

Crítica à formação e aplicação do precedente brasileiro: como compatibilizar integridade e coerência com devido processo democrático¹

Criticism to the formation and application of the Brazilian precedent: how to conjugate integrity and coherence with the due democratic process

Guilherme Felipe Mendes Macário Carneiro

Advogado. Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC-Minas.
E-mail: guilherme_carneiro03@hotmail.com.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo traçar parâmetros para estudo dos precedentes judiciais no direito brasileiro, frutos do sistema de *civil law*. Para isso, serão trabalhados os fatores que deram força à formação de precedentes, bem como analisar-se-ão os motivos pelos quais foi instituída a ideia de aplicação de precedentes em um modelo pautado no sistema *civil law* para, então, concluir se há possibilidade de compatibilizar um modelo de precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: *Civil law*. Devido Processo Legal. Precedente. Integridade e Coerência.

Abstract: The present work aims to establish parameters to study the judicial precedents in Brazilian law, coming from civil law system. For this, the factors that gave force to the formation of precedents will be studied, as well as an analysis of the reasons why the precedent application was established in a model based on the civil law so as to conclude if it is possible to conjugate the precedents in Brazilian law.

Keywords: Civil law. Due Process. Precedents. Integrity and coherence.

1 Introdução

A interpretação do direito com integridade² é necessária para que sua aplicação seja feita de forma correta e coerente com a história institucional jurídica³ da

¹ O presente artigo foi apresentado como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, sob orientação da Ma. Camilla Mattos Paolinelli.

² A noção de integridade aqui abordada parte da proposta de Ronald Dworkin. Ao tratar do referido conceito, o mencionado autor afirma que o juiz, ao ser chamado a proferir uma decisão jurisdicional, "deve resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação". Para o autor, a interpretação jurídica não se conforma com a hipótese de que a lei mantém o mesmo significado durante toda sua existência; a interpretação tem que ser feita "não só do texto da lei, mas também da sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento", ou seja, a interpretação é contínua e muda à medida que a história vai se transformando. O direito é sempre interpretado partindo-se do pressuposto de que as condições temporais de cada uma

comunidade política. Nenhuma norma deve ser analisada de forma isolada, muito menos aplicada com inobservância e contrariedade ao ordenamento jurídico.

O nosso sistema jurídico possui um escalonamento hierárquico, no qual a Constituição representa a norma suprema, da qual as demais devem retirar sua validade e conter regras que não a contrarie.

Partindo do pressuposto de que a Constituição da forma como trabalhada por Ferdinand Lassalle, há muito foi superada pelo que ensinou Konrad Hesse⁴, dúvida não há de que as Normas Constitucionais não devem ser desprezadas ou deixadas de lado.

Levadas a cabo essas premissas e trazendo-as para o presente estudo, tem-se que os princípios institutivos do processo, previstos na Constituição de 1988, são de estrita observância, quer seja para se assegurar aplicação do direito com integridade, quer seja no momento de elaboração das normas processuais. Assim, contrariá-los ou ignorá-los não é uma opção válida.

A forma de aplicação do direito é tema muito discutido e de pouco consenso no âmbito doutrinário. Teorias existem aos montes, mas suas adoções são utilizadas de formas convenientes a cada caso.

É possível afirmar, classicamente, que direito, compreendido enquanto norma estabelecida por lei, tinha sua aplicação feita por meio da lógica tradicional⁵.

A lógica tradicional tem um funcionamento muito prático, no qual, se determinada conduta corresponde ao que está previsto na lei, incide o conteúdo normativo. Essa forma de aplicação do direito o concebe como uma espécie de dogma.

No entanto, críticas contra esse modelo de aplicação do direito começaram a surgir nas primeiras décadas do século XX. Segundo Luis Recaséns Siches:

das decisões influenciam a maneira como a comunidade reconhece determinados fatos sociais. Por isso, deve-se decidir com integridade, de modo que a decisão jurisdicional seja apenas mais um capítulo da história jurídico-institucional da comunidade política. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 379-380 e p. 485. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.)

³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 379.

⁴ Para Ferdinand Lassalle (*A essência da Constituição*. 2007.) a Constituição não passa de uma folha de papel que deve ser formada pelos fatores reais de poder e, se seu conteúdo não corresponder aos fatores reais de poder, ela sucumbirá. Por sua vez, o autor Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*. 1991.) diz que a ideia de constituição real negaria a constituição jurídica, pois, sempre que houvesse momentâneos eventos políticos, haveria uma mudança na Constituição. Justamente com o intuito de evitar que a Constituição venha a sucumbir a qualquer momento é que Konrad Hesse, levando em consideração que o Direito Constitucional é uma ciência jurídica, portanto, diferente da sociologia e da ciência política, afirma que a Constituição não teria apenas a expressão de um ser, mas também a de um dever ser, trazendo a necessidade de uma “vontade de constituição”, o que faz com que a Constituição tenha uma força normativa, o que evitará o sucumbir diante de vontades oportunistas.

⁵ Também denominada de lógica matemática ou lógica dedutiva.

Foi escrito muito nos últimos sessenta anos para mostrar que o funcionamento do Direito não consiste em uma operação de lógica dedutiva, ou, pelo menos, que não consiste somente nisso. Em muitos lugares, mas especialmente na Alemanha, França, nos países britânicos, América Latina, e especialmente nos Estados Unidos, eminentes juristas, o mesmo teórico que práticos, e de muitas escolas diferentes, tem sustentado que a vida do Direito não é um mero assunto de lógica, nem deve ser." (1956, p. 31, tradução nossa.)⁶

Apesar do surgimento de críticas à aplicação do direito por meio da lógica tradicional, é importante registrar que ela exerceu grande influência perante os aplicadores do direito. Segundo Luis Recaséns Siches (1956), o poder de fascinação que a lógica tradicional tinha se devia ao fato de trazer a ideia de uma boa administração da justiça por meio da certeza, imparcialidade e permanência.

O fato do direito não ser uma questão de lógica matemática é evidenciado por Luis Recaséns Siches, ao afirmar que "[...] as sentenças dos tribunais, assim como as decisões administrativas, quase nunca podem explicar-se como mera dedução lógica do que foi dito nas normas gerais preexistentes" (1956, p. 32, tradução nossa.)⁷

E isso se deve ao fato de a sociedade viver em constante mudança, fazendo com que a lei dificilmente a acompanhe. Dessa forma, impôs-se a necessidade de interpretação da lei no momento de aplicá-la. Por isso, a ideia de que a lei prevê caracteres gerais e é individualizada quando aplicada a um caso específico:

O fato de que tais objetivções da vida humana são revividas, reatualizadas sucessivamente por novos seres humanos, explica o fato de que esses objetos culturais, apesar de serem inertes, cristalizados, adquirem nova vida, mudam, se transformam e evoluem.

Ao reviver uma norma jurídica acontece que as pessoas que a cumprem espontaneamente, ou os órgãos jurisdicionais que a aplicam, a adaptam às circunstâncias concretas de cada caso singular, e a individualizam para esse caso particular. E acontece também que, ao longo do tempo, quando as normas jurídicas preexistentes são aplicadas a novas situações da vida social, nessa operação de ser aplicadas a fatos novos, vão gerando novos significados e produzem outras consequências, diferentes das que produziram no passado. (SICHES. 1956, p. 133, tradução nossa.)⁸

⁶ Se ha escrito mucho en los últimos sesenta años para mostrar que el funcionamiento del Derecho no consiste en una operación de lógica dedutiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso. En muchos lugares, pero especialmente en Alemania, Francia, los países británicos, Hispanoamérica, y sobre todo en los Estados Unidos de Norteamérica, eminentes juristas, lo mismo teórico que práticos, y de muy diversas escuelas, han sostenido que la *vida Del Derecho* no es un mero asunto de lógica, ni debe serlo.

⁷ Las sentencias de los tribunales, así como las decisiones administrativas, casi nunca pueden explicarse como *mera deducción lógica* de lo dicho en las normas generales pre-existentes.

⁸ El hecho de que tales objetivaciones de la vida humana son re-vividas, re-actualizadas sucesivamente por nuevos seres humanos, explica el hecho de que esos objetos culturales, a pesar de ser ellos en sí inertes, cristalizados, adquiren nueva vida, cambian, se transforman y evolucionan.

A esse respeito, Eros Roberto Grau afirma:

Não tenho pejo em repetir o que aqui mesmo, linhas acima, afirmei. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente. O presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. (2016, p. 96).

Por isso, não se pode dizer que, atualmente, a aplicação do direito seja decorrente de uma lógica tradicional. Muito pelo contrário, para a aplicação do direito, é necessária uma racionalização, é necessário que haja uma interpretação do direito. E é a interpretação que afasta a possibilidade de uma aplicação mecânica das normas jurídicas.

O reconhecimento da ineficácia da lógica tradicional como forma de aplicação do direito, assim como o reconhecimento da necessidade de interpretação para aplicação do direito, faz surgir um grande problema: como deve se dar a interpretação?

A ideia de resposta surgida para essa indagação acabou por conferir ao juiz o poder de interpretar as leis ou, na ausência delas, de criar uma decisão para o caso concreto:

“[...] que o juiz nos casos concretos submetidos ao seu conhecimento se encontra frente a conflitos singulares ou de interesses particulares, sobre os quais deve decidir com um espírito igual ou análogo ao que teve o legislador quando ditou as normas gerais; que em caso de não haver lei que tenha contemplado em termos gerais tal tipo de conflito, deve o juiz realizar em termos específicos e singulares a respeito do litígio sob sua jurisdição as mesmas operações (sociológicas e estimativas) que compete ao legislador.” (SICHES, 1956, p. 165, tradução nossa)⁹.

Al re-vivir una norma jurídica acontece que las gentes que la cumplen espontáneamente, o los órganos jurisdiccionales que la aplican, la adaptan a las circunstancias concretas de cada caso singular, y la individualizan para ese caso particular. Y acontece también que, al correr del tiempo, cuando las normas jurídicas pre-existentes son aplicadas a nuevas situaciones de la vida social, en esa operación de ser aplicadas a nuevos hechos, van engendrando nuevos sentidos, cobran alcance diferente, y producen otras consecuencias, diferentes de las que produjeron antaño.

⁹ [...] que el juez en los casos concretos sometidos a su conocimiento se halla frente a conflictos singulares o particulares de intereses, sobre los cuales debe decidir con un espíritu igual o análogo al que tuvo el legislador cuando dictó las normas generales; que en caso de que no haya ley que hubiese contemplado en términos generales tal tipo de conflicto, debe el juez realizar en términos concretos y singulares respecto del pleito sometido a su jurisdicción las mismas operaciones (sociológicas y estimativas) que incumben al legislador; [...]

Segundo Siches (1956), esse poder conferido ao juiz deve ser pautado pela razoabilidade¹⁰ (lógica de *lo razonable*). Não se aconselha que o juiz decida para além do ordenamento jurídico.

Apesar disso, o poder interpretativo conferido aos juízes vem sendo utilizado para a aplicação do direito de forma livre e conforme o convencimento formado em cada caso. Ou seja, a vontade do juiz tem imperado como regra de interpretação jurídica, surgindo daí o denominado voluntarismo judicante.

O autor Eros Roberto Grau, malgrado tente buscar uma boa fundamentação para que os juízes não decidam de formas desastrosas¹¹, traz em seu texto, com bastante clareza, a tendência acima destacada:

Ademais, como adiante afirmarei, a interpretação é uma *prudência*, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que *pode*) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata. (GRAU, 2016, p. 18).

Ao substituir a perspectiva de aplicação mecânica da lei, adota-se a ideia de que a lei deve ser interpretada pelo juiz, momento em que a lei passa a ter o seu verdadeiro conteúdo extraído. No entanto, afirmando isso, seria o mesmo que dizer que a norma é o que seus intérpretes dizem que é. Gera-se, por conseguinte, a possibilidade de decisões pautadas pela consciência subjetiva do juiz, ou pelo senso de justiça, caracterizado por opções pessoais de cada julgador.

E o problema se agiganta quando se admite a possibilidade de o juiz, através da decisão judicial, suprir a ausência de lei¹², conforme se verifica pelo disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Nesse momento, autoriza-se ao juiz a criação do direito, criação pautada na discricionariedade e em princípios de tessitura aberta.

Como forma de superar a função criativa do direito pelo juiz, o pós-positivismo, através da proposta dworkiniana, partindo do pressuposto de que os princípios têm

¹⁰ O autor Eros Roberto Grau traz importante observação em seu livro *Por que tenho medo dos juízes*, na qual, fazendo referência ao HC 82.424-RS, demonstrou que, utilizando-se dos mesmos princípios (razoabilidade e proporcionalidade) em um mesmo caso, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio tiveram decisões opostas.

¹¹ Mais a frente em sua obra, o autor afirma: “Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui. E de modo tal que se transforma em *coisa-juiz* e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz.” (GRAU, 2016, p. 23.)

¹² Segundo Ronald Dworkin: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é regida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” (2010, p. 127.)

força normativa, faz com que estes possam servir de base para que haja decisões dentro da moldura, através de um sistema coerente de regras x princípios.

2 A tendência de fortalecimento dos precedentes no direito brasileiro ou a tendência de "jurisprudencialização" do direito brasileiro

O *civil law*, que é um dos grandes sistemas jurídicos, tem no Iluminismo o marco de uma de suas fases, pois, segundo Ronaldo Cramer (2016), o Iluminismo foi um movimento do qual surgiram os códigos:

Esses códigos eram frutos do iluminismo, pois se fundamentavam na ideia de que a razão humana seria capaz de conceber um documento legal com todas as regras necessárias para regular a relação entre particulares, bem como entre particulares e Estado.

Na visão da época, a codificação veio para acabar com as imperfeições do Direito construído a partir do Direito romano e se propunha a ser uma obra jurídica perfeita, fruto exclusivamente dos debates acadêmicos, sem interferência de outras fontes, que expusesse, de forma clara e, ao mesmo tempo científica, as normas jurídicas à sociedade." (CRAMER, 2016. p. 25.)

Baseando-se no *civil law* surgido na França, pode-se dizer que um dos seus motivos foi limitar o poder do juiz que, por ter relações com a aristocracia, não atuava de forma imparcial¹³. Tal fato acabou acarretando a adoção da tese de Montesquieu sobre a separação das funções estatais pelos países de família *civil law*. Tal tese propunha que o juiz deveria julgar conforme o que dispusesse a lei. Surgiu daí a expressão "juiz boca da lei".

A esse respeito a autora Maria Cecilia Bodin de Moraes tece os seguintes comentários:

Em direta oposição ao regime anterior de privilégios nobiliárquicos, o *Code* é pautado pela igualdade formal de todos perante a lei e pela liberdade individual. Esta liberdade era compreendida a partir de uma concepção de homem, sujeito de direitos, cujo elemento central é a vontade, que protagoniza toda a disciplina presente na lei. Daí um regime em que os contratos faziam lei entre as partes e só podiam ser invalidados com base em um rol taxativo de 'vícios da vontade'. Complementarmente, a constrição à atividade judicial era exercida por meio de uma metodologia de aplicação do Direito calcada na interpretação literal, passiva e

¹³ Georges Abboud apresenta outros dois motivos para a adoção do *civil law* pela França. Segundo ele, "o primeiro porque o sul havia suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e uma das consequências havia sido converter em inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia por esse motivo em um direito sábio, patrimônio da Igreja. O segundo e mais decisivo consistia na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria instrumento imprescindível para a administração de *Languedoc* e do sul da França, ou seja, o direito romano compreendido e juridicamente utilizado, rapidamente, convertia-se em perfeito instrumento de poder." (ABBOUD, 2015, p. 22.)

mecânica, a chamada 'escola da exegese', de modo a garantir a efetiva implementação da nova legislação burguesa. Isto decorreu da combinação do teor do art. 4 do *Code*, obrigando ao juiz a julgar cada caso, com o veto ao teor do art. 9, que projetava a possibilidade de recurso pelo magistrado à equidade. Com efeito, não sendo possível ao juiz, nem em caso de lacuna ou obscuridade, usar a equidade (termo que, com o veto, desaparece do *Code*) e estando ele obrigado a julgar todos os casos, uma vez que não podia mais recusar-se (em decorrência do princípio iluminista da separação dos poderes e incompativelmente com o princípio romano do *non liquet*), compreenderam os primeiros intérpretes que deveria fazê-lo sempre e somente com base em lei, que naquele momento, estava inteiramente contida no Código. Assim se pavimentou o caminho inexorável em direção ao positivismo, fruto do exagero que ficou conhecido como o 'fetichismo da lei'." (MORAES, 2013, p. 4.)

O direito brasileiro se inspirou no modelo dos países de tradição *civil law*, conforme pode se observar pelo disposto no artigo 5º, inciso II, da CR/88, cujo texto prevê que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Apesar do direito brasileiro adotar a tradição *civil law*, a função do juiz não é reduzida apenas à aplicação da lei *ipsis litteris*. Ao juiz é "conferido o poder" de interpretar a lei para aplicá-la.

Essa mudança na aplicação do direito codificado, na qual o juiz pode interpretar a lei ao invés de apenas aplicá-la, segundo Maria Cecilia Bodin de Moraes, tem seu início por influência internacional, que se deu pela Declaração Universal de Direitos do Homem de 1984, assim como pelo fato de as Constituições passarem a implementar direitos e garantias individuais fundamentais, bem como pelo esvaziamento da distinção entre direito público e direito privado, trazendo a necessidade de aplicar a lei seguindo os preceitos constitucionais.

Grande parte das normas constitucionais preveem princípios, e são esses princípios que propiciaram a mudança na aplicação do direito:

A reconstrução do Direito a partir de princípios – que representam valores estabelecidos na Constituição – é viabilizada através do que se denominou 'pós-positivismo'. O termo, pioneiramente apresentado entre nós por Paulo Bonavides, representa uma tentativa de superação do formalismo do positivismo sem o recurso jusnaturalista de se atribuir juridicidade a valores não positivados por meio de deliberação democrática. Conforme se afirmou em outra sede, reconhece-se, ao contrário, 'dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores. Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõe ao interprete um esforço especial de justificação'. (MORAES, 2013, p. 7).

No Brasil, a interpretação da norma ainda é um poder conferido ao juiz, e essa interpretação estabelece parâmetros para julgar futuros casos, parâmetros que são denominados de precedentes.

Importante observar que, no Brasil, a previsão legal do precedente judicial¹⁴ não é recente. Segundo Ronaldo Cramer (2016), desde o período em que o Brasil sofria domínio por Portugal, já havia a aplicação de precedentes.

Trazendo resumida informação¹⁵, o referido autor apresenta os antecedentes históricos dos precedentes previstos pelo Código de Processo Civil de 2015, a saber: Assentos (decisões emitidas pela Casa de Suplicação do Brasil por força do Alvará de 10 de maio de 1808); Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1875 (o qual em seu artigo 1º atribui força de lei aos assentos até então existentes e, em seu artigo 2º, atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça competência para criar assentos com eficácia vinculante); Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923 (esse Decreto que reorganizou a “Justiça do Districto Federal” estabelecia a criação de um prejulgado, que ocorria sempre que a lei recebia interpretação diversa); Lei n. 319, de 25 de novembro de 1936; CPC de 1939 (que estabeleceu no artigo 861 a possibilidade de o juiz, Câmara ou turma julgadora realizar pronunciamento sobre interpretação de lei que possa vir a ter divergência interpretativa).

Apesar da demonstração da existência de antigas legislações que dispunham sobre precedentes, observa-se que estes vêm ganhando força após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que incluiu, dentre outros, o inciso LXXVIII no art. 5º, da CF/88; e, o art. 103-A, da CF/88, cujas redações são:

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁴ Importante trazer a observação feita por Georges Abboud (2015), na qual ele afirma que há uma diferença entre o precedente do *common law* e o precedente no Brasil. Enquanto no *common law* os precedentes são criados para aplicação em casos passados, no Brasil os precedentes são criados para solucionar casos futuros.

¹⁵ Dados extraídos do livro de Cramer (2016).

§ 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). (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A partir da inclusão dos dispositivos acima transcritos na Constituição Federal de 1988, começou-se a inserir alterações legislativas no Código de Processo Civil de 1973 com intuito de aplicar¹⁶ o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, como por exemplo: artigo 219, § 5º¹⁷; artigo 285-A¹⁸; artigo 543-A¹⁹; e, artigo 543-B²⁰, todos do CPC/73.

¹⁶ Entende-se que as modificações realizadas pelo legislador no CPC/73 com base no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, em sua maioria, deram-se de forma errônea, uma vez que, na busca de implementar a “celeridade processual”, foram ignorados outros princípios processuais, como o contraditório, a isonomia, a ampla defesa e a fundamentação das decisões.

¹⁷ Art. 219. [...]

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

¹⁸ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁹ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

²⁰ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Com o advento do CPC de 2015, as técnicas do CPC de 1973 relativas aos precedentes foram reforçadas, assim como houve a criação de outras técnicas, acentuando ainda mais a tendência de utilização do precedente.

O atual Código de Processo Civil, assim como apontado pela doutrina²¹, traz diversas previsões sobre os precedentes judiciais, conforme pode se observar pelos artigos 311, inciso II²²; 332²³; 489, §1º, inciso V; 489, § 1º, inciso VI²⁴; 496, §4º, inciso I, II e III²⁵; 932, inciso IV e V²⁶; 926²⁷; e, 927²⁸.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

²¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

²² “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

²³ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

[...]”

²⁴ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

²⁵ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

²⁶ “Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

Além dos artigos acima informados, são de grande importância o artigo 947 do CPC, que trata sobre o Incidente de Assunção de Competência, e os artigos 976 a 987 do CPC, que tratam sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

3 Por que "jurisprudencializar" um sistema centrado na reserva de lei?

Ao examinar o Diário do Congresso Nacional, datado de 1º de maio de 1992, na Proposta de Emenda Constitucional n.º 96 de 1992²⁹, de autoria do deputado federal Hélio Bicudo, encontra-se narrativa no sentido de que o Poder Judiciário havia sido esquecido e que, de todos os movimentos e mudanças de Constituição, os Poderes Legislativo e Executivo foram os únicos que tiveram uma maior atenção. A partir dessa afirmação, o mencionado deputado sustenta a necessidade de uma "reforma" do Poder Judiciário abrangendo das "comarcas do Interior até o Supremo Tribunal Federal".

Além da afirmação no sentido de que o judiciário, durante os anos que se sucederam à entrada em vigor da CRFB/1988, manteve sua estrutura praticamente inalterada, verificam-se diversas passagens que atestam o alto custo, a morosidade excessiva e o despreparo técnico na formação de juízes, advogados, Ministério Público

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;"

²⁷ "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação."

²⁸ "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

²⁹ Numeração recebida na Câmara dos Deputados, que posteriormente veio a ser a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004.

e auxiliares da justiça. Nesse sentido, segue trecho extraído do mesmo Diário do Congresso Nacional datado de 1º de maio de 1992:

[...] diante do pouco que se fez a nível de elaboração constitucional dos anos 86/88. A Justiça, em seus vários setores precisa modernizar-se, com a consciência de que os juízes fazem parte da comunidade e que somente enquanto partícipes dessa mesma comunidade podem distribuir Justiça. [...]

Daí a propositura de uma nova organização da carreira de juiz, fixando-o mais demoradamente à comunidade, para que não seja apenas – como hoje acontece – um repetidor das alegações das partes. (BRASIL, Diário do Congresso Nacional, 1992, p. 7.852.)

No ano de 1993, a PEC 96 de 1992 foi convertida em Proposta de Emenda Revisional e teve por relator o deputado federal Nelson Jobim, momento em que se colocou em discussão a, até então, ideia de súmula vinculante. Após algumas modificações no texto originário, a Câmara dos Deputados remeteu para o Senado Federal a PEC que recebeu a nomenclatura de PEC 29 de 2000. Após aprovada, foi publicada em 30 de dezembro de 2004 como Emenda Constitucional n.º 45.

Das matérias tratadas na Emenda Constitucional n.º 45/2004, as mais relevantes para o presente estudo são: razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88); e súmula com efeito vinculante (art. 103-A, da CF/88). Tais modificações foram as que mais deram força ao crescimento dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo antes de conferir efeito vinculante à súmula, o Supremo Tribunal Federal tinha decisões que buscavam demonstrar a importância em se observarem os enunciados das súmulas, como forma de garantir a segurança jurídica e a previsibilidade decisória. Aqui, faz-se menção ao AI 179560 AgR/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, datado de 23/04/1996, no qual constou:

“[...] A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado "binding effect", ao contrário do que se registra, no sistema da "Common Law", por efeito do princípio do "stare decisis et non quieta movere", que confere força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - **A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g.**

(RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários, nas decisões que venham a proferir.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal – grifo nosso).

A súmula também traz a ideia de simplificação de atividade processual e, aliando essa função (que após a EC 45 de 2004 se tornou mais forte) à perspectiva de celeridade, tem-se um discurso facilitador para o fortalecimento dos precedentes. Na visão do autor Fábio Caldas Araújo (2016, p. 276.), o referido discurso “reflete o direito ao vivo e a cores”.

O discurso, *prima facie*, pode ser tentador. Tanto que foram introduzidas diversas modificações no CPC de 1973, sobre as quais Humberto Theodoro Júnior (2007) afirma:

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornando direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração de prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com texto da EC nº 45, de 08.12.2004). (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 10)

Essa busca por celeridade processual criou, além de mudanças legislativas (como conferir poder aos juízes para decidir *ex officio*, art. 219, §5º, CPC/73 e de proferir decisões de indeferimento liminar, art. 285-A, CPC/73), decisões judiciais que buscaram encurtar o trâmite dos processos judiciais através da denominada jurisprudência defensiva, a exemplo da súmula 187 do STJ³⁰ e do AgRg no Ag 1074826³¹. Isso em um judiciário que tem a ideia ser a jurisdição criadora do direito, conforme se verifica pelo famoso voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferido no AgRg no EREsp 279.889³².

O poder interpretativo conferido ao juiz possibilitou decisões das mais variadas. A súmula vinculante e o sistema de precedentes do CPC de 2015 são vistos

³⁰ Súmula 187 – É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

³¹ “O recurso não assinado na via excepcional é considerado inexistente, inviabilizando o seu conhecimento.”

³² “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. [...]”

como uma forma de trazer segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, buscando-se, assim, uma unicidade na aplicação do direito.

Há também uma preocupação com a celeridade processual voltada para redução do número de processos em tramitação no judiciário que, no ano de 2015 se aproximou de 74 milhões de processos³³. Daí o emprego da garantia de “duração razoável do processo” e do fortalecimento dos precedentes judiciais (CPC de 2015).

Quanto à súmula vinculante, apesar da apresentação de aparentes vantagens conferidas ao ordenamento jurídico, Georges Abboud (2015) traz a seguinte crítica:

Vejamos, então. A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativa, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que ‘o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo’. (ABBOUD, 2015, p. 55).

Da citação acima transcrita pode-se observar que a ideia empregada na súmula vinculante é a de reviver a premissa trabalhada pelos códigos quando do momento de sua criação, qual seja, boa administração da justiça por meio da certeza, imparcialidade e permanência, o que a própria história cuidou de mostrar ser ineficaz.

No entanto, aqui há uma importante diferença, pois, enquanto a Lei (segundo a Constituição de 1988) é criada de forma democrática, a súmula vinculante é criada pelos juízes. Logo, da ideia de legitimidade democrática para elaboração da lei, passa-se à defesa de legitimidade autoritária na elaboração da “lei”.

E quanto aos juízes de primeiro grau e aos tribunais inferiores, em atualização à expressão “juiz boca da lei”, pode-se afirmar que agora estes são denominados de “juiz boca da súmula”, pois o engessamento da atividade jurisdicional de outrora (imposto pela lei) é revivido na atualidade (imposto pela súmula).

É possível extrair outra importante crítica à súmula vinculante da obra de Georges Abboud:

[...] Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma. Talvez por isso as súmulas vinculantes representam uma contradição no sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude de não aplicação das súmulas vinculantes. São, pois, ‘quase ordenanças’ com valor de lei. (ABBOUD, 2015, p. 59-60.)

³³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso 07 fev. 2017.

Adotando-se um viés de estudo relacionado ao processo democrático, única perspectiva apta a legitimar uma decisão judicial – haja vista que é através da implementação do contraditório, da isonomia e da ampla defesa que será assegurada a participação ostensiva dos destinatários normativos na construção das decisões –, tem-se como indefensável qualquer concepção de interpretação ou modo de decisão normativa que imponha uma decisão vinculante, obrigatória, que não garanta às partes a defesa de seus direitos de acordo com as garantias do devido processo constitucional.

As decisões do tipo “decido com base na súmula X” ou “decido com base na jurisprudência Y” carecem de legitimidade por não enfrentarem, de forma exaustiva, os argumentos deduzidos pelas partes.

Ora, o direito não é estático; as normas, assim como as decisões judiciais (Jurisprudência, súmula e precedente), não condensam todas as possibilidades imagináveis para serem aplicadas por mero silogismo. A norma é fruto da interpretação. Não se interpreta tese e sim fatos que são alegados pelas partes, e a alegação das partes é propiciada pelo contraditório, isonomia e ampla defesa.

Segundo Rosemiro Pereira Leal:

É atualmente o processo, por criação constitucional, uma instituição jurídica com caracteriologia própria definidos nos princípios que lhe são integrantes, quais sejam o contraditório, ampla defesa e a isonomia. Esses princípios que, por comportarem desdobramentos em seu âmbito jurídico com amplo grau de fecundidade, assumem, a nosso ver, a característica de autênticos institutos, porque, ao estudá-los, depara-se com vasto painel de implicações teóricas de conotações enciclopédicas.” (LEAL, 2009, p. 96)

Após informar que o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são os princípios que institucionalizam o processo, o referido autor os conceitua dizendo:

Por conseguinte, o **princípio do contraditório** é referente lógico-jurídico do **processo** constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem. (LEAL, 2009, p. 97).

O **princípio da isonomia** [...] é referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (**processo**), uma vez que a liberdade de contradizer no Processo equivale à **igualdade temporal** de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental. (LEAL, 2009, p. 98).

O **princípio da ampla defesa** é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos **limites temporais** do procedimento em contraditório. A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreita (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto

de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. (LEAL, 2009, p. 98.)

Quanto à importância dos princípios institutivos do processo na legitimação da decisão judicial, André Cordeiro Leal faz as seguintes colocações:

Assim é que, por integrar o quadro principiológico constitucional do processo, o contraditório deve-se articular de maneira inafastável com os demais princípios, sobretudo com o princípio assecuratório da fundamentação das sentenças judiciais, sob pena de perda de legitimidade do Direito. (LEAL, 2002, p. 40).

De fundamental importância, portanto, o respeito aos princípios institutivos do processo. E, de nada valeria respeitar o contraditório, a isonomia e a ampla defesa se a necessidade de fundamentação (art. 93, X, CF/88) não os levasse em consideração. Para que realmente haja discursividade e que a sentença judicial seja legítima, é necessária a observância de todos esses princípios.

Analisando a importância de atrelar o contraditório à fundamentação das decisões, afirma Maurício Ramires:

É por isso que se diz que a exigência de fundamentação nem precisaria estar expressa no texto constitucional para configurar uma inarredável garantia política contra o arbítrio judicial, uma vez que ela, corretamente compreendida, decorre de forma direta do princípio do contraditório. Isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também o de obter 'respostas' a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes: vencido e vencedor." (RAMIRES, 2010, p. 42).

André Cordeiro Leal também demonstra a importância de atrelar o contraditório à fundamentação das decisões afirmando:

É exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente do Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos. (LEAL, 2002, p. 77).

Dessa forma, se o juiz fundamentar sua decisão com base na lei ou na jurisprudência, simplesmente citando-as, escolhendo livremente as argumentações de uma das partes, ou rechaçando-as e decidindo conforme lhe convém sem, contudo, apresentar as motivações pelas quais determinada argumentação é tida por válida e a outra por inválida, ou porque ambas são inválidas, tornará a decisão nula, pois carente de fundamentação.

Por isso, a decisão que apresentar como ponto de fundamentação determinada súmula, jurisprudência ou precedente, sem que se combatam os pontos arguidos pelas

partes, não refletirá uma decisão válida (democrática), uma vez que foram ignoradas as determinações constitucionais.

A fundamentação das decisões é necessária para que se combata a arbitrariedade:

É assim, portanto, que é preciso compreender a obrigação de motivação da decisão judicial como garantia política e democrática. É freio ao arbítrio; a referência à sustentação normativa da decisão evidencia que ela não foi fruto de uma deliberação arbitrária do autor, mas de um trabalho de conhecimento e reflexão. É uma necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois faz parte da responsabilidade dos juízes a sujeição de seus provimentos à ciência e à opinião das partes e do público, de forma transparente. (RAMIRES, 2010, pág. 40-41).

Além do mais, nos dizeres de José Souto Maior Borges (2013), o juiz não faz a sentença:

Estranha afirmação essa, a de que o juiz não faz a sentença. Ela, contudo, significa apenas que a sentença não resulta exclusivamente de um ato isolado do juiz, mas da totalidade do diálogo que as partes entretêm no processo.

O diálogo não pode, então, ser assimilado pela retórica, que acaba por mostrar-se *solipsista*, na sua obstinada busca da persuasão, ao contrário da dialética que, no processo judicial, visa precisamente a 'desbloquear o diálogo de surdos' (Francis Jaques). Essa técnica de argumentação, a retórica, buscando a persuasão, põe-se eventualmente a serviço de fins individualistas, a dialética visa à verdade. (BORGES, 2013, p. 31-32.)

Apesar das críticas apresentadas, fato é que a súmula vinculante e a celeridade processual deram força à institucionalização do sistema de precedentes no CPC de 2015.

E há quem diga que a Constituição de 1988 já trazia a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni (2016) buscam demonstrar que a necessidade de respeito aos precedentes já existia na CF/88 de forma implícita, e que é decorrente do direito fundamental à segurança jurídica no processo:

Nossa Constituição não prevê o direito à segurança jurídica no processo. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica. Além disso, nosso ordenamento constitucional arrola expressamente, entre os direitos fundamentais, o direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Especificamente, a Constituição refere que o legislador não pode prejudicar 'a coisa julgada' (art.5º, XXXVI). Daí que, nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (*Recht auf vorhersehbares Verfahren*). A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do direito ao processo justo. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 791).

Após demonstrar de forma interpretativa o direito fundamental à segurança jurídica no processo, os autores afirmam que esse direito fundamental tem por finalidade impor necessário respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual em geral e ao precedente judicial:

No entanto, não basta obviamente estruturar o processo para que nele haja segurança. Em uma perspectiva geral, de bem pouco adianta um *processo seguro* se não houver *segurança pelo processo*, isto é, segurança no resultado da prestação jurisdicional. É por essa razão, imprescindível ao Estado Constitucional o respeito ao *precedente judicial* (art. 926 e 927 do CPC de 2015). A *segurança jurídica*, a *igualdade* e a necessidade de *coerência* da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes. A tarefa do legislador infraconstitucional, portanto, não está em determinar a vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição, mas sim em prever técnicas processuais idôneas para reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é oriunda da natureza interpretativa do direito e da própria Constituição. O CPC de 2015 apenas explicita a existência do dever de seguir precedentes. Trata-se da imposição do Estado Constitucional. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 794).

No entanto, o que se vê é uma opção legislativa que busca, através do fenômeno de *mixed jurisdiction*, uma tentativa de aproximar os sistemas do *common law* e do *civil law*, buscando resolver determinados problemas desse sistema através de soluções confeccionadas por aquele.

Com a criação da súmula vinculante e agora com a sistematização dos precedentes, muito se diz que o direito brasileiro se aproximou da *common law*; no entanto, Georges Abboud (2015) tece a seguinte crítica:

[...] fica evidente que a regra de vinculação por precedentes do *stare decisis* não é inexorável, ao contrário da vinculação idealizada pela Emenda Constitucional n. 45, permite a cassação de toda a decisão judicial por meio de reclamação ao STF. Isto conforme teor do § 3º do art. 103-A da CF, no qual a vinculação proposta é tamanha que da maneira como foi aprovada não permite a (necessária) problematização e o ajuste jurisprudencial pelos juízes, a ponto de, sem nenhum exagero, podermos afirmar que a súmula vinculante no Brasil tem a pretensão de captar a racionalidade, a partir de um retorno a uma espécie de ‘essencialismo jurídico’, em que cada súmula – que, como veremos, não é um precedente – contenha a substância (universalidade?) de todos os casos. (ABBOUD, 2015, p. 51-52).

Diante da implementação de um sistema de precedentes no direito brasileiro, é importante traçar uma diferença entre o *common law* e o *civil law*, a fim de evitar emprego de terminologias incorretas, como a recorrente afirmação de “commolização do direito brasileiro”.

Algumas importantes diferenças entre um sistema e o outro são trazidas por Georges Abboud (2015), ao afirmar que:

- Os precedentes no sistema *common law* são utilizados para decidir casos concretos e passados, sendo que sua influência em casos futuros é eventual. Já os precedentes (súmulas) no sistema *civil law* são enunciados gerais e abstratos utilizados para decidir casos futuros;

- Na *civil law*, a jurisprudência não é fonte do direito no sentido formal, enquanto na *common law* a jurisprudência é fonte do direito no sentido formal;

Baseando-se nos ensinamentos de John Henry Merryman, George Abboud sustenta que

[...] a maior flexibilidade da atuação jurisprudencial do *common law* se dá em razão da menor reverência que essa tradição conferiu ao próprio texto legal em virtude do sistema do *stare decisis* que, antes de tudo, é uma doutrina judicial. Isso ocorre porque no *common law*, ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão e quais as principais regras jurídicas a serem extraídas desse acúmulo histórico-normativo-decisional, necessário para solucionar o caso concreto.

Em virtude de assim proceder é que, muitas vezes, afirma-se que a decisão judicial no *common law* tem o mesmo poder da própria lei, na medida em que ambas possuem a mesma posição hierárquica na solução da controvérsia. [...] (ABBOUD, 2015, p. 39).

Mais à frente em sua obra, baseando-se em doutrina estrangeira, George Abboud afirma que

[...] o direito, além do caráter moral, legal e político, possuía uma tradição histórica, cujo intuito era preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence. Sobre a questão, Harold Berman afirma que era pelo menos implícito que estes três aspectos da lei deveriam ser integrados, e que **os conflitos que inevitavelmente surgem entre os propósitos morais e políticos do direito podem e devem ser resolvidos no âmbito da história jurídica.** Assim, o direito, que poderiam ter dito, é o equilíbrio da moralidade e da política à luz da história; é o equilíbrio da justiça e da ordem na experiência esclarecida.

Desse modo, a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um exame casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado em suas universidades, fez com que o *common law* se estruturasse com base na prática cotidiana do direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu com a *civil law*. Ou seja, o *common law*, ao contrário do *civil law*, não se originou cientificamente (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicialmente, como prática judiciária. (ABBOUD, 2015, p. 43 – grifos nossos).

Das citações é possível extrair uma grande diferença entre os sistemas de *civil law* e o *common law*, pois, enquanto neste a decisão é pautada em uma construção

histórica dos tribunais que busca preservar a tradição do povo ao qual o judiciário está inserido, naquele a decisão é pautada pela lei.

Além do mais, tendo por base o *common law*, observa-se que a ideia de precedente no Brasil vem sendo aplicada de forma equivocada. Enquanto no Brasil o precedente é uma imposição das decisões dos Tribunais Superiores, no sistema do *common law* o precedente é formado a partir de um caso que os tribunais e juízes utilizam como paradigma, sendo que sua utilização não se dá por imposição e sim pela importância que os tribunais inferiores lhe conferem. Sobre o tema Georges Abboud (2015) traz as seguintes considerações:

“[...] O que de fato vincula um precedente é controvertido e apenas se fixa e vai delimitando-se com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, no *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.

Aliás, *Justice Marshall* não poderia nem ao menos prever que o caso *Marbury vs Madison* adquiriria a importância que teve, até mesmo porque três décadas após seu julgamento, o precedente oriundo do caso *Marbury vs Madison* manteve-se em estado dormente.” (ABBOUD, 2015, p. 108-109.)

George Abboud (2015) aponta outras diferenças entre o precedente do *common law* e o precedente instituído no Brasil, diversamente do que vem sendo utilizado no ordenamento brasileiro no qual o precedente não necessita de ter reiteradas decisões para ser formado, aliás, o que necessita de reiteradas decisões para ser formada é a jurisprudência. O precedente não recebe essa denominação *a priori*, pois não há como saber se ele servirá de base para futuras decisões.

No sistema de precedente judicial brasileiro, o que se vê, na verdade, é uma forma de engessar o ordenamento jurídico na busca incessante por celeridade, de forma a ignorar a construção democrática das decisões judiciais.

Nessa busca desenfreada por produtividade decisória, afasta-se a materialização das garantias de ampla e irrestrita participação das partes, desrespeitando o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Dá-se maior importância à razoável duração do processo (celeridade a qualquer custo) e às decisões de caráter vinculante do que aos princípios institutivos do processo previstos na Constituição. Dessa forma, nega-se a Constituição, supostamente, em nome da própria Constituição.

4 Integridade e coerência na formação dos precedentes à brasileira: é possível compatibilizar?

O Código de Processo Civil instituiu uma forma para que haja uma correta compreensão e aplicação dos enunciados vinculativos, que é realizada por meio da coerência e integridade: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015).

Em comentário ao dispositivo acima citado, Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron (2016) afirmam:

Este argumento de necessidade de respeito da história institucional se tornará uma grande premissa do Novo CPC quanto ao trato do direito jurisprudencial (dos precedentes) de modo a modificar o atual contexto de anarquia e instabilidade interpretativa típico de um modelo de aplicação no qual o(s) tribunal(is) desprezam seus julgados e permitem voluntarismos ao gosto do aplicador. (THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2016, p. 61-62).

Antes de mais nada, é importante conhecer estes dois conceitos que o CPC trouxe como imposição aos tribunais para aplicação dos precedentes: coerência e integridade.

A coerência, segundo Lenio Luiz Streck (2016):

[...] assegura igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um *holismo* interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer 'jogo limpo' [...]. (STRECK, 2016, p. 157-158).

Já a integridade

[...] exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, construindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas – voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a interpretação do direito, estabelecendo um 'grau zero de sentido', como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte. (STRECK, 2016, p. 158).

A importância da imposição da coerência e da integridade não deve significar o afastamento dos princípios institutivos do processo. Até porque não significa que com base na coerência e integridade haverá uma aplicação silogística da jurisprudência, súmula ou precedente. Muito pelo contrário, deverá ser analisado e interpretado cada caso para verificar a aplicação do precedente, de forma que a decisão seja conforme ao ordenamento jurídico.

A aplicação do precedente mediante a análise da coerência e da integridade não se faz por um ato solipsista do julgador. O processo judicial é o palco em que, mediante o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, assim como o dever de fundamentação, irá propiciar a aplicação da norma a determinado caso, assim como também propiciar-se-á a aplicação de determinado precedente, jurisprudência ou súmula, precedido da análise da coerência e da integridade.

Ignorar a jurisprudência, a súmula ou o precedente e criar em cada caso uma nova interpretação ignorando parâmetros já existentes não deve ser uma prática viável, haja vista a inexistência de marco zero³⁴ interpretativo.

A integridade e a coerência são formas, também, de se evitar o voluntarismo judicante. Mas, conforme dito anteriormente, é o devido processo legal que garantirá a legitimidade decisória. É através do processo que verificará a aplicação de precedente, ou até mesmo sua superação, pois, como dito, o direito não é estático.

5 Conclusão

O direito brasileiro, fruto da tradição *civil law* e herdeiro do positivismo jurídico, como outros ordenamentos que assim o são, teve refutado o modo de aplicação da lei (silogismo) e conferiu grande poder aos juízes para interpretar e dizer o que é o direito.

A interpretação de forma discricionária e solipsista, da forma como vem sendo realizada pelos juízes, fez com que fosse incluída no novo Código de Processo Civil a necessidade de observância da coerência e integridade do direito na aplicação dos precedentes.

Entende-se que a observância dos princípios institutivos do processo, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a obediência ao princípio da legalidade, oriundos de previsão constitucional, já seriam suficientes para legitimarem a decisão judicial, afastando qualquer forma de decisionismo judicial.

No entanto, em razão do aumento de decisões discricionárias que foram propiciadas pelo poder conferido aos magistrados para interpretação das leis e do consequente catálogo de decisões e jurisprudências que daí se derivaram, além da completa inobservância a precedentes preexistentes e do desrespeito ao devido processo, foi necessário incluir no Código de Processo Civil uma previsão que

³⁴ Segundo José Souto Maior Borges (2013, p. 13), “Não há marco zero para o pensamento humano. Características de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração. Por isso a ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela surge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico. Sem a física clássica, não seria possível a física relativista. Sem continuidade, nenhuma descontinuidade. Não por outra razão, a ruptura – uma revolução do conhecimento científico – é, também ela e a seu modo, continuidade.”

Partindo da inexistência de marco zero interpretativo, podemos utilizar o romance em cadeia trabalhado por Ronald Dworkin (2005), com observância ao fato dele ser elaborado para o modelo do *common law*, no entanto, adaptável ao modelo do *civil law* quando se busca a aplicação de precedentes, jurisprudências e súmulas, cuja ideia é: “suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante.” (DWORKIN, 2005, p. 235-236.) Agindo dessa forma, o juiz estará conectado com a história jurídico-institucional da comunidade, propiciando, assim, maior coerência na aplicação do precedente, da jurisprudência ou da súmula ao caso concreto.

determinasse aos juízes a observância e o respeito a decisões anteriores (precedentes e jurisprudência).

No entanto, é importante observar que os precedentes não se sobrepõem à legislação. No Brasil, tem-se um sistema centrado na reserva da lei, e o que este estabelece é o respeito às decisões já proferidas em casos similares com base no ordenamento vigente. Até porque estas foram frutos de interpretações construídas por meio do processo mediante aplicação do ordenamento jurídico existente, já que, conforme já dito, não há um marco zero na interpretação.

Ademais, não se devem ignorar as construções de precedentes, partindo-se do zero para uma nova decisão. A interpretação é um processo de construção de um romance em cadeia. O direito não é estático e a concretização da norma é realizada em cada caso, no momento da sua aplicação.

A aplicação da lei, da jurisprudência, do precedente ou da súmula nunca deve ser um ato solitário do juiz, e as decisões judiciais proferidas no Brasil (Estado Democrático de Direito) sempre deverão se originar de um processo discursivo, no qual sejam garantidos às partes o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, obrigando-se que toda decisão seja fundamentada e atrelada aos argumentos e provas produzidas pelas partes, caso contrário à decisão não será legítima.

Portanto, entende-se ser possível a compatibilização do precedente com o direito brasileiro, desde que sua aplicação – feita com integridade e coerência ao ordenamento vigente e às decisões anteriores, mediante a observância ostensiva das garantias fundamentais do devido processo – possa representar uma verdadeira limitação ao voluntarismo judicante.

Referências

ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emilio Medauar (org.). *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. *Código de processo civil de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. *Novo código de processo civil (2015)*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

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

BRASIL. *Diário do Congresso Nacional*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed., 2ª triagem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 7. ed. 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. *Revista do direito*

privado, v. 14, n. 56, out./dez 2013. Disponível em:
http://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_à_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplicação-interpretção_do_direito_no_início_do_séc._XXI. Acesso em: 20 jan. 2017.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 3. ed. 1956.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (orgs.). *Hermenêutica e Jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Lei 13.105, de 16.03.2015 - fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: volume I*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.