. Mas aqui cabe que se acrescente a observação de VIANA; NUNES, *op. cit.*, p. 255, para quem “o renomado processualista direciona esforços ao odo de deliberação e à necessidade de proclamação da *ratio decidendi*. Sintetizando o aspecto crucial, para que se possa admitir um sistema de precedentes obrigatórios, a *ratio decidendi* deles é que precisa ser vista como obrigatória. Para que isto ocorra – ou seja, para que se possa implementar a obrigatoriedade, como desejada – é necessário que a Corte Suprema não apenas decida, mas, sobretudo, que haja, na referida Corte Suprema, a concentração da interpretação sobre a *ratio decidendi*.”

Nesse ponto, tem-se a argumentação enquanto própria do direito. É comum que se depare com a frase encontrada em Manuel Atienza de que “ninguém duvida de que a prática do direito consista, fundamentalmente, em argumentar”.²²

Aurélio Viana e Dierle Nunes oferecem uma tradução livre da noção de argumentação, em sentido geral, apresentada por Habermas na sua Teoria da Ação Comunicativa publicada em espanhol, em que o filósofo alemão parte da ideia de que a argumentação são as razões que versam sobre premissas problematizadas (tematizadas) e que sua força – das argumentações – está no contexto da proposta debatida que, partindo da pertinência das razões apresentadas, demonstra capacidade de convencer os participantes num discurso²³.

Seja segundo uma noção de argumentação geral, seja segundo uma noção de argumentação jurídica – ramo da chamada argumentação prática –, estar-se-á diante de uma busca por justificação. Ora, a justificação que se pretende é da decisão do juiz segundo os argumentos apresentados pelas partes, numa resposta dialogada com a construção dialética que se espera do processo.

Não por um acaso, parece claro que a adoção de um sistema de precedentes que se querem obrigatórios, vinculantes, mas que admitem meios a se escapar da sua incidência, amplia de modo considerável o ônus das partes se manifestarem em torno de sua pretensão e em contrário da pretensão que resiste.

É nesse sentido que Alexy, defendendo uma ideia de carga da argumentação, a imporá àquele que tenha por objetivo afastar a incidência do precedente ao seu caso, já que, no seu entendimento, a observância do precedente é obrigatória e o seu afastamento é que deve ser opcional²⁴, o que, por sua vez, é conforme o princípio da inércia de Perelman²⁵.

²² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 1.

²³ “Chamo argumentação o tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornaram duvidosas e tratam de cumpri-las ou recusa-las por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com a pretensão de validade da manifestação ou emissão problematizada. A força de uma argumentação se mede em um dado contexto pela pertinência das suas razões. Isso é evidenciado, entre outras coisas, se a argumentação é capaz de convencer aos participantes em um discurso, isto é, se for capaz de motivá-los à aceitação da pretensão de validade em litígio.” (HABERMAS *apud* VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 342-343)

²⁴ “Só interessa o seguinte: tanto o distinguishing quanto o overruling devem ser fundamentados. Segundo Kriele, para isso são necessárias razões jurídicas. É então correto considerar que os argumentos práticos do tipo geral possuem em tais situações um papel especial. Mas junto a eles são admissíveis todos os argumentos possíveis do discurso jurídico. O uso de precedentes se mostra, assim, como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais....” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270)

²⁵ “De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valoriza-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. Numerosíssimas argumentações insistem em que nada nesse caso justifica a mudança. É graças à inércia que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente. A repetição do precedente só difere da continuação de um estado existente porque os fatos são encarados como algo descontínuo.” (PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 120-121.

Todavia, numa análise sistemática que envolva a aplicação de precedentes segundo pensado pelo e para o Código de Processo Civil, mesmo a aplicação do precedente não prescinde a argumentação. De se notar, a esse propósito, que o próprio CPC determina que o juiz não pode se limitar a aplicar o precedente sem que indique as razões que, segundo sua inteligência, vinculam aquele postulado ao caso posto à sua análise.

A partir daí, parece consequência lógica se ampliar o papel do profissional que postula em juízo, na medida que é a ele que caberá convencer o juiz da aplicação ou da distinção desse precedente a fim de que, por suas razões, o juiz atinja as suas razões.

Com isso, tem-se que as circunstâncias, bem estabelecidas, parecem clamar por que o precedente, não superado e nem submetido à distinção, seja aplicado, observado, respeitado de modo a confirmar a expectativa segundo a qual as partes se pautaram nas suas relações recíprocas.

Além do mais, não é de somenos importância se recordar que o sistema de precedentes também visa uma maior celeridade na prestação jurisdicional que se querererá segura, democrática e efetiva e, portanto, constitucional, na medida em que atende aos anseios do que venha a ser uma decisão democrática.

A ideia de decisão democrática, a essa altura, parece bem enraizada segundo a acepção comum de que é aquela que é conforme um ideal de justiça que vai além do simples estar perante o Poder Judiciário. É a ideia de receber de volta uma prestação jurisdicional que venha conforme ideais de justiça. Ou seja: aquilo de que se convencionou chamar acesso à justiça justa e que, apesar de vista sob às lentes de uma Constituição Federal dirigente, não é indiferente às concepções de justiça que se protraíram no tempo até se fazerem presentes nos tempos de cá.

É o caso, por exemplo, do brocardo latino extraído do Digesto Justiniano em que *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*²⁶ e cuja realização demanda uma postura ativa do jurista no

²⁶ “Nesta sintética noção encontram-se, com efeito, como sabemos já, os três tópicos essenciais do Direito e da Justiça, e que os caracterizam: o elemento objetivo, o *suum*, o elemento subjectivo, a *persona*, e o elemento dinâmico e essencial-principal, a *iustitia*.

É de assinalar que a única expressão presente no texto da noção é o *suum* (a *iustitia* é, aí, o termo a explicitar – e não se poderia definir com o definido), correspondendo como que à *differentia specifica* da arte jurídica (que é o *suum cuique tribuere*, isto é: a atribuição do que é seu a cada um – donde, o seu é que aí prevalece). A presença da *persona* está indicada pelo *suum cuique* (é o seu de cada um que se trata – e cada um é uma pessoa). Finalmente, e tal é, nestes momentos, o mais relevante para nós, a *iustitia*, que é o resultado de tudo isto – até como virtude das virtudes, virtude por antonomásia quase, como claramente resulta das *Éticas* a Nicómaco, de Aristóteles –, aparece também sob uma outra forma. Não é só como soma algébrica de todos os elementos em presença, ou como *telos* (e esta finalidade é a justa atribuição do seu a cada um) que a *iustitia* está presente. Ela é anunciada por uma expressão poderosa e muito reveladora do que está em causa quando se fala a sério de Direito e de Justiça. Essa expressão é *constans et perpetua voluntas*. A Justiça é uma constante e perpétua vontade. Isso tem um sentido muito especial porque aparta qualquer ilusão de que se possa atingir a Justiça num certo tempo e lugar. Não, constante e perpetuamente a andaremos a procurar, e a lutar por ela.

Aí está: a Justiça não é um dado *quid* que se vá colher ali (seja no real terreno, seja no céu dos arquétipos), como a justiça do Museu de Nápoles colhe flores no prado primaveril. Insista-se, porque alguns fingem apenas compreender e não o interiorizam nem agem como se o entendessem: A Justiça nunca está atingida e nunca o será, reclamando por isso do jurista uma perpétua e constantes vontade de a concretizar. Mas, como é evidente, nem por isso pode deixar de ser

exercício do seu mister de convencer o juiz do melhor sentido do direito que realizará sua pretensão deduzida em juízo e conforme ou não, a produção judicial pretérita – a depender da sua conveniência – mediante a adoção do ônus argumentativo de quem convencerá o juiz de não agir fora dos interesses que procurará bem demonstrar.

O jusfilósofo português, Prof. Paulo Ferreira da Cunha, é bastante preciso ao apontar a importância do comportamento do jurista na concretização de um ideal de justiça. A partir daí, defende-se no presente trabalho que a adoção de um sistema de precedentes, menos do que um meio de desafogo de tribunais ou uma artificialização de julgamento de casos concretos mediante uma abstração imposta a casos que querem tratar como iguais (sem que necessariamente o sejam), é uma adoção que corresponde a uma busca pela concretização da justiça a partir dos valores insculpidos no código, estes, por sua vez, corolários de um ideal maior de um Devido Processo Legal apto a concretizar os direitos fundamentais na sua dupla perspectiva: objetiva e subjetiva.

Daí a relevância de se ressaltar um processo participativo, baseado, como dito alhures, em artigos como o 10, o 489, §1º e o 927, todos do Código de Processo Civil que, dentre outros, destacam a importância da realização de um efetivo contraditório a fim de se alcançar a prestação jurisdicional tal qual prevista na ordem legal²⁷.

Nesse ponto, é de se destacar, inclusive, o papel da hermenêutica jurídica e em especial o giro ontológico linguístico experimentado a partir dos trabalhos de Heidegger²⁸ e Gadamer²⁹, a respeito do papel do intérprete enquanto sujeito inserido no contexto do objeto analisado. Isso porque, na medida em que se passa a defender o fim de uma aplicação simplesmente silogística desde o enunciado normativo até, agora, o enunciado jurisprudencial, ter-se-á uma maior responsabilidade do jurista que atuará (ou ao menos deveria atuar) diretamente na construção do sentido do direito, na discussão da sua melhor interpretação e na busca,

ideal a buscar.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**: fundamentos das instituições filosóficas. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 73-74)

²⁷ Interessante observação do Prof. e jusfilósofo Português Paulo Ferreira da Cunha, em obra citada acima, que a esse respeito de prestação jurisdicional como prevista na ordem legal aponta que “ há que se considerar as fontes, inclusive a lei, como tópicos para o debate dialético contraditório de uma questão em tribunal, critérios (e sem dúvida a lei é um critério privilegiado, mas não o exclusivo) para uma decisão justa a proferir por um terceiro face às partes, independente e experiente e sabedor, que deve ser o juiz.” (p. 504)

²⁸ Lênio Streck explica que, para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser em que o homem não apenas é, mas se percebe sendo o que, em que pese o filósofo não tenha se ocupado do Direito, sugeriu uma nova forma de olhar e entender a hermenêutica jurídica, na medida em que passa a buscar superar a objetificação de tudo, partindo de uma linha segundo a qual qualquer interpretação que contribua para a compreensão deve já haver compreendido o que se deve interpretar. (STRECK, Lênio Luiz. Heidegger. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**, São Leopoldo, Editora Unisinos, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 426-430).

²⁹ Para Gadamer, o sentido de uma lei, ou mesmo de um texto, ou do que se tenha do passado a ser analisado, apresentarão um traço comum, qual seja, independente de quando tenham sido produzidos, terão seu sentido conforme o momento em que são investigados, numa relação de apropriação de momentos, em que o momento da leitura é o mesmo momento do sentido do texto; o momento do contato com a lei, é o mesmo momento da sua interpretação, de modo que os sentidos do texto, ou do passado, ou da lei, não estão em si, mas sim, naquele que os interpreta.

a partir do conhecimento das circunstâncias que deram origem ao entendimento propalado, da estabilização da jurisprudência do tribunal (o que, por sua vez, implicará numa necessária mudança de cultura de inúmeros profissionais do direito que acostumados à reprodução quantitativa de ementas de julgados não valorados à sua inteireza, mas apenas parcialmente considerados naquilo que pertinente à causa que defendiam, até que posteriormente se mostravam desafetas ao caso em questão).

E se é vislumbrável um sistema que pede uma participação mais ativa do profissional do direito, é vislumbrável também uma atuação em que se garanta à parte que se desincumba do ônus argumentativo que tem, a fim de que possa conduzir a solução do processo ao encontro da satisfação da sua pretensão, seja quando superando um precedente, seja se afastando dele ou seja porque a aplicação dele é que é conforme a sua pretensão³⁰.

Ou seja, nada que se difira – ao menos em absoluto – do que é a aplicação do precedente nos países do sistema da *common law* em que pese o sistema brasileiro ter apresentado uma precedentalização decorrente da lei.

Sim, porque onde se adota o sistema da *common law*, o alcance do acesso à apreciação da solução de um caso demanda uma carga argumentativa, um intrincado debate, um jogo de palavras, em que – em apertada síntese – o jurista de qualquer época se mostre capaz de vincular sua demanda à semelhança de outro caso anteriormente solucionado³¹.

Não é de se estranhar, portanto, que durante muitos anos a formação do jurista inglês tenha se concentrado preponderantemente em postulados mais práticos³² que teóricos, formação essa, não raro,

³⁰ “...o modelo constitucional de processo ao qual se adere não possui consteúdo axiológico-instrumental. Ao contrário, parte-se de um ambiente comunicacional e da percepção da inexistência de um consenso sobre aquilo que se possa entender como bem comum, com o decorrente afastamento da ideia de existência de um sujeito com acesso privilegiado aos ideais de justiça. Em suma, não se trata de mero metodologia para obtenção de direitos fundamentais, dada a equivocidade do conteúdo jurídico, mas sem descuidar dos aspectos técnicos em prol do rompimento com o protagonismo decisório. O modelo constitucional de processo visa a implementação da comparticipação, permitindo-se a visualização de um sistema processual capaz de transformar o espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate, que não descurem o fator tempo-espacial de seu desenvolvimento.” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 331)

³¹ 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/posterior.

³² “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.

desempenhada em escritórios de advocacia com complementos de leitura de obras tidas como “obrigatórias” (de Edward Coke e William Blackstone). Esse tipo de formação, por sua vez, talvez contribua para a melhor inteligência quanto à observação proposta pelo Prof. Paulo Ferreira da Cunha a respeito do jurista anglo-saxão, segundo quem “ao contrário dos continentais, são pragmáticos e pouco dados à especulação pura: daí que a sua jurisprudência e doutrina sejam, sobretudo, viradas para o concreto, e não para a construção abstrata e dogmática”³³.

Em todo caso, quando se afirma que o momento atual que impõe essa carga ou ônus argumentativo ao profissional do direito é fruto da adoção de um sistema de precedentes que apesar de se querer obrigatório tem um sistema de afastamento de sua incidência, mas que parte da interpretação que se extrai do texto da lei, evocando, nesse particular, as contribuições decisivas de Heidegger e Gadamer, é inevitável que se vislumbre, ainda, uma necessidade premente de se mudar a forma de ser e se formar desse profissional do direito, ser do ente que observa, interpreta e que, a partir da sua inteligência, poderá ser determinante para a evolução ou para o engessamento jurídico-social.

3. DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E A NECESSIDADE DE SE REVALORAR A FORMAÇÃO JURÍDICO-INTELLECTUAL DO BACHAREL EM DIREITO

A preocupação com a qualidade do ensino jurídico no Brasil é uma constante que não tem nada de recente. A garimpagem de textos escritos a respeito da problemática do método de se ensinar e aprender o direito ao longo das décadas faz com que se encontrem preciosidades como a manifestação de Luiz Warat³⁴ que nos idos de 1995 já se preocupava com algum tipo de pacto velado de mediocridade vaidosa que unia professores e alunos de direito e os mantinham vinculados num não saber se posicionar num mundo que desde aquela lhes escapava às mãos quando deveria ser, a bem da verdade, objeto da sua transformação.

Não é de se estranhar, nesse ponto, um Heidegger³⁵ que apresenta um mundo desencantado, incapaz de ter força sequer para perceber sua falta de reação ante aos acontecimentos do próprio mundo.

³³ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito: fundamentos das instituições filosóficas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 293

³⁴ “O saber jurídico permanece sempre igual a si mesmo, ensinado e encenado como uma situação pré-hipnótica (que nos prepara para o pior). Somos fascinados por esse discurso brilhante que nos deixa moles como um gato adormecido e sem condições de reagir contra formas de sociedade cada vez mais despolitizadas e desumanizadas. Na sala de aula, estudantes e professores estimulam-se reciprocamente para instalarem-se confortavelmente na servidão das vozes instituídas” (WARAT, Luiz Alberto. In: BORGES FILHO, Nilson. *Direito, Estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1995, p. 112.)

³⁵ “A decadência espiritual do mundo encontra-se já tão avançada que os povos estão sob a ameaça de se verem privados da derradeira força espiritual, aquela que lhes permitiria pelo menos ver e considerar como tal esta decadência (concebida na sua relação com o destino do ‘ser’). Esta simples constatação nada tem a ver com pessimismo relativo à civilização, como nada tem a ver com otimismo; porque o fenecer do mundo, o êxodo dos deuses, a destruição da terra, a gregarização do homem, a odienta suspeição contra tudo o que é criador e livre, tudo isso já alcançou, por toda a parte,

Talvez fruto de tempos de modernidade líquida tal como apontada por Bauman em seus estudos, o certo é que o estudante é apresentado a um estudo que não parece ser perene, mas é antes, uma maçada experimentada em contagem regressiva da qual se sagrará vencedor o que demonstrar mais força de ânimo ao longo dos 5 anos corridos. Não parece que a regra venha sendo de um compromisso com a formação intelectual do bacharel, mais do que parece ser tendência transformar o curso de Direito no que é mais próximo de um tecnólogo profissionalizante, em que o aluno se ocupa de questões meramente práticas e deixa de lado aquelas que tratam seu espírito, o espírito dos seus e os respectivos lugares no mundo (mesmo esses – lugares – alcançados pela máxima do *tribuere*).

E em tempos de renovação da forma de se fazer processo e se argumentar ao longo da construção na relação processual, parece que é urgente que se proporcione uma formação mais voltada às questões de inteligência humana e suas circunstâncias, dissociando o bacharel do senso comum e legitimando-o ao posto de intelectual que deveria ser seu por direito (conquistado e não atribuído).

Não que não seja legítima a aspiração profissional, a vida de renúncia que se lega o dito concursário que na sua abnegação enxerga um futuro de tranquilidade e satisfação, mas porque mesmo esses, uma vez alçados aos altos escalões dos órgãos responsáveis pela administração da justiça, precisam se mostrar sensíveis e aptos ao momento em que se vive e que é claramente um momento de transição, em que se procura apagar a ideia do sujeito litigante, do *parquet* simplesmente perseguidor, do julgador solipsista, enfim, do ser indiferente em relação à realidade que o cerca e insensível às circunstâncias das demais pessoas que cruzam seu caminho.

Um ensino que ainda é meramente dedutivo, que é pautado em silogismos, não pode se mostrar menos dissonante com um tempo de – até talvez excessivas – problematizações. De modo que não é de todo razoável que o ensino do Direito se mantenha, já no crepúsculo da segunda década do século XXI, nos mesmos moldes de quando da sua instalação há quase 200 anos.

Da mesma forma que não há como se admitir – ao menos não impunemente – que continue se relegando as disciplinas humanistas por excelência, em especial, a filosofia, mas também suas vertentes mais atualizadas, como a sociologia e a hermenêuticas jurídicas, a um simples obstáculo sem importância que o estudante precisa superar a fim de perseguir o sonho que se seguirá à sua formação(?). É imperioso que se desperte a consciência dos aprendizes das letras jurídicas, de que o Direito, enquanto ciência em constante (trans)formação não pode ser estudado casuística e temporalmente, mas precisa preparar os espíritos para que sejam conforme lhe exija que sejam e venham ser segundo todos os tempos do seu tempo.

tais proporções, que categorias tão pueris como pessimismo e optimismo se tornaram de há muito ridículas.” (HEIDEGGER, Martin. Introdução à metafísica. Einführung in die Metaphysik, I.)

Não é sem razão que o já recorrentemente citado no presente trabalho, Prof. Paulo Ferreira da Cunha³⁶, jusfilósofo português com grandes ligações com o Brasil, aponta o homem atual num estado de total perdição de si mesmo, atordoado no tempo em que não se reconhece no que vive, no que crê, no que anseia, tampouco no lugar que ocupa se não aquele em que nasceu, em suma, totalmente desorientado que está num mundo em constante ressignificação, mas que não deveria ser estranho ao profissional do direito bem preparado. Este deve assumir o protagonismo de qualquer momento da história e estar apto a conduzir as transformações mediante a força do seu caráter e do seu conhecimento, das suas palavras e da sua irresoluta vontade de fazer a justiça concretizar-se no seio da sociedade de que ele emerge e para a qual sua ação retorna.

Mas não é o que se vê.

Ainda vive-se a cultura do litígio. Da sentença de procedência do pedido. Da Execução. Do sair vitorioso na arena do fórum em que muitos advogados se travestem de gladiadores em busca da glória de restarem em pé por último, derrubados todos os leões e quantos forem seus adversários. A cultura onde o importante é ganhar sozinho, não importa que o direito não seja só seu. Nada mais contrário ao espírito do Código que se quis voltado à composição da lide e não à imposição de qualquer que seja a solução que se lhe atribua.

É necessário ensinar que se respeita a produção judicial pretérita; que não se litigue para ganhar tempo. Que tenha responsabilidade com o resultado e com o direito do outro e que a boa-fé objetiva do art. 5º é um valor que pode ser lido sobre diferentes vertentes, mas todas elas devem privilegiar o direito de quem tem direito, não o contrário.

Acontece que medida em que ficam indiferentes à sorte do mundo, preocupados exclusivamente com a sorte que lhes espera quando resolverem ganhar o mundo, são vários os estudantes que se cerram em verdades insustentáveis a respeito do seu mundo e de si mesmos, alguns forjados a uma liderança excludente, outros convencidos a uma carreira ascendente, não raro deixam de lado a formação que lhes dará a condição de terem uma vida cuja biografia lhes supere a própria ausência pelas ações e diferenças que fizerem (e não se duvide do potencial que teriam pra fazer)³⁷. Mas vivem o momento em que o sonho com a prata é mais

³⁶ “O homem moderno, cada homem, não sabe onde está, nem quem é, nem para onde vai. Não se trata agora, evidentemente, de entender estas questões no plano especulativo, mas simplesmente sob o um ângulo social, bastante elementar. Trata-se de uma crise de identidade, e, assim, de orientação. Tudo se reconduz, em muito boa medida, ao desabar das categorias simbólicas e dos freios sociais que, do berço à tumba (e antes e depois de ambos), costumavam limitar cada um, determinando-lhe um papel de acordo com um status em muito boa medida pré-determinado. Com o explodir das possibilidades reais de mobilidade social ascendente, que a sociedade de consumo tinha de explorar e a conversão da democracia em processo técnico (e não necessariamente ético) deveria auxiliar o limite individual passou a ser apenas o do sonho ou das ambições de cada um. A par deste fenómeno, a dessacralização de todo o social e do político consumou a quebra das últimas fronteiras do desejo.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito: fundamentos das instituições filosóficas**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 481)

³⁷ Responsável [pela situação de um jurista cujo saber é voltado apenas para uma técnica concreta não-universalizável] é uma Universidade que, pelo mundo afora, fascinada com os ganhos da sua ligação com o mundo empresarial, do qual

sedutor que o ideal do bem e daí se bastam numa formação que apesar de ultrapassada, lhes inserirá num contexto que pode lhes ser favorável e que por lhes vir a ser favorável não muda porque a mudança seria inconveniente e com isso atravancam o melhor desenvolvimento do Direito que acaba continuando refém daqueles que preferem não se reavaliar e nem se prestam a revalorar a crença que creem e em que se mantém³⁸.

Em um sistema que se quer participativo, o compromisso do aluno e da instituição de ensino com a formação a que este aluno se submete é ainda maior. Emerge a necessidade de que ele tenha condições de raciocinar e expressar seu raciocínio (jurídico) com objetividade e clareza próprios dos detentores de conhecimento. Que sua retórica seja adequada à sua postulação e sua pesquisa ao que pretenda demonstrar. É necessário que ele não se baste no direito *prêt-à-porter*, mas que ele seja parte da cadeia produtiva do direito que operará. Que não se renda e nem se abale, mas esteja preparado para as vicissitudes, os maus encontros e as decepções, superáveis com a atuação competente e irredimida de quem sabe a hora certa de aplicar o seu conhecimento com ousadia e nenhuma covardia. E tudo isso pressupõe a melhor e mais completa formação técnica, mas principalmente humana.

Humana, sim. Porque ajuda que entenda com quem lida e por que o outro age como age. Entende a insegurança, o abuso e a indelicadeza como partes do ser humano porque não se furtou de estudar o humano para decorar mnemônicos que o ajudarão na resolução de questões objetivas de um concurso qualquer. Mesmo porque, a formação universitária trata de formar gente, e é gente que tem que julgar gente, cuidar do caso de gente. Gente que tem vida, que viveu, sentiu dor, sentiu medo, mas pôs o rosto para fora e se deu a enfrentar o mundo com o peito aberto disposto a se formar vivendo e não sendo vivido no tempo que passa enquanto aguarda sua chance de contar quanto tempo não viveu até que tenha a fugaz sensação de que chegou sua hora de (não) brilhar.

José Carlos Libâneo, seguramente uma das maiores autoridades pedagógicas no Brasil, afirma bem quando diz que “talvez o principal papel do professor seja ajudar o aluno a conquistar, com seus próprios

passa a depender cada vez mais, à míngua de carinho dos poderes públicos, esquece, subalterniza e discrimina tudo o que não é rentável e passível de ser adquirível pelas empresas, as quais, como é óbvio, jamais oferecem “almoço grátis”, antes preferem adquirir alta tecnologia e alta ciência ao preço barato que os apesar de tudo sempre um tanto distraídos cientistas estão ávidos por lhe oferece. E neste logro têm incorrido gentes de todos os quadrante ideológicos: o que parece ser, pelo menos para alguns, ou um capitulacionismo outrora inconcebível, ou uma ingenuidade clamorosa.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**: fundamentos das instituições filosóficas. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 527)

³⁸Contudo, perante o excessivo ativismo e o subjetivismo judiciais, em alguns países e situações, devemos estar prevenidos, e afastar todas as pretensões excessivamente ‘criadoras’, as quais, se fazem pleno sentido com magistrados cultos, ilustrados, prudentes e autocontidos (com self restraint), serão o fim da Justiça com magistrados mediáticos, que visem mais o protagonismo pessoal que a Justiça, que se faz normalmente em meditação e silêncio, sem parangonas de manchetes e aberturas de telejornais (...) .os juízes precisam de voltar a pensar sempre dialeticamente. O mundo que vem aí, que já aí está, não se compadece com a figura daquele zeloso cumpridor da norma que aplica toda a vida o mesmo e velho artigo do código, e, com a inversão do silogismo judiciário, que usa, mas não conhece ou detecta: se o pleito não cabe na sua norma, que mude o objeto do pleito para que a norma possa continuar a ser aplicada...” (CUNHA, *op. cit.* p. 504-505)

recursos intelectuais e afetivos, uma sólida aprendizagem de conhecimentos, habilidades, valores”. Pois que o ensino jurídico não se esqueça de ensinar valores e que, para ensinar esses valores, volte-se ao estudo das Filosofias, das Sociologias, da Hermenêutica jurídicas, e seja um contributo preciso para esse momento que precisa despertar uma nova forma de pensar o Direito para uma sociedade que já não tem tempo de pedir licença, mas que já grita de longe que toda mudança que houver, ela vai querer mudar.

CONCLUSÃO

Do que exposto, toma-se por incontroverso o fato de que a adoção de um sistema de precedentes com escopo de aplicação obrigatória aos casos análogos a partir da fixação de uma tese abstrata, apesar de não representar uma novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, agora, uma vez que essa adoção vem acompanhada de uma série de modificações contidas no Código de Processo Civil em vigor há pouco mais de 02 anos, é elevado a um grau de maior importância na medida em que traz mecanismos de aplicação e de exigência de respeito a esses precedentes.

Ainda assim, o fato de também trazer meios de evitar a incidência do precedente dito de observação obrigatória, termina por esvaziar essa dita obrigatoriedade, ao mesmo tempo em que esse aparente paradoxo surge como um importante ônus imposto àqueles que tomam parte do processo, qual seja, bem se valerem da argumentação seja para aderir ao melhor sentido do precedente, seja para afastar sua incidência ao argumento de falta de semelhança.

Foi nessa perspectiva que se tratou de demonstrar as diferenças e aproximações entre o sistema brasileiro de precedentes judiciais e o sistema que se convencionou entender como sendo o de precedente judicial propriamente dito, aquele aplicado nos países de *common law*. Com isso, ao tempo de desmentir a afirmação de que o Brasil, ao adotar um sistema de respeito à produção judicial pretérita, migra para os países que constroem seu direito na jurisprudência ao invés da lei, tratou de buscar na forma de aplicação do sistema de precedentes nos países de *common law* a forma de aplicação de precedentes aos casos concretos, em especial, essa questão do peso da argumentação jurídica a fim de providenciar a aplicação, a distinção ou mesmo a superação do sistema de precedentes, inclusive no Brasil. Foi nesse ponto que se defendeu, portanto, a adoção de um modelo de processo em participação.

Acontece que esse ônus argumentativo – sobre o qual coparticipam partes e julgadores – não pode ser indiferente ao que de melhor tem sido proposto acerca da hermenêutica jurídica e, portanto, precisa considerar o intérprete parte do todo interpretativo, em relação imediata com o objeto a ser interpretado, de modo que qualquer compreensão já virá acompanhada de uma interpretação imediata, não havendo melhor forma de sentir-se apto a extrair o sentido do texto da lei ou do precedente e, então, sentir-se responsável pelo resultado da prestação jurisdicional que, feita conforme se espera, corresponderá a um efetivo diálogo entre as partes e o juiz que, por sua vez, não deixará de levar em conta suas argumentações.

Contudo, para que tal se dê, é necessária uma reflexão a respeito da formação do profissional do direito, muitas vezes relegado a um curso universitário com ares de curso meramente profissionalizante, desocupado de dar ao bacharel a formação apropriada no que se relaciona às questões de filosofia e sociologia, gerais e jurídicas, bem como da própria hermenêutica jurídica, relegadas à condição de barreiras a serem transpostas e não caminhos a serem bem percorridos em busca da formação que resultará no profissional finalmente apto para compreender o mundo e portanto a si e portanto a lei e portanto, em condição de fazer a justiça que se espera enquanto valor moral ou enquanto valor jurídico.

Tal fato amplia a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino que devem se adaptar à nova realidade da processualística brasileira, bem como se mostrarem aptos a conduzir o acadêmico por esse período de transição entre as diferentes ideologias que povoaram e povoam os códigos revogado e revogador, na construção de um processo cujo protagonismo é compartilhado entre as partes e o juiz, mas cuja finalidade não é cindida, antes, é única: a concretização do direito fundamental do acesso a justiça numa prestação jurisdicional eficiente, eficaz, justa, isonômica e democrática.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, Editora Unisinos, Rio de Janeiro, Renovar, 2009

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia do Direito**: fundamentos das instituições filosóficas. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de processo civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2016

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

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, v. 1 – trad. Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de direito Faculdade de Valência**. Vol.13, n. 02, 2016, p. 52

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995

LIBÂNEO, J. C. O ensino de graduação na universidade – a aula universitária na perspectiva da teoria histórico-cultural. In: **XI Semana de Planejamento Acadêmico integrado da UCG, 2003**, Goiânia-GO, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa no novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

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

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial: volume 2**. São Paulo, RT: 2014

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014

SCHMITZ, 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

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

THE RISE OF A COMPARTICIPATIVE PROCESS AS A RESULT OF THE JUDICIAL PRECEDENTS SYSTEM ADOPTED BY THE CIVIL PROCEDURAL CODE OF 2015 AND THE NEED FOR REEVALUATION OF LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

Abstract: This article is based on the need to adopt a participative process as a result of the adoption of a judicial precedents system, which, despite its claim to coercion, foresees mechanisms to distance its own incidence through the argumentation of legal professionals, be them postulant or judge. Following the presentation of the system of production of judicial precedents according to the Brazilian civil procedural law, and the emphasizing of the importance of the construction of law from the interpretative activity, this work presents the need to reevaluate legal education in Brazil. There is an urge to move forwards from a teaching focused solely on litigiousness to a teaching aimed at the composition of conflicts through the observance of past judicial productions. Besides, this new argumentative burden implies a new form of acting for the legal professionals, a form that, not infrequently, passes off the graduation courses.

Keywords: judicial precedent; constitutional jurisdiction; democratic jurisdiction; argumentative burden; legal education.