

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JEREMIAS DE CÁSSIO CARNEIRO DE MELO

**A APROXIMAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO BRASILEIRO AO *STARE DECISIS*
DA TRADIÇÃO ANGLO-AMERICANA E O RISCO DE CONSOLIDAÇÃO DO
*CAOS ENUNCIATIVO-DECISÓRIO***

João Pessoa
2016

JEREMIAS DE CÁSSIO CARNEIRO DE MELO

**A APROXIMAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO BRASILEIRO AO *STARE DECISIS*
DA TRADIÇÃO ANGLO-AMERICANA E O RISCO DE CONSOLIDAÇÃO DO
*CAOS ENUNCIATIVO-DECISÓRIO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, linha de pesquisa em Direitos Econômicos e Sociais, Teorias da Decisão e Sustentabilidade Socioambiental, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Lorena de Melo Freitas

João Pessoa
2016

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M528a Melo, Jeremias de Cássio Carneiro de.

A aproximação normativa do direito brasileiro ao stare decisis da tradição anglo-americana e o risco de consolidação do caos enunciativo-decisório / Jeremias de Cássio Carneiro de Melo. - João Pessoa, 2016.
226 f. : il.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Decisão judicial. 2. Teoria da decisão. 3. Precedentes. I. Freitas, Lorena de Melo. II. Título.

UFPB/BC

CDU 347.95(043)



Dedico este trabalho à memória dos meus amados avós Judilita, Horácio, Lia e Zito, que cedo me despertaram à beleza da espera e à doce felicidade dos reencontros

AGRADECIMENTOS

Antes, e sempre, a Deus, por sua presença viva que não me permitiu temer diante das dificuldades, dando-me, por graça, palavras precisas para plantar e edificar este sonho por tantos anos acalentado.

À Maria, mãe da Providência, que sempre me valeu na esperança de aguardar, perseverante, o que ainda não via.

Aos meus inefáveis pais, Horácio e Rita, cuja entrega e dedicação à nossa família transcendem os limites da linguagem humana. Minha vida em agradecimento.

Aos meus amados irmãos Germano e Horácia, por sempre lutarem as mesmas as lutas, firmes na certeza das vitórias e, principalmente, confiantes nas tribulações; pelo tempo furtado de seu convívio, por cada palavra de apoio e gesto de confiança, materializo este esforço em gratidão.

À minha flor Thayse, fonte de paz, amor e compreensão nos momentos de impaciência e necessária ausência exigidos pelos contínuos e incessantes estudos. Sonha para realizar quem não sonha sozinho.

Às queridas tias Nane e Zuleide, pelas orações constantes, e ao “pupupa” Miguel, por nos renovar a alegria e iluminar nossos dias.

Aos meus estimados tios e tias, aos primos-irmãos de uma vida, enfim, à nossa “Primalada”, agradeço por darem sentido às palavras união e família.

Ao Tribunal de Justiça da Paraíba, por seu Presidente Dr. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, pelo imprescindível suporte institucional nas pessoas das queridas e abnegadas Magda Tateyama e Renata Grigório, a quem devoto o compromisso desta pesquisa com a excelência da prestação jurisdicional ao povo paraibano.

À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nas pessoas dos amigos e diletos colegas que integram a honrosa Procuradoria-Seccional em Campina Grande-PB, um agradecimento especial: neste ambiente de obstinados pensadores, forjei uma formação jurídica comprometida com a eficiência por dever e com a coisa pública por inegociável zelo.

Agradeço, em particular, à minha orientadora e amiga Professora Dra. Lorena de Melo Freitas, pela sabedoria na condução da pesquisa, pela compreensão das dificuldades e limites, pelo inquebrantável compromisso com a excelência da investigação científica no Direito.

Aos Professores Drs. Robson Antão, Armando Albuquerque e Enoque Feitosa, pela efetiva contribuição com o aprimoramento da dissertação. Ao Professor Enoque, agradeço, ainda dos tempos da UFPE/FDR, uma lição de necessário registro, por sua fina verdade: “O trabalho científico é, antes de tudo, braçal”, pois demanda, de fato, esmerado e penoso esforço intelectual para concretização.

Aos professores e funcionários do PPGCJ/UFPB, pelos ensinamentos de uma vida. Aos colegas alunos do mestrado e doutorado do PPGCJ/UFPB, simbolizados pelos componentes do grupo “PPGCJ TOP”, pela amizade e cumplicidade na caminhada.

Agradeço, ainda, emocionado, a Ely Trindade, Alana Ramos e Rodolfo Lucena, amigos-irmãos que, por seus ensinamentos, orações ou simples presença, tornaram a chegada possível. Por fim, a Marcos, Kadu e Tobias, verdadeiramente presentes mesmo na ausência.

Tendo ainda muito que agradecer, faço-o possível nos meus melhores pensamentos.

Os juízes, e em geral todos os integrantes do Estado, somos apenas pessoas comuns que possuem temporariamente cargos de grande responsabilidade. Isso é algo que nunca devemos esquecer, e por isso é preciso explicar o nosso trabalho com absoluta simplicidade, explicando como nós trabalhamos para tomar decisões [...].

Ricardo Luis Lorenzetti

RESUMO

A complexidade da sociedade contemporânea ensejou a dinâmica do permanente processo de positivação do Direito, com a consagração de concepções de mundo e conteúdos éticos diversos, não raro antagônicos. Não se pode mais identificar a predominância de uma determinada ideologia, mas a existência concomitante de fundamentos e valores sociais distintos asoberbando o Direito e, por consequência, o próprio Judiciário, último plano no qual as divergências intersubjetivas são dirimidas. A abertura cognitiva dos sistemas jurídicos e a sua própria indeterminação acarretaram a ampliação do poder do juiz, pois, quanto mais complexa se torna a sociedade, tanto mais se sobrecarrega a positivação e se indetermina a decidibilidade. A partir da segunda metade do século XX, notadamente no contexto do constitucionalismo pós-guerra, diante da precipitação da crise de indeterminação do Direito, ocorre a “expansão do poder judicial”, na perspectiva da amplitude de criação-complementação da interpretação jurídica. Modifica-se, assim, a “agenda” da teoria jurídica para a decisão, fenômeno sentido tanto na tradição continental quanto na anglo-americana. A guinada para o momento da aplicação e a liberdade decisória passa a ser fator de convergência e reaproximação entre o *civil law* e o *common law*, transformando-se o direito judicial em instrumento de enfrentamento da fluidez dogmática. A atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais generaliza-se nos Estados Contemporâneos, mesmo nos de origem continental, à vista da ameaça de decisões baseadas em “convicções pessoais”. Verificando que a incorporação do *stare decisis* apresentou-se com particularidades nos sistemas continentais, a pesquisa envereda pelo exame específico da situação do Brasil no quadro da “crise de indeterminação do direito” e do correspondente aumento da discricionariedade judicial, que, no extremo, podem atrair o decisionismo arbitrário com negação dos pontos de partida dogmáticos, situação que a investigação denomina *caos enunciativo-decisório*. Para tal fim, será analisado o julgamento do HC 127.186/PR no STF – como representação da particular lógica brasileira de precedentes judiciais (*lógica da decisão por enunciados gerais*) que permite a manipulação de trechos de decisões anteriores de acordo com a subjetividade do juiz (*raciocínio enunciativo-decisionista*) – e pesquisa do CNJ que revela tendência de consolidação dessas *decisões enunciativas*. Identificado o problema, será posta à prova a tese de que foi a peculiar incorporação do *stare decisis* pela imposição normativa que aprofundou a desordem jurisprudencial no país, a ponto de se chegar ao extremo da fundamentação por enunciados gerais ser viabilizada mediante a delegação decisória a não-juízes.

Palavras-Chaves: Teoria da decisão. Expansão do poder judicial. *Common law* e *civil law*. Precedente judicial. *Stare decisis*. Caos jurisprudencial. Raciocínio *enunciativo-decisionista*. Enunciados gerais.

ABSTRACT

With the establishment of several and often antagonistic worldviews and ethical issues, the complexity of contemporary society has given rise to the dynamics of the permanent process of legal positivization. One can no longer identify the predominance of a particular ideology, but a simultaneous existence of different fundamentals and social values controlling the Law along with the Judiciary itself, which is the last alternative in which intersubjective differences ought to be nullified. The cognitive opening of legal systems and their own indeterminacy have resulted in the expansion of the power of the Judge, for the more complex becomes the society, the more it overwhelms positivization, making decidability irresolute. During a moment of potential crisis of Legal indeterminacy, from the second half of the twentieth century, particularly in the context of post-war constitutionalism, the "expansion of judicial power" has arisen with a view to the enlargement of the creation/complementation of judicial interpretation. Therefore, the "agenda" of juridical has become a judicial decision, phenomenon with a greater effect on both the continental and Anglo-American tradition. The turn for the application moment and the decision-making liberty has grown into a factor for convergence and reconciliation between the civil law and the common law, and the judicial law has become an instrument to tackle the dogmatic fluidity. The attribution of binding force for the judicial precedents has become widespread in Contemporaries States, even in those from continental origins, due to the threat of decisions based on "personal convictions". Having scrutinized the particularities of the incorporation of *stare decisis* in the continental systems, the research aims to examine the Brazilian context of "crisis of Legal indeterminacy" and the analogous improvement of judicial discretion, which, in the extreme, can foster arbitrary decisionism denying the dogmatic starting points, what is called in the research as *enunciating-decisory chaos*. For that purpose, as a representation of the particular logic of Brazilian judicial precedents (the logic of decision by general enunciation) that allows the manipulation of the of previous decisions and enable the judge's subjectivity (enunciating-decisionist reasoning), the research will focus on the trial of HC 127,186/PR in the STF (Supreme Court) as well as on the survey from the CNJ (National Council of Justice) which reveals a tendency for consolidation of those enunciating decisions. After identifying the problem, the research attempts to prove the thesis that the peculiar incorporation of *stare decisis*, through the normative imposition, resulted in the enlargement of the jurisprudential disorder in Brazil, reaching the extreme case of the legal reasoning for general enunciation being made possible by decision-makings of non-judges.

Keywords: Decision Theory. Expansion of judicial power. Common Law and Civil Law. Judicial Precedents. *Stare Decisis*. Jurisprudential Chaos. General enunciations

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1- DETERMINABILIDADE DA RATIO DECIDENDI	110
QUADRO 2 - FATOS MATERIAIS DO CASO	111
QUADRO 3 - ACERVO DE PROCESSOS SOBRESTADOS ADMINISTRADO PELO NURER DO TJPB EM MARÇO DE 2016.....	119
FIGURA 1- CÓPIA FIEL DA DECISÃO DO SERVIDOR DE REMESSA À ORIGEM ...	115
FIGURA 2 - PROCESSOS DOS TEMAS 264/265 E 210 REMETIDOS AO STF	120.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A SOCIEDADE <i>PROTEU</i> E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL.....	17
1.1 A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO DOGMÁTICO E O DESAPARECIMENTO DO “EVIDENTE ÉTICO”	17
1.2 PARA ALÉM DO PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO POSITIVO: DA TECNOLOGIA DECISÓRIA À IMPLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DOGMÁTICA	21
1.3 A DIVERSIDADE ÉTICA E A SOBRECARGA DO DIREITO: A ORIGEM DA “ERA DA DESORDEM” E DA INDETERMINAÇÃO DECISÓRIA	26
1.4 O CONSTITUCIONALISMO PÓS-BÉLICO, A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “CRISE DE INDETERMINAÇÃO DO DIREITO”: A VARIABILIDADE ÉTICA COMO PREOCUPAÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	31
1.5 O “CONSTRANGIMENTO A FUNDAMENTAR” E A RACIONALIDADE CONSTRUTORA DA DECISÃO JUDICIAL.....	37
1.5.1 A ponderação do “elemento antropológico” e a crítica pós-positivista ao estudo meramente abstrato da norma jurídica: a construção de significado pela decisão judicial concreta.....	37
1.5.2 Da necessidade de explicitação dos “paradigmas” do aplicador e os precedentes judiciais como elemento de entrada do processo decisório, inclusive nos ordenamentos de matriz romano-germânica: crítica à fundamentação casuística do Poder Judiciário brasileiro.	43
2 O “DIREITO DOS JUÍZES” E A TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: O FOCO NA APLICAÇÃO E RISCO DA NEGAÇÃO DOS PONTOS DE PARTIDA.....	53
2.1 A GUINADA PARA O MOMENTO DA APLICAÇÃO E A LIBERDADE DECISÓRIA COMO FATOR DE CONVERGÊNCIA E REAPROXIMAÇÃO ENTRE A TRADIÇÃO CONTINENTAL E A ANGLO-AMERICANA: A REALIDADE DO DIREITO JUDICIAL NO ENFRENTAMENTO DA FLUIDEZ DOGMÁTICA.....	53
2.2 A LÓGICA BRASILEIRA DA JURISPRUDÊNCIA PLETÓRICA E O APROFUNDAMENTO DO “CAOS JURISPRUDENCIAL”: A NEGAÇÃO DOS PONTOS DE PARTIDA E A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES PELO MANEJO ALEATÓRIO DE TRECHOS DE DECISÕES PASSADAS EM RAZÃO DOS “PARADIGMAS” DO APLICADOR	66
2.3 O JULGAMENTO DO HC 127.186/PR (OPERAÇÃO “LAVA JATO”) PELO STF COMO REPRESENTAÇÃO PRÁTICA DA PARTICULAR LÓGICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: O RACIOCÍNIO <i>ENUNCIATIVO-DECISIONISTA</i> DE CONSTRUÇÃO DA DECISÃO	74
3 CAOS ENUNCIATIVO-DECISÓRIO NO BRASIL?	81

3.1 A ETICIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVOTAMENTO BRASILEIRO À PREOCUPAÇÃO PRÁTICA COM O VOLUME DE PROCESSOS	81
3.2 A APROXIMAÇÃO AO <i>STARE DECISIS</i> PELA VIA NORMATIVA E A DERIVADA INCOPORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA <i>LÓGICA DA DECISÃO POR ENUNCIADOS GERAIS</i>: A PROCEDÊNCIA DA DESORDEM NO INTERIOR DO QUADRO JURISPRUDENCIAL CAÓTICO	90
3.3 A PESQUISA CNJ “A FORÇA NORMATIVA DO DIREITO JUDICIAL” E A PERSPECTIVA DE CONSOLIDAÇÃO DAS <i>DECISÕES ENUNCIATIVAS</i> OU DA <i>SUMULALIZAÇÃO</i> DAS DECISÕES NO PAÍS.....	104
3.4 O EXTREMO DA FUNDAMENTAÇÃO POR ENUNCIADOS GERAIS: O CASO DO TJPB E A DELEGAÇÃO DE JULGAMENTO POR CARIMBOS A SERVIDORES DO JUDICIÁRIO	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS	128
ANEXO A - PARECER PGFN/CRJ Nº 492, DE 22 DE MARÇO DE 2010	139
ANEXO B - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 370.763-6 (INFORMAÇÕES DA DIRETORIA JURÍDICA DO TJPB)	167
ANEXO C - PROCESSOS DEVOLVIDOS AO TJPB COM CERTIDÃO DA SECRETARIA DO STF (TEMAS 264/265 E 210	196
ANEXO D - PROCESSOS DEVOLVIDOS AO TJPB COM DECISÃO DE MINISTRO DO STF.....	224

INTRODUÇÃO

O despertar desta pesquisa ocorreu quando da participação na elaboração e posterior publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010, que disciplinou, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, a não apresentação de contestação e a não interposição de recursos nas hipóteses de jurisprudência reiterada e pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) contrárias à Fazenda Nacional.

Causou-nos espécie, positivamente, que a Administração Pública (em particular, a PGFN), admitindo sua condição de “uma das maiores litigantes do país, reconhecidamente responsável por uma parcela significativa do número de demandas repetitivas que abarrotam o Poder Judiciário”, tenha assumido a necessidade de cooperar na busca por racionalidade e celeridade à entrega da prestação jurisdicional e à unificação na interpretação do direito, mediante o incremento da força persuasiva dos precedentes judiciais¹.

Considerando o inegável histórico de indiscriminado desrespeito aos precedentes oriundos dos tribunais superiores pelos órgãos jurisdicionais inferiores – ainda que atribuindo esse fato, entre outras causas, essencialmente à “instabilidade da jurisprudência” –, instalou-se, de forma pioneira na representação jurídica do Poder Público Federal, uma efetiva preocupação com os julgamentos produzidos de acordo com o simples “entendimento pessoal sobre a questão levada a juízo”².

Com efeito, à vista do déficit de autoridade das decisões oriundas do STF e do STJ, verificou-se no sistema brasileiro, especialmente nos últimos anos e à conta da desregrada liberdade decisória dos juízes em geral, a introdução de mecanismos destinados a conferir mais racionalidade, celeridade e unidade interpretativa. Este processo restou conhecido como o fenômeno da “verticalização” das decisões dos tribunais superiores ou da “*commonlawlização*” da ordem jurídica pátria. A PGFN, portanto, identificou o incremento da força persuasiva dos precedente judiciais como medida capaz de enfrentar a pessoalidade e a subjetividade das decisões dos magistrados que desconsideravam os parâmetros fixados pela hierarquia superior do Poder Judiciário, garantindo o aprimoramento da prestação jurisdicional, a razoável duração do processo e a própria prevenção de conflitos³.

¹ BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010, de 22 de março de 2010**, p. 14. Disponível em: <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/4922010>>. Acesso em 12 dez.2014.

² Ibid., p. 8.

³ Ibid., p. 15.

Apresentou-se, assim, no primeiro momento, e seguindo o estado da arte sobre a temática, o interesse em investigar as decisões judiciais sob a simplificada perspectiva da averiguação da aproximação do ordenamento jurídico brasileiro à tradição anglo-saxã e à doutrina dos precedentes judiciais. Debaixo da referência à insegurança jurídica, pensava-se que o problema da alegada irracionalidade decisória se resumia ao tratamento distinto dado pelos julgadores brasileiros às controvérsias jurídicas sobre as quais já haviam se pronunciado os tribunais superiores. Mais que isso: imaginava-se que a mera vinculação decisória verticalizada seria o principal, e talvez o único, *front* de combate à apontada ausência de racionalidade sistêmica na formação da decisão. Aliás, é necessário registrar que boa parte da doutrina pátria ainda se posiciona exatamente neste sentido.

Contudo, de fora os encantos e o aparente conforto intelectual dessa linha de raciocínio, o aprofundamento da investigação científica de forma reflexiva e não acrítica – notadamente sob o viés da análise da realidade que, no Direito, manifesta-se de forma mais evidente nas decisões dos tribunais⁴, no modo como se está interpretando o caso concreto – trouxe à baila o problema contemporâneo da “crise de indeterminação do direito” e a transferência do foco da atividade jurídica para o momento da aplicação, conformando uma situação que, no limite, no cenário judicial pátrio, este estudo chama de *caos enunciativo-decisório*.

O ponto de partida que despertou o aprofundamento dessa problemática e a análise da *lógica da decisão por enunciados gerais*, no interior de um quadro jurisprudencial já desordenado, foi a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intitulada “A força normativa do direito judicial – uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”. Envolvendo registros e visitas em diversos tribunais no país, entre eles o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), a pesquisa indicou a tendência de fortalecimento de *decisões enunciativas* ou da *sumulalização* das decisões no país.

Tendo em mente essa fotografia da realidade prática, a proposta de investigação optou por restringir o **objeto** de estudo através de um recorte atual da situação decisória no âmbito do STF, privilegiando entender o Direito a partir da atividade desenvolvida pelos principais julgadores. Elegeu-se, pois, o julgamento levado a efeito no HC 127.186/PR, que tratou de

⁴ FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; BASTOS, Ronaldo. Marxismo, direito e realismo: a trajetória de duas pesquisas confluentes. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Fundamentais**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 25.

prisões efetuadas na recente e propagada operação “lava jato”⁵. Na referida decisão, o tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus* a nove réus acusados de envolvimento de desvio de recursos da Petrobrás e garantiu o direito de responder processo em liberdade, vez que a prisão preventiva foi substituída por medidas cautelares diversas.

Esse julgamento é paradigmático justamente porque, no caso concreto, as decisões dos ministros Celso de Mello e do relator Teori Zavaski bem delimitam o atual estágio da teoria da decisão no Brasil e ainda legitimam a **tese** segundo a qual, para mais que a “jurisprudência lotérica”, a tentativa de “aproximação normativa” ao precedente judicial do direito anglo-saxão tem nos acercado de uma posição tanto mais grave: a escolha de trechos de “precedentes” sem o necessário respeito ao parâmetro normativo.

Especificamente, o **objetivo** é perquirir se a questão dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro se resume à decantada imprescindibilidade da vinculação vertical das decisões judiciais, considerado o contexto da ampla e subjetiva liberdade decisória dos órgãos judiciários e a própria instabilidade da jurisprudência nacional, ou deve avançar para entender que a fundamentação baseada nos “paradigmas” do aplicador é contingência do Constitucionalismo Contemporâneo, fato que afetou tanto a tradição do *civil law* quanto a do *common law*.

Em verdade, procurar-se-á justificar, na contemporaneidade, o efetivo significado da liberdade decisória decorrente da sobrecarga ética do Direito que exsurgiu do segundo pós-guerra: um ambiente em que todo tipo de discussão acaba tendo lugar, palco no qual toda sorte de conflitos sociais se apresenta.

De fato, a partir da ponderação do “elemento antropológico” derivada das atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial e com o reconhecimento do caráter plural das sociedades contemporâneas, ocorreu o movimento de positivação das mais diversas concepções de mundo. Em consequência da complexidade sócio-política crescente, os sistemas jurídicos e o próprio pensamento dogmático, na tentativa de albergar ao máximo os diferentes e por vezes colidentes valores humanos, tornaram-se mais abertos e acentuaram a abstração dos seus conceitos, ampliando e expandindo, por conseguinte, a atividade (criadora) judicial e, igualmente, o risco de imposição de pré-compreensões pessoais.

Portanto, no intuito de enfrentar o **problema** do risco de consolidação do *caos decisório enunciativo-decisionista* ou, simplificadamente, *caos enunciativo-decisório* brasileiro e confirmar a **hipótese** da aproximação normativa aos precedentes judiciais, o

⁵ O codinome dado ao processo do suposto esquema de desvio de recursos da Petrobrás, sociedade de economia mista brasileira do setor petrolífero.

trabalho se divide em três capítulos. No primeiro, desenvolver-se-á a categoria da complexidade ética da sociedade contemporânea que tem no ser humano a característica da mutabilidade, tal qual a metáfora mitológica de *Proteu*⁶, e a conexa ampliação das divergências interpretativas dos julgadores. Para tanto, deve-se demonstrar como se verificou o desaparecimento do “evidente ético” das sociedades mais simples e a construção do pensamento jurídico dogmático como tecnologia decisória capaz de enfrentar o fenômeno jurídico além da pesquisa sobre seus fundamentos e legitimidade. Percebeu-se, todavia, mesmo dando um passo adiante em relação à indagação sobre as “instâncias” do direito positivo, a necessidade de entender a implicação da teoria dogmática na prática, isto é, as consequências de positivar os interesses de determinado grupo social, pois, na contemporaneidade, não se pode mais falar em prevalência da ideologia de um grupo social vencedor, mas na positivação de interesses dos mais diversos grupos, todos objeto de reconhecimento pelo direito positivado.

É nesse contexto de incremento da complexidade das interações sociais do mundo globalizado e altamente tecnológico que se trabalhará a “sobrecarga ética do Direito” para auxiliar a compreensão do atual excesso de demanda perante o Judiciário e a consequente expansão da liberdade decisória. Afinal, a complexidade ética da sociedade proteu obrigou a dogmática a ampliar a sua abstração e atraiu a discussão sobre os parâmetros de controle da decisão. Será demonstrado, ainda, como a pulverização das ordens éticas decorrente da difusão dos direitos fundamentais no Constitucionalismo Pós-Bélico⁷ gerou a “crise de indeterminação do Direito” e a consequente expansão do Poder Judiciário nas tradições jurídicas continental e anglo-americana, provocando o deslocamento científico-metodológico da teoria jurídica para o momento da decisão judicial.

A parte final do primeiro capítulo empenha-se em confrontar o aumento da discricionariedade judicial levado a efeito por uma possível exacerbação ética trazida para dentro dos ordenamentos jurídicos com o neoconstitucionalismo. Demarcando a necessidade de construir o significado norma jurídica pela decisão judicial concreta, o estudo defende a clareza da racionalidade construtora da fundamentação, quer dizer, a submissão do juiz ao “constrangimento a fundamentar”. Afastando, ainda, a ideia de que o procedimento jurídico

⁶ Na mitologia, filho de Netuno, líder dos mares, e detentor do poder especial de mudar continuamente sua forma. (BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 268.)

⁷ Trata-se de neologismo criado a partir da expressão “direito pós-bélico”, de Mario Losano, cunhada para definir o fenômeno da composição de uma nova ordem social, política e jurídica decorrente do final da Segunda Guerra Mundial. Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, cap. V, vol. 2, p. 185.

de decisão leva obrigatoriamente a uma resposta correta, afirma-se que a explicitação das pré-compreensões (“paradigmas”) do aplicador, no referido quadro do aumento da abstração do direito positivo na tradição do *civil law* e do *common law*, deve ser conjugada com o novo elemento de partida dogmático: o acúmulo encadeado de decisões judiciais, inclusive nos sistemas de origem romano-germânica.

O segundo capítulo, por sua vez, considerando a guinada do Direito para o momento da aplicação, em detrimento da primazia antes concedida ao momento legislativo, cuida do direito jurisprudencial como realidade resultante da exigência de concretização das cláusulas indeterminadas que estabelecem direitos fundamentais, fruto da sobrecarga dos sistemas constitucionais no período pós-segunda guerra. A rigor, pretende suscitar a percepção de que, desde a metade do século passado, a abertura à criatividade e à ampla liberdade decisória dos juízes promoveu uma efetiva reaproximação das tradições jurídicas continental e anglo-americana, ainda que esse incremento da atividade judicial seja mais evidente nos países de *civil law* como o Brasil, precisamente pela formação histórica mais adstrita à formulação estatal fechada.

Nesse sentido, a prática do direito judicial ou a construção da decisão tendo como ponto de partida também a vinculação aos precedentes judiciais será indicada como caminho para combater a desordenada causalidade fruto da elasticidade interpretativa de uma dogmática mais fluida.

Diante desse cenário, o capítulo alinhava os pressupostos para o estudo da já reconhecida caótica liberdade decisória no Brasil e do modo como aqui tem se firmado a teoria da decisão judicial. Aponta-se que a sociedade brasileira, com juízes pouco habituados à criação normativa, dado o império histórico da lei, assiste, atônita, a uma competição de incontáveis interpretações, todas aceitáveis, mas que apenas acentuam a insegurança jurídica. Em consequência, desponta uma espécie de “jurisprudência lotérica”, sobremaneira quando o nosso direito judicial sempre trilhou a lógica da jurisprudência pletórica – do emprego confuso e desordenado de grupos de decisões a partir dos “paradigmas” do aplicador – e não efetivamente a dos precedentes judiciais. E, a despeito da antiga tentativa de aproximação normativa ao *stare decisis* – pelo menos desde a Constituição de 1934 –, o país continuou sem procedimento metodológico de aplicação da jurisprudência, seguindo senão a trilha do “caos jurisprudencial”, em razão do emprego casual e desordenado de grupos de sentenças escolhidas sem muito critério, segundo a liberdade de convicção do julgador.

A situação, todavia, como será evidenciado, agravou-se ainda mais, tornando-se demais problemática que o caótico retrato jurisprudencial identificado na década de sessenta pelos ministros do STF, notadamente Victor Nunes Leal⁸: o foco na subjetividade tem permitido aos juízes pátrios literalmente eleger as teses que tencionam aplicar no caso concreto, mesmo que sob a aparência de seguir os precedentes judiciais; de alguma forma, afastam-se do parâmetro normativo e do dogma da inegabilidade dos pontos de partida.

Em seguida, o capítulo é finalizado com a exemplificação prática de que, para mais que a “jurisprudência lotérica”, a tentativa de aproximação normativa ao precedente judicial tem avizinjado o sistema jurídico nativo da sombria realidade de escolha “decisionista” de trechos de “precedentes” (em verdade, trechos de decisões passadas) sem o indispensável respeito ao parâmetro normativo, concebendo o fenômeno do *caos enunciativo-decisório*.

Por fim, o terceiro capítulo se debruça especificamente sobre a constituição e a significação do *caos enunciativo-decisório* no Brasil, seus pressupostos e a atual colocação, a fim de testificar a hipótese inicial de investigação. Indaga-se em que medida a incorporação no ordenamento jurídico nacional da *lógica da decisão por enunciados gerais* decorre da tentativa de aproximação ao *stare decisis* do *common law* pela via normativa e se tal fenômeno de fato gera desordem no interior do quadro jurisprudencial há muito caótico. Nessa linha, a referida pesquisa CNJ sobre o direito judicial auxiliará a constatação da tendência do padrão decisório dos magistrados brasileiros.

Assim, no fim das contas, o trabalho averigua se há risco de degeneração do sistema jurídico por conta de um possível emprego casuístico e não ordenado de trechos de decisões passadas com base em concepções meramente pessoais do aplicador, alertando-se para a imprescindibilidade de que a construção do julgamento do juiz guarde fundamentação consistente (atenta aos precedentes judiciais) e coerente (harmoniosa com os textos normativos) voltada para o caso concreto.

⁸ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 208. Forense, out.-dez. 1964, p. 16-17.

1 A SOCIEDADE *PROTEU* E A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL

1.1 A EXPERIÊNCIA HISTÓRICA DA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO DOGMÁTICO E O DESAPARECIMENTO DO “EVIDENTE ÉTICO”

O Direito aparece na contemporaneidade como ambiente ético, diverso da moral e da religião, em que todo tipo de discussão acaba tendo lugar, sendo palco em que toda sorte de conflitos sociais se apresenta. Alertando para essa dinâmica das interações sociais que rejeita a concepção de uma essência humana única ou de um conteúdo ético comum, Adeodato apresenta a categoria da sobrecarga ética do Direito como elemento justificador da excessiva demanda que assola os órgãos de decisões concretas, tornando problemática a expansão do Poder Judiciário, ainda que sob o crivo de suposta autorização constitucional⁹.

Nessa trilha do desenvolvimento humano, a complexidade social da pós-modernidade¹⁰ promove o desaparecimento das bases morais comuns do pensamento transcendente, pois, em sociedades constituídas de grupos humanos mais complexos em suas interações, as justificativas para a pacificação social deixam de ser evidentes, dissolvendo-se em novos e entrelaçados enredos sociais. Em razão da “sobrecarga de demandas” que aportam no Direito por conta da diversidade dos conteúdos éticos do direito positivo, o pensamento jurídico inaugurado na Idade Média – a dogmaticidade¹¹ – entremostra-se claudicante no “descarregamento” do sistema, surgindo, em função disso, relevantes “distúrbios jurídicos”¹².

Sobre a transcendência dos elementos externos que constituíam a base comum das sociedades mais simples – genericamente considerados como “naturais”, constitutivos da

⁹ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009a.

¹⁰ Segundo Dumont, o mundo contemporâneo é resultado de uma história em cujo transcurso modernidade e não-modernidade ou, de forma mais exata, as ideias-valores do individualismo e seu contrário combinaram-se intimamente. Por isso, afirma ser possível falar de “pós-modernidade” para o mundo contemporâneo, mas se trata de tarefa que consiste muito mais em estudar a história e a ideologia dos dois últimos séculos numa perspectiva intercultural (DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 31). Em verdade, impende registrar que não há consenso sobre a palavra pós-modernidade: para os norte-americanos, descreve as mudanças sociais e na cultura ocorridas desde o final do século XIX; outros, porém, confundem-na com pós-industrialização, no sentido de que seria o tempo e a cultura da sociedade contemporânea, iniciada após a 2ª Guerra Mundial; outros, ainda, consideram a era da sociedade nos anos 60-70 do século XX ou mesmo a partir dos anos 2000, como é o caso de Souza. Há, inclusive, quem se posicione de forma expressamente contrária ao termo pós-modernidade, como Jürgen Harbermas (MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. Fraude de clique: aspectos gerais do ilícito ao modelo de negócio pagamento por clique e reflexo(ões) no Direito Consumerista brasileiro. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; GUERRA, Gustavo Rabay (coord.). **Proteção Jurídica do Consumidor em perspectiva transversal**. João Pessoa: A Barriguda, 2014, p. 123).

¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: RT, 1980, p. 31.

¹² ADEODATO, op. cit., p. 2.

teorização de um Direito Natural¹³ –, faz-se necessário registrar, a despeito de sua relevância para o sentido metódico-sistemático e crítico-avaliativo do Direito a partir da Era Moderna, a desnecessidade de investigar, neste trabalho, especificamente os conteúdos éticos fixados de forma independente do direito posto.

Com efeito, segundo Adeodato, o problema da abordagem jusnaturalista é determinar “quem vai dizer qual posição é a legítima, racional, válida *de per se*”¹⁴. Em sociedades mais simples, em que todos adotavam os mesmos conteúdos éticos, concordando com a “natureza das coisas” – como na Idade Média, quando a Igreja se institucionaliza politicamente e transcendentiza o pensamento –, a ideia de um natural direito (independente de reconhecimento por qualquer instância de poder) pode até funcionar, contudo, em estratificações sociais heterogêneas como as atuais, a determinação dos variados conteúdos éticos válidos reclama uma postura diversa da Teoria do Direito.

Voegelin, nesse sentido, assevera que a “ruptura do pensamento moderno com o transcendente encontra, no domínio político, suas primeiras grandes expressões em Maquiavel e Hobbes, sem falar no precursor medieval de ambos, Marsílio de Pádua”¹⁵. Identificando a verdade transcendental desde “a ordem do cosmos” dos impérios antigos, segundo a qual a ordem do império era a representação da ordem cósmica na sociedade humana¹⁶, enfatiza que aquela verdade teórica pode não mais encontrar aceitação na sociedade, sobretudo após a descoberta de uma nova autoridade: a psique como instrumento de percepção da transcendência. Esta cuida da verdade do ser humano, ainda que representante da verdade divina, em oposição à verdade representada unicamente pelo “chefe” (imperador) de uma dada sociedade. Apesar disto, essa dupla representação do homem na sociedade, através do império e da igreja, manteve-se ao longo da Idade Média¹⁷.

¹³ FERRAZ JR, op. cit., p. 45-48. Na visão deste jurista, na Era Moderna, com a teoria do Direito Natural, houve uma preocupação em secularizar a teoria jurídica, rompendo com a prudência romana, que ficou na esteira do cristianismo, na medida em que “a autoridade ligada à fundação vai desaparecendo”. O fundamento ético e bíblico do Direito Natural Medieval (Antigo), assim, é substituído pela “noção jusnaturalista de Estado Natural” (Direito Natural Moderno), mudança esta que elimina o pensamento prudencial, para estabelecer o pensamento sistemático como técnica racional da convivência social.

¹⁴ Ibid., p. 11.

¹⁵ VOEGELIN, Eric. **A nova ciência da política**. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 8.

¹⁶ A crítica de Voegelin sobre a verdade cósmica de determinada sociedade ser conceito relativo, e que tal estrutura política pode reproduzir-se em qualquer época, apresenta-se bastante atual, notadamente diante da realidade do Direito Internacional atualmente vivenciada: assim como para o império mongol, de acordo com sua ordem jurídica, nunca houve engajamento em guerras, senão a realização de “expedições punitivas contra súditos rebelados do Império”, esta representação da verdade parece de algum modo subsistir, nas grandes potências econômicas do século XX e início deste, em suas similares pretensões de guerras “legítimas” contra outros Estados, cujas razões não convém aqui analisar. (Ibid., p. 53)

¹⁷ VOEGELIN, op. cit., p. 83.

Já na modernidade, a ideia do Direito Natural domina o campo da teoria política e do pensamento social, sendo fiadora da investigação teórica, sistemática e dedutiva sobre o Direito. Ainda que seja possível, segundo Dumont, remontar sua gênese à Antiguidade e a Santo Tomás, a concepção moderna de Direito Natural¹⁸ traduz-se na compreensão de que os princípios fundamentais da constituição do Estado (e da sociedade) devem ser extraídos das qualidades racionais inerentes no homem, independentemente de vínculo social ou político. O estado de natureza¹⁹ “é o estado, logicamente primeiro em relação à vida social e política, em que apenas se considera o homem individual; [...] aquele em que se supõe que os homens viviam antes da fundação da sociedade e do Estado”²⁰. Deduzindo as bases da vida social e política a partir desse estado de natureza fundado na razão humana, os teóricos do Direito Natural moderno lançaram as bases do Estado democrático moderno, confirmando que o Estado passou a alicerçar-se na união de indivíduos com base na razão e numa determinada comunidade²¹.

Os modernos pensadores, na mesma lição de Dumont, distanciados da cosmovisão medieval, não mais questionam, como os antigos, sobre as relações morais do bem na vida, mas sobre suas condições racionais de sobrevivência. De acordo com Ferraz Jr., “se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar, tecnicamente, a natureza ameaçadora”²². Trata-se do momento em que se indaga a organização racional da ordem social, desenvolvendo-se, por consequência, um pensamento jurídico capaz de transmitir certa neutralidade, “conduzindo a uma positivação e a uma formalização [‘processo de secularização’] do antigo Direito Natural”. Nessa esteira, o Direito Natural da modernidade (jusnaturalismo) não rompe o caráter dogmático introduzido na Idade Média com o desenvolvimento do princípio da proibição da negação (“não-negação dos

¹⁸ Autores como Louis Dumont (1985, p. 87) costumam diferenciar as teorias do Direito Natural em clássica ou antiga e moderna, a partir da consideração das pessoas como integrantes de uma *polis* ou, de outra forma, como indivíduos considerados e suficientes em si mesmos, depositários da razão. Outros, a exemplo de Ferraz Jr. (1980, p. 48), preferem referir, na Era Moderna, ao novo Direito Natural (jusnaturalismo), em oposição ao Medieval, que abandona “o fundamento ético e bíblico pela noção naturalista [racional] de Estado Natural”, secularizando o pensamento jurídico.

¹⁹ Para Sorto, esse pretendo estado de natureza é hipotético, como percebeu Rousseau, pois de fato nunca existiu. Trata-se de método para explicar a formação da sociedade (SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, ano 3, n. 3, p. 73-91, jan./dez. 2004, p. 77).

²⁰ Ibid., p. 87.

²¹ Ibid., p. 88.

²² Ibid., p. 38.

pontos de partida das séries argumentativas”)²³ e ainda aperfeiçoa a ideia de sistema de premissas racionais²⁴.

Na passagem para o século XIX, o legado do jusnaturalismo na crença ilimitada da razão humana, a despeito de sua contribuição sistemática, é suplantado por um novo sistema do pensamento jurídico que se distancia da indagação sobre as suas origens e fundamentos (elementos transcendentais). O Direito passa por um processo de neutralização, de desvinculação de suas bases. Nesse contexto, a positivação, no sentido de pensamento sistemático, mas também metódico, de origem remota no Direito Natural medieval, representa a postura de afastamento da pesquisa sobre os interesses da formação do Direito, vinculando a atividade dogmática às formas abstratas, como uma teoria autônoma que dispõe de certa liberdade através de novas abstrações²⁵.

Enquanto essa postura formalista (positivismo legal) foi o traço marcante do século XIX – ainda que seja preciso destacar que, neste período, a razão do jusnaturalistas passou a ser substituída pelo fenômeno histórico²⁶ –, o século passado distinguiu-se pela preocupação com a realidade empírica, de contraste entre norma e realidade, em que o Direito é concebido como norma, mas também como fenômeno da vida social²⁷⁻²⁸.

Desse modo, pode-se dizer que, com a positivação, liberta-se o Direito dos “parâmetros imutáveis e duradouros, de premissas materialmente invariáveis”, conformando uma tendência a um certo formalismo e institucionalização, além de adaptação através de procedimentos, conforme as diferentes situações²⁹. Exsurge, assim, uma concepção autônoma do Direito, distanciada da indagação de sua origem.

Diante dessa perspectiva histórica³⁰ de desaparecimento do “evidente ético”, para Adeodato, a “relativa emancipação do direito em relação à moral, à religião e a outras ordens

²³ FERRAZ JR., op. cit., p. 34.

²⁴ Ibid., p. 44.

²⁵ Ibid., p. 49-79.

²⁶ Conforme Ferraz Jr. (op. cit., p. 57), a Dogmática Moderna passou a exigir uma fundamentação histórica das suas construções, não bastando a razão imanente dos jusnaturalistas.

²⁷ A concepção do Direito como sistema normativo não foi apenas uma tendência teórica, mas também estava ligada às necessidade políticas de segurança da sociedade burguesa, que se contrapunha ao Estado Absoluto. (Ibid., 69).

²⁸ É nesse contexto que **Kelsen** propôs a Teoria Pura, uma dimensão normativa do fenômeno jurídico, voltada, assim, para o elemento vontade. No século XX, o direito positivo deixa de ser uma simples criação da opção legislativa e aparece como instrumento para a obtenção de uma decisão, questão de decidibilidade (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

²⁹ FERRAZ JR., op. cit., p. 83.

³⁰ Como forma de colocar a Dogmática Jurídica no mundo da realidade, a fim de entender sua origem e atualidade, além de sua conformação como teoria e relação com a ciência em cada época e com seu papel na sociedade ocidental, Ferraz Jr. (op cit., p. 2-7) apresenta a experiência histórica do pensamento jurídico assim resumindo as teorizações jurídicas constitutivas: “[...] nos países de tradição românica o conhecimento do Direito

normativas é o preço para controlar os conflitos nessa imensa complexidade social que caracteriza a modernidade”³¹; e, com mais razão, a contemporaneidade.

Pretendeu-se, nesta subseção, apresentar um panorama da experiência do pensamento jurídico que conduziu à dogmática no século XX, para que não se limitasse o estudo proposto a uma abordagem meramente histórica ou cronológica do tema. Na sequência, enfrentada a questão da legitimidade, a pesquisa avançará sobre a temática da implicação prática da teoria dogmática.

1.2 PARA ALÉM DO PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO POSITIVO: DA TECNOLOGIA DECISÓRIA À IMPLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DOGMÁTICA

Subsiste, no entanto, desde a modernidade, exatamente por conta da libertação do Direito daqueles fundamentos invariáveis, o problema da legitimidade do positivismo. Considerando que o ser humano, a partir de então, passa a ser visto em sua individualidade e não mais como simples grupamento humano, questiona-se de onde viria a autoridade necessária para justificar a emancipação pela dogmática de conteúdos axiológicos prévios. Com efeito, no mundo ocidental, esta legitimação vem perdendo a simplicidade que se revelava na referência a valores outrora fixados pela fé, pela razão ou pela natureza³².

Segundo Adeodato, a positivação “escamoteia o problema da legitimidade ao declará-lo fora do sistema jurídico ou ao equipará-lo instrumentalmente à legalidade [...]”. Aquela é tarefa do sistema político, não do jurídico. Sendo assim, o direito posto submete o

tomou, inicialmente, a forma de uma técnica elaborada que os romanos chamaram de *jurisprudencia*, caracterizada como um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando, sempre, fórmulas generalizadoras que constituiriam as chamadas doutrinas. Na Idade Média, sobretudo na época dos glosadores, àquela técnica jurisprudencial acrescentou-se ainda, como um ponto de partida para qualquer discussão, a vinculação a certos textos romanos, especialmente o *Código Justiniano*, o que foi dando às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética, base da Dogmática Jurídica. Com o advento do Racionalismo, nos séculos XVII e XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença nos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. No entanto, foi no século XIX que as grandes linhas mestras da Dogmática Jurídica se definiram. A herança jurisprudencial, a herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a Dogmática Jurídica, tal qual a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social. [...] nos últimos anos, a Dogmática Jurídica enfrentou uma declarada crise em relação às exigências políticas, sociais e econômicas de nosso tempo”, chegando aos fundamentos, o que vem tentando ser combatido, segundo o jurista brasileiro, há mais de quarenta anos. Para ele, “o problema atual, contudo, é ainda mais agudo na medida em que ultrapassa os planos exegéticos e se coloca ao nível da participação da Dogmática no desenvolvimento da sociedade, cujo processo de crescimento provocou uma enorme diferenciação no sistema jurídico, tornando-o extremamente complexo e altamente ramificado, com pontos de intersecção com outros planos sociais”.

³¹ Ibid., p. 3.

³² Ibid., p. 93.

conceito de legitimidade ao de legalidade das fontes formais, ao das regras estabelecidas pelos poderes constituídos. Sugerindo o ensinamento de Hanna Arendt em *A Condição Humana*, embora não o considere plenamente satisfatório, expõe que, se não é possível apelar para os fundamentos transcendentais, a legitimidade (autorreferência) dogmática estaria fundamentada na consideração da pessoa do outro, na intersubjetividade fixada em determinado contexto de tempo e lugar e no fato de exercer o direito o papel de organizador do espaço público³³.

Para Arendt, na igualdade moderna, a esfera social atingiu o ponto de controle em relação aos membros da comunidade, de forma que os homens conformaram-se em “compartilhar do ônus da jurisdição, da defesa e da administração dos negócios públicos”³⁴.

A construção de tal autoridade, desse modo, justificar-se-ia pelo consentimento comum dos indivíduos, razão pela qual, do ponto de vista político, as teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, em suas especificidades³⁵, servem de subsídio para fundamentar a construção dogmático-positivista sem apelar para questões transcendentais, mas com olhos voltados para as relações entre sociedade e indivíduo e, em última instância, entre Estado e indivíduo. Na linha de Dumont, a construção de um poder acima das pessoas só se justifica supondo-se o “consentimento comum” dos membros da associação³⁶⁻³⁷.

Enquanto a questão político-jurídica do fundamento do Direito marcou a teoria jurídica até o século XIX, já no século XX, o problema da legitimação do direito positivo – do questionamento acerca da submissão à legalidade estabelecida por poderes constituídos – continua, mas sob outras bases. As primeiras teorias positivistas, a despeito de não vislumbrarem aquela fundamentação em instância transcendente (“natural”), de certa forma a ela retornam em razão da investigação de base empírica, independente, que não se limitava às imposições do poder estatal³⁸. Seus fundamentos são, por assim dizer, tão metafísicos quanto

³³ Ibid., p. 116.

³⁴ ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983, p. 51.

³⁵ Adentrar, no entanto, nos fundamentos teóricos dessa temática não é objetivo do presente trabalho, que a eles faz referência apenas como justificativa política para cuidar da legitimidade não transcendente da dogmática jurídica.

³⁶ DUMONT, op.cit., p. 92.

³⁷ Dumont, acerca desse ponto específico, destaca: “A comparação entre as três grandes filosofias do contrato dos séculos XVII-XVIII confirma que o contraste entre associação e subordinação é, de fato, uma questão central”; destaca, em síntese, que “Hobbes espicha até ao seu ponto de ruptura o ponto de vista individualista e mecanicista, de modo a reintroduzir o modelo sintético de subordinação; Locke escapa à dificuldade emprestando ao direito privado a noção *trust*; Rousseau recusa-se a ir além da associação e transforma-a numa espécie de superordenação mediante a alquimia da ‘vontade geral’”. Todos, contudo, reconhecem a dificuldade em combinar individualismo e autoridade, em conciliar igualdade e poder como condição na sociedade ou no Estado (Ibid., p. 93).

³⁸ Ibid., p. 120.

a vontade geral, vez que defendem a existência de fontes prévias acima das fontes dogmáticas positivas³⁹.

No entanto, sobre ser necessário entender a sociedade contemporânea (e o próprio Direito) a partir do esvaziamento do conteúdo axiológico, em razão da fixação prévia de regras pelo sistema jurídico-positivo formado pela “ideologia” do grupo social vencedor – em determinado contexto de tempo e espaço –, esclarece Adeodato:

O problema central, segundo a tese aqui defendida, é que, embora o grosso das doutrinas contemporâneas que se concentram sobre a legitimidade tenham há muito enterrado os jusnaturalismos, elas ainda se debatem com alguns de seus legados [...]. O mais importante deles, para a temática abordada, parece ser a procura de um conteúdo universal como instância de referência para o poder jurídico-político⁴⁰.

Em outros termos, considerando que a legitimidade do Direito pode variar em função das condições temporais e espaciais do meio em que se produz, validando determinado dogma e afastando a ideia de conteúdo universal, não é possível, sem essa consideração pressuposta, perceber que, na contemporaneidade, diferentes reivindicações éticas podem se encontrar no interior de uma mesma posituação. O que não parece crível, sobretudo diante da complexidade social da contemporânea, é imaginar exclusividade dogmática de uma determinada visão de mundo.

Importa destacar, nesse passo, que a indagação jurídico-filosófica sobre os fundamentos primeiros do Direito irrompe exatamente a partir de insatisfações com o contexto social e político de uma época específica, sempre como forma de tentar corrigir ou dar novas feições ao direito posto pelo poder ou grupo social vencedor. Cuida, cada corrente

³⁹ Conquanto o aprofundamento teórico deste quadro do normativismo, da concepção do Direito como norma e como realidade, não constitua o objeto deste estudo, convém citar, entre outras, a classificação didática de Ferraz Jr. (1980, p. 78-79) sobre as escolas do pensamento jurídico deste período, as quais “guardam entre si diversas relações”: a Jurisprudência Sociológica; a exegese da Escola da Livre Investigação Científica e do Direito Livre; a Jurisprudência Axiológica; o Realismo Americano; o Realismo Escandinavo. Optando por um corte metodológico que evidencia o pensamento europeu até meados do século XX como instância de referência do próprio pensamento ocidental, Adeodato (op. cit., p. 50-70), com base em Jean Haesaert, identifica as fontes não-dogmáticas do Direito – aquelas que dão origem às fontes dogmáticas formais –, também denominadas de “fundamento de direito natural” (transcendente ou empírico), de acordo com as seguintes correntes jusfilosóficas: a Sociologia Católica e as Teorias da Instituição; as Filosofias Metafísicas (“com perspectivas semelhantes à religião, só que com pretensões de racionalidade universal e rejeição de critérios de revelação”); e as Concepções Cientificistas, entre as quais, o Positivismo Racionalista (a ordem jurídica advém da razão do homem), o Positivismo Empírico (que concorda com a eliminação do transcendente, mas não vê a lei como principal fonte do Direito) e o Fenomenologismo Jurídico (observar a essência do objeto).

⁴⁰ ADEODATO, op. cit., p. 114.

teórica, de reagir aos “constrangimentos sociais” a que certos indivíduos ou grupos estão submetidos⁴¹.

Diante disso, concentrando as preocupações sobre as fontes formais do Direito, certos de que os fundamentos anteriores são de difícil determinação, utiliza-se a tecnologia dogmática⁴² como forma de ultrapassar as elucubrações filosóficas adstritas à questão da legitimidade e, com tal pressuposto, entende-se ser possível estabelecer as bases para se alcançar a atual sobrecarga do Direito e, por corolário, do próprio Poder Judiciário, hoje assoberbado com decisões mediadoras das mais diversas orientações éticas, a despeito da base jurídica (positiva) comum.

Com efeito, restringir a discussão sobre a legitimidade do direito positivado significa, em última instância, estudar basicamente os interesses políticos, econômicos e sociais contrastantes com os do grupo social que, em determinado momento histórico da sociedade, sagrou-se vencedor na positivação de seus interesses. Afinal, como já assinalado, os diversos fundamentos transcendentais (naturais ou empíricos) sempre se colocaram (e se colocarão) em rota de colisão com as justificativas ideológicas então positivadas – para superá-las ou serem também com elas legitimadas. O conflito entre os interesses consagrados e aqueles que demandam consagração, como reflete a história moderna da humanidade, sempre existirá. Os termos dessa relação é que podem sofrer alguma transformação.

Tendo isso em mente, conquanto assim seja possível dar um passo adiante relativamente à investigação sobre as instâncias do direito positivo, destacando a autonomia do pensamento dogmático, deve-se observar a necessidade de não restringir o estudo da pesquisa ao dogma do sistema fechado enquanto tecnologia decisória de resolução de conflitos, mas, antes, procurar entender a implicação dessa teoria (dogmática) na prática e quais as consequências de positivar os interesses de determinado grupo social.

Essa preocupação de pensar além dos fundamentos – no sentido de ultrapassar o tema do confronto de forças pela positivação –, não pode se limitar à discussão entre os pressupostos (legitimação) e o dogma (procedimento), mas deve progredir sobre o significado de sua aplicação prática. Com efeito, considerando o natural controle social que a ciência de uma forma geral realiza, na medida em que garante segurança e certeza de expectativas sociais, a dogmática tem se revelado como teoria que se transforma em sistema ideológico,

⁴¹ ADEODATO, op. cit., p. 71.

⁴² Expressão desenvolvida por FERRAZ JR., op. cit., p. 89.

mascarado pela técnica⁴³. O que se positiva é a ideologia dominante, ainda que esse fato não fique claro e evidente, ante a característica abstrata do próprio Direito. Assim, é preciso perquirir de que modo o conteúdo jurídico positivado, na verdade a dogmática jurídica, relaciona-se com a realidade social (com a prática), controlando-a ideologicamente.

Conforme lembram Abboud, Carnio & Oliveira, o positivismo preocupa-se antes com a investigação teórica, suprimindo a *praxis* de sua esfera primeira de preocupação. No entanto, inobstante essa ordenação ocorrer de início num plano abstrato, depois se volta para os problemas de aplicação do Direito⁴⁴.

É exatamente nesse ponto que se apresenta a ideia de Adeodato de que, em que pese a positivação ser fruto da ideologia do grupo social vencedor, na contemporaneidade, em razão da positivação de diversos valores éticos distintos – pelo que não se pode mais identificar um valor (ideologia) predominante⁴⁵ – as ideologias (postas) entram em constante conflito. Em verdade, não há mais que falar em prevalência de determinados fundamentos éticos de um grupo social; na sociedade pós-moderna, há vários fundamentos, dos mais diversos grupos, positivados inclusive. Essa realidade acaba refletindo no Judiciário: seja através dos choques ideológicos (positivados) levados às barras deste Poder, seja em razão dos fundamentos éticos diversos dos próprios juízes. Nesse passo, ao tempo em que aparecem as mais diversas lides, tem-se, igualmente, as mais variadas decisões, consubstanciando o atual quadro de respostas jurídicas nitidamente conflitantes, a despeito da mesma estrutura normativa.

Diante desse contexto, Ferraz Jr. aponta para a crise do pensamento dogmático a partir do incremento da complexidade social, advertindo que, para solucionar as dificuldades localizadas numa complexa ampliação do horizonte futuro, em razão do aumento de incertezas numa sociedade cada vez mais diversificada do ponto de vista ético, a dogmática acentuou “o grau de abstração de sua conceitualidade”. Em outros termos, quanto mais complexa se torna a sociedade e, por consequência natural, os valores objeto de positivação, mais abstrato fica o Direito – e, portanto, a própria decidibilidade –, para poder enfrentar a evolução sócio-política crescente e o acolhimento dos mais diversos fundamentos éticos. A

⁴³ FERRAZ JR., op. cit., p. 8-9.

⁴⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2014a, p. 73.

⁴⁵ Impende destacar que, sobre ser predominante, longe está de significar falar em valor transcendental, senão predominância ideológica no direito posto, especificamente.

sobrecarga do Direito resultante desta multiplicidade ética positivada e os efeitos dela derivados serão abordados no item seguinte.

1.3 A DIVERSIDADE ÉTICA E A SOBRECARGA DO DIREITO: A ORIGEM DA “ERA DA DESORDEM” E DA INDETERMINAÇÃO DECISÓRIA

Vencida, nos termos propostos, a questão da legitimidade do Direito, deve-se ressaltar que a positivação não pode resumir o fenômeno jurídico a uma tecnologia decisória que se ocupa apenas da aplicabilidade da solução de conflitos. Com a advertência de Ferraz Jr. de que o pensamento dogmático atua como instrumento de controle da ação (de mascaramento do processo de formação da vontade) pelo menos desde a Era Moderna, período em que o evidente ético desaparece, o Direito se insere no contexto da luta pela imposição ideológica de um determinado grupo social no conteúdo do texto normativo⁴⁶.

Mesmo por isso, os grupos sociais que não tiveram seus interesses positivados, porquanto não consagraram a ideologia⁴⁷ circunstancialmente vencedora, permanecem fazendo pressão para serem trazidos para dentro do sistema. Instaura-se, com isso, um contínuo embate ideológico em torno do Direito⁴⁸, com vistas à dominação do pensamento dogmático, que é por si próprio condutor de uma ideologia, ainda que sob o manto da neutralidade tecnocrática.

Ferraz Jr. exemplifica essa disputa de valores nos seguintes termos:

[...] a percepção, num momento histórico, de que a proteção ao concubinato também era uma exigência de justiça, inerente ao ordenamento (pois a concubina afinal partilha com o seu parceiro de sucessos e fracassos comuns), só tem sentido quando o universo de expectativas ideológicas referentes ao sentido monogâmico da família sofre conturbações. Antes disso, a ideologia vigente não autorizava o jurista a ver a situação da concubina como um problema, ainda que os conflitos daí resultantes transparecessem⁴⁹.

⁴⁶ FERRAZ JR., op.cit, *passim*.

⁴⁷ Segundo Dumont (1985, p. 20), “ideologia é um “sistema de ideias e valores que tem curso num dado meio social”.

⁴⁸ Sobre ideologia e direito, com ênfase na figura do juiz, cf. FREITAS, Lorena. **Além da toga: uma pesquisa sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009a.

⁴⁹ FERRAZ JR. op. cit., p. 192.

O caráter ideológico do discurso jurídico, “que é um discurso de poder por excelência”, de acordo com Santos Jr., “é tão forte, tão acentuado, que até mesmo seu silêncio – o não dito, o velado, suas ausências – *fala*”⁵⁰⁻⁵¹.

Assim é que a dogmática jurídica constroi teoria com função social, com característica de intenção holística (não individual, na lição de Dumont), com uso declarado ou encoberto de valores, apontando para fundamentos de caráter ideológico e, em última instância, objetivando controle de comportamento. De acordo com Ferraz Jr., “a presença de valores [do grupo circunstancialmente vencedor] no texto dogmático faz dele um discurso eminentemente persuasivo, cuja força repousa na objetividade que pretendem manifestar”⁵². É a suposta neutralidade que escamoteia a ideologia da comunidade detentora de poder.

Esclarece Porto, referindo-se à lição de Chauí sobre a origem francesa (1801) do termo ideologia⁵³, que os positivistas assimilaram o termo e “o entenderam como um conjunto de conhecimentos teóricos, o que conduz ao entendimento que a prática é apenas uma replicação da teoria, acarretando o surgimento da tecnocracia [...]”⁵⁴.

Nesse contexto, em que pese a discussão sobre o conceito de legitimidade ter sido absorvida pela concepção de legalidade, à vista do que se considera a disputa pela fundamentação decorrência natural das insatisfações com o contexto social positivado – para derrogá-lo ou a ele se unir, em busca de legitimação –, a pós-modernidade exige que o jurista, sem discutir os conteúdos axiológicos (fundantes)⁵⁵, perceba a necessidade de atentar para o tratamento das diferentes éticas objeto de positivação; que leve em consideração os valores do outro, certo de que, na mira da advertência filosófica de Arendt, o poder se legitima na consideração da diferença intersubjetiva.

⁵⁰ SANTOS JR., Rosivaldo Toscano. **O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial: uma resposta hermenêutica**. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: 2013, p. 31.

⁵¹ Grifo no original.

⁵² FERRAZ JR., op. cit., p. 181-187.

⁵³ A despeito de sua relevância para a colocação do tema da atual sobrecarga do Direito, razão por que a compreensão de sua relação com a dogmática não pode ser ignorada, considerando o caráter prático do problema aqui estudado, deve-se ressaltar que a questão da ideologia não é o objeto central do trabalho; por isso mesmo, os seus contornos são apresentados na medida em que se reconhece o pensamento jurídico como instrumento de controle social, sem a intenção de aprofundamento teórico específico. Para este propósito, recomenda-se, entre outros, CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. Coleção Primeiros Passos. 13. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

⁵⁴ PORTO, Giovanni Magalhães. **Uma análise pragmática do controle da atividade jurisdicional nos Juizados Especiais**: as inconseqüências práticas da tomada de decisão vinculante no que concerne às taxas incidentes em contratos bancários. João Pessoa: 2014, p. 66-67.

⁵⁵ Destaque-se, contudo, que o pensamento dogmático do Direito não se apresenta totalmente indene às inferências sociológicas, políticas ou econômicas, fechado à crítica ou ao contato com os demais subsistemas sociais, pois, conforme destaca Ferraz Jr. (1980, p. 92), as questões da Dogmática podem também ser submetidas a “um processo (zetético) de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se através do estabelecimento de novas conexões facilitar e orientar a ação”.

Enquanto nas sociedades mais simples havia pouco espaço para a diversidade ética, apresentando-se de forma mais clara a ideologia dominante – como na passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal, com a consagração dos valores essencialmente burgueses em contraposição aos dos príncipes⁵⁶ –, o direito positivado da atualidade, em razão da complexidade das interações sociais (desde a revolução industrial) em um mundo globalizado e marcado pela tecnologia⁵⁷, demonstra que as concepções de mundo detém os mais diversos conteúdos valorativos.

É nesse contexto que se insere a categoria “sobrecarga ética do Direito”, de João Maurício Adeodato, trabalhada nesta pesquisa para auxiliar a compreensão do atual excesso de demanda perante o Poder Judiciário, que acarreta a expansão problemática da amplitude decisória e atrai a oportuna discussão sobre os precedentes judiciais; a saber, de que forma a doutrina do *stare decisis*⁵⁸ se insere no contexto da sobrecarga de demandas com a qual a dogmática jurídica moderna não lida perfeitamente – o que será tratado nos capítulos seguintes.

Para Adeodato, “com a pulverização da demais ordens éticas e seu esvaziamento de significado social e público, crescem as divergências hermenêuticas e exacerbam-se as funções do poder judiciário, em detrimento do legislativo [...]”⁵⁹.

Trazendo à baila a metáfora mitológica de *Proteu*, filho de Netuno e detentor do peculiar poder de mudar sua forma sempre que desejasse⁶⁰, pode-se afirmar que, na pós-modernidade, o ser humano tem a característica da mutabilidade, sendo difícil perceber sua “essência”, e sugere que esse ambiente mutante da sociedade – sobremodo na era da informação – reflete-se nas perspectivas retóricas do mundo contemporâneo; quer com isso consignar a realidade da pulverização ética e da mutabilidade dos sentidos e das interações

⁵⁶ Montesquieu, que pertencia à nobreza rebaixada pela concentração do poder absolutista francês sob o reinado de Luís XIV, e, portanto, foi influenciado pelos fatores reais da época, identificou na monarquia marcada pela desigualdade e estratificação social o substrato material da tese da limitação do poder. (SORTO, op. cit., p. 88)

⁵⁷ Na era da informação ou da sociedade do conhecimento, a geração, o processamento e a transmissão de dados constituem-se fontes fundamentais da produtividade e do poder. É tempo em que a disponibilidade dos meios tecnológicos promove profundas alterações nas relações sociais [...], sendo a *Internet* apenas um meio das novas e aceleradas comunicações interpessoais. (MELO, op. cit., p. 121)

⁵⁸ Segundo ABOUD (op. cit., p. 299), “o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra, quanto nos Estados Unidos”.

⁵⁹ Op. cit., p. 10.

⁶⁰ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 267-268.

sociais. Em consequência, a sociedade de proteus e a necessidade de tolerância sobrecarregam o direito positivo⁶¹.

Dumont, inspirado em Marcel Mauss, estudando sobre as diferenças entre sociedades e indivíduos, afirma que, na sociedade global, há entre seus componentes diferenças que devem necessariamente ser consideradas, e, não raro, um componente domina o outro. Nesse sentido, a distinção entre “nós e eles” é algo que se impõe, sendo problemática a tradução da cultura alheia para a linguagem daquela da qual fazemos parte. Esta realidade demonstra as dificuldades e as preocupações com as diferenças fundamentais de cada estrato social. Por isso, afirma que “as nossas rubricas mais gerais, como a moral, a política, a economia, aplicam-se mal às outras sociedades”⁶².

Nos dias atuais, a coexistência entre o individualismo e seu oposto impõe-se com mais força que nunca. Ora, “se a configuração individualista de ideias e valores é característica da modernidade”, na sociedade contemporânea, aspectos não individualistas decorrem, na essência, do fato de que o emprego mesmo dos valores individuais “desencadeou uma dialética complexa que teve por resultados, nos mais diversos domínios, e para alguns desde fins do século XVIII e começo do XIX, combinações em que eles se misturam sutilmente com seus opostos”⁶³.

Considerando as interações entre os diversos matizes éticos e interesses sociais na atualidade, verifica-se que as ideias dominantes, à medida que se propagam, recebem igualmente modificações que dão origem a novas formas. Estas, por sua vez, podem passar à dominância, figurando como elemento prevalecente do direito posto.

Segundo Dumont, a rigor, a ideologia moderna não necessariamente se debilitou ou diluiu; ao contrário, a heterogeneidade pode ter permitido a absorção pelo individualismo de elementos estranhos, intensificando a sua potência ideológica. O mundo de hoje, assim, é tecido com a interação de culturas, sendo que “o grande desafio contemporâneo aos valores modernos é constituído pela exigência, ou o problema, da solidariedade humana em escala mundial – nas relações entre povos e Estados”⁶⁴.

Diante disso, na contemporaneidade, o Direito passa a ser o ambiente ético comum – o ambiente de tratamento dos conflitos de valores – e, dada a possibilidade de sempre

⁶¹ BULFINCH, op. cit., p. 87-91.

⁶² DUMONT, op. cit., p. 13.

⁶³ Ibid., p. 29.

⁶⁴ Ibid., p. 209.

modificar rapidamente os conteúdos valorativos do Direito positivo⁶⁵, ocorre o que Adeodato define como “uma disponibilidade de conteúdos éticos nunca antes vista”⁶⁶. Sobrecarrega-se, por consequência, o Direito e a própria Jurisdição, enquanto encarregada das decisões concretas à vista da diversidade ética positivada.

Essa complexidade ética da sociedade proteu, fruto do complexo engendramento das relações sociais, forçou a Dogmática a acentuar a abstração da sua conceitualidade; a positivação ganhou conceitos cada vez mais vagos e indeterminados, exatamente para albergar a plêiade de valores reconhecidos como derivados do pulverizado poder circunstancial. É por conta desse quadro, e do risco que gera para a atuação concreta do Estado, que Ferraz Jr. salienta a ampliação do papel do arbítrio decisório, sem que a Dogmática possa mais fornecer parâmetros de controle, entreabrindo a dúvida a respeito de sua adequação para as exigências da complexidade social. Em outras palavras, com o aumento das incertezas, talvez essa forma de pensar o fenômeno jurídico tenha se abstrativizado (conceitualizado) tanto que se tornou difícil a ela própria fornecer parâmetros de controle das ideologias positivadas, gerando um sério problema de efetividade.

Diz-se, assim, e sem precisar retomar as concepções jusnaturalistas, que não há mais um fundamento ético predominante, senão vários, positivados inclusive – notadamente a partir dos movimentos constitucionalistas do século XX. Existe, desse modo, a despeito de eventual prevalência (ideológica) de determinado grupo social (capitalismo, v. g.), dentro da mesma estrutura jurídica, diversas concepções éticas em disputa fazendo crescer as divergências interpretativas e jurisprudenciais, em detrimento do que fixado genericamente pelo legislador. Isso porque, mesmo hoje em dia, os conteúdos (interesses éticos) positivados, aproveitando-se do fato de que a Dogmática se revela como instrumento de controle ideológico, tentam se impor, procurando eliminar os demais. A consequência prática disso é que a realização social do Direito tornou-se muito mais complicada que outrora.

Resume bem esse contexto fático de indeterminação que acaba existindo na hora da tomada de decisão a expressão “Era da Desordem”, do Presidente da Suprema Corte Argentina Ricardo Lorenzetti, de acordo com quem o Direito “está submetido a um processo crescente de materialização, ou seja, que se adota uma determinada decisão tendo em conta

⁶⁵ De acordo com Ferraz Jr., (op. cit., p. 199), “numa sociedade tornada complexa, formas difusas de controle são substituídas por instrumentos de atuação mais rápida e efetiva. O predomínio progressivo do Direito positivo, aquele que era posto por decisão, começa a alastrar-se, na medida em que era um instrumento ágil, o qual podia ser modificado ao sabor das necessidades e das mudanças dos valores sociais”.

⁶⁶ ADEODATO, op. cit., p. 91.

todas as espécies de critérios e concepções diferentes, que convivem de modo tenso e contraditório”⁶⁷.

1.4 O CONSTITUCIONALISMO PÓS-BÉLICO, A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A “CRISE DE INDETERMINAÇÃO DO DIREITO”: A VARIABILIDADE ÉTICA COMO PREOCUPAÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

É hoje senso comum teórico⁶⁸ dos juristas a ideia de que o positivismo jurídico, abandonando o mito da codificação casuística, cedeu lugar às normas de contornos abstratos, representadas por princípios e cláusulas gerais, o que ocasionou a concessão de ampla liberdade de atuação à magistratura⁶⁹. Impende desde logo registrar, no entanto, não ser suficiente asseverar que foram as normas indeterminadas que concederam liberdade decisória ao juiz. Antes, é necessário consignar, conforme tem sido construído neste espaço, que as normas (texto normativo) só tiveram aumentado o seu grau de abstração em razão da diversidade ética trazida para dentro do Direito positivo, como forma de tentar corresponder à complexidade das relações sociais da sociedade da informação⁷⁰.

Nesse passo, importa atentar para a influência dos movimentos constitucionais, especialmente da segunda metade do século XX, no processo de reconhecimento das diversas concepções éticas que sempre tencionaram o ordenamento jurídico em busca de positivação. Afinal, já se alertou, a despeito de as bases axiológicas das sociedades mais simples serem comuns, por conta da menor diversidade ético-cultural, na sociedade que se desenvolveu multicultural abriu-se espaço para a disponibilidade de conteúdos éticos variados; resulta, por isso, difícil defender o predomínio de um grupo de pessoas que pensem todos os temas da mesma forma.

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial – Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. Notas da trad. Claudia Lima Marques. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

⁶⁸ Com base nas lições de Luis Alberto Warat, Santos Jr. (op. cit., p. 34) define “senso comum teórico” como a denominação dada ao discurso de cunho acrítico e sem conteúdo investigativo e que domina o imaginário dos *profissionais do direito* vítimas dos discursos utópico-ideológicos. Um espaço através do qual uma boa parcela dos juristas segue crenças como se fossem verdades científicas e opiniões (*doxa*) se revestem dos status de conhecimento (*episteme*).

⁶⁹ Por todos, cf. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Instabilidade judicial: reflexos econômicos e precedentes judiciais vinculantes. **Revista Judiciária do Paraná**, ano X, n. 9, p. 18-38, maio 2015.

⁷⁰ Para Lorenzetti (op. cit., p. 50), sobre o hodierno mundo digital e as categorias espaço-temporais, “o caráter aberto, interativo e global da internet, somado aos baixos custos de transação que apresenta como tecnologia, produzem um grande impacto em uma ampla categoria de questões pertencentes à sociologia jurídica e, logo, na dogmática: a noção de tempo, espaço, fronteira estatal, lugar, privacidade, bens públicos, e outras que aparecem igualmente afetadas”.

Para Bustamante, fundamentando-se em Zagrebelsky, com a constitucionalização das grandes questões de justiça vivida nos últimos anos, “os princípios morais mais importantes passam a constituir parte do direito positivo de mais alto escalão”, razão por que as modalidades argumentativas do direito constitucional se abriram aos discursos metajurídicos⁷¹. Nas constituições, nos tratados e, por corolário, em todo o ordenamento jurídico, a linguagem assim aberta expandiu-se notavelmente⁷².

Douglas Price, Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, chega mesmo a dizer que o catálogo constitucional é móvel e se expande *entrópicamente*, de forma imprevisível, portanto. Para este jurista argentino, “[...] los problemas derivados de la expansión de los derechos a nivel de constituciones y tratados, que ha llevado al debate sobre el minimalismo constitucional”⁷³.

Assim, conquanto se saiba que o constitucionalismo não surgiu no século XX tampouco foi obra de uma grupo específico de juristas, senão produto de um processo histórico que se desenvolveu por séculos⁷⁴, com vistas a coibir os excessos do Poder Público, foi a partir do marco histórico da 2ª Guerra Mundial que o constitucionalismo contemporâneo⁷⁵ consagrou o Direito Pós-Bélico⁷⁶, cujo enfoque passa a ser a consagração de direitos fundamentais nos textos das Constituições, como forma mais severa de limitação do poder⁷⁷. A jurisdição constitucional então expandida, segundo Just, impõe-se como critério último de validade do direito positivo e amplia a sua importância para o funcionamento da vida política e social⁷⁸.

⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. XXIII.

⁷² LORENZETTI, op. cit., p. 172.

⁷³ PRICE, Jorge Eduardo Douglas. **La Decisión Judicial**. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 19.

⁷⁴ Suas raízes remontam à Idade Média, como ilustra a Carta Magna do Rei João Sem Terra de 1212 e sua tentativa de limitação do poder absoluto do rei.

⁷⁵ Ao conjunto de textos constitucionais que surgem após a segunda guerra dá-se o nome de *neoconstitucionalismo*, expressão oriunda do direito constitucional espanhol (ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014b, p. 85). Outros, no entanto, preferem a chamar o constitucionalismo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo, vez que a expressão neoconstitucionalismo representaria tão somente a superação do exegetismo, pela crítica antiformalista e a referência reiterada aos “valores”, e não um redimensionamento na práxis político-jurídica apta a implementar o verdadeiro *plus* normativo democrático; quer dizer, “[...] não é uma superação do paleo-jus-positivismo (exegetismo); mas os neoconstitucionalistas acham que é” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 298-299).

⁷⁶ Expressão cunhada por LOSANO, op.cit., p. 185.

⁷⁷ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2014, p. 250-256.

⁷⁸ JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. Trad. do autor. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42-43.

Politicamente, a estrutura jurídico-constitucional do Estado social se sobrepõe à do Estado liberal e produz novas e complexas dificuldades, de que são exemplos as antinomias resultantes do “conflito constitucionalizado de interesses e valores correspondentes a concepções antagônicas do Estado e da sociedade”; nesse contexto, é de se destacar a polissemia das leis, dando azo ao que Just denomina de “crise de indeterminação do direito” ou “textura aberta” justificadora da ampliação do poder do juiz⁷⁹.

O surgimento do Estado de Bem-Estar social, no início do século XX, ampliou o rol de direitos, garantindo outrossim os direitos econômicos e sociais. Os novos fundamentos do constitucionalismo social, calcado na dignidade da pessoa humana, contudo, somente viriam a se consolidar após a II Guerra, no segundo momento do Estado Social; a partir de então, no mundo ocidental, o valor da pessoa humana passou a irradiar nas relações jurídicas. Trata-se do momento em que valores éticos penetram as brechas da velha positivação, consubstanciando o que Piovesan chama de ética emancipatória dos direitos humanos, a qual exige “que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude individual e coletiva, suas potencialidades, sem violência nem discriminação”⁸⁰⁻⁸¹.

Desse modo, tem início, a partir da segunda metade do século passado, o movimento codificador dos direitos humanos, criando um sistema internacional positivado. Por isso, na atualidade, não parece mais necessário ir além da norma positiva, pois os denominados direitos naturais ou da pessoa foram de alguma forma incorporados nos sistemas jurídicos⁸². Conforme Freitas, a positivação dos direitos naturais, na prática, deu-se com a incorporação, nas cartas constitucionais, dos reclames característicos dos valores idealizados pelo jusnaturalismo⁸³.

Em síntese, Adeodato aponta que a busca pelo conteúdo material dos direitos fundamentais, no âmbito do Estado Democrático de Direito, ampliou a expressão direito fundamental no Ocidente: “começando com os direitos individuais, na tradição liberal, passa

⁷⁹ Ibid., p. 44.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008, p. 137.

⁸¹ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de capacidade civil. In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA, Raquel Moraes (coord.). **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 93-113. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=243>>. Acesso em: 17 ago. 15.

⁸² LORENZETTI, op. cit., p. 73.

⁸³ FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Fundamentais**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 237.

aos direitos sociais à saúde, estendendo-se até o direito dos transportes urbanos, apenas para dar um exemplo”⁸⁴. Os próprios direitos internacionais passaram pelo caminho da positivação, sendo disso exemplo, na realidade brasileira, a abertura do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e, mais recentemente, após a Emenda Constitucional nº 45/2005, a do parágrafo 3º do mesmo dispositivo⁸⁵. Explica-se, assim, com a extensão dos direitos fundamentais, como se chegou na problemática atual que trouxe à baila a questão da ampla liberdade decisória do magistrado.

É nesse contexto que Abboud, Carnio & Oliveira falam de uma revolução no nível teórico do Direito, no sentido de reconhecer, em face dos movimentos que levaram ao totalitarismo da primeira metade do século XX, um deslocamento metodológico em direção à decisão judicial, de forma que as questões sobre interpretação passam a ocupar o centro das atenções⁸⁶.

Corroborando essa mudança de perspectiva, Just assevera:

[...] o esplendor da problemática da interpretação na cultura contemporânea é paralelo ao processo especificamente jurídico de precipitação da crise de indeterminação do direito, processo esse ligado a uma série de transformações institucionais e que conduz progressivamente a um deslocamento do olhar do jurista teórico em direção ao momento da aplicação, e portanto da interpretação em detrimento da primazia antes concedida ao momento legislativo⁸⁷.

No ponto, arremata Freitas que, no século XX, como corolário da crise da razão, há o retorno vigoroso do ceticismo filosófico, como negação à ilusão do positivismo formal garantidor de segurança jurídica. Surge em diversos países um tipo de reação intelectual, sob ares humanistas, que tentou abrir o direito ao debate ético e axiológico: o crescimento da valorização do problema humano, do ponto de vista político e ético, “acabaria por tornar insatisfatórias as formalidades do positivismo jurídico”⁸⁸.

⁸⁴ ADEODATO, op. cit., p. 126-128.

⁸⁵ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

⁸⁶ ABBoud; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 73.

⁸⁷ JUST, op. cit., p. 55.

⁸⁸ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de Doutorado. Recife: 2009b, p. 121.

Assim, com a pulverização das ordens éticas (sobrecarga ética) mormente a partir da difusão dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, crescem as divergências hermenêuticas e, conseqüentemente, ampliam-se as funções do Poder Judiciário. Os fundamentos da decisão, com efeito, já que os textos positivados ampliaram os conteúdos valorativos internos, passam a se apresentar mais elásticos, sobrecarregando de demandas aquele Poder. Como os textos do direito posto são cada vez mais elásticos e vagos e fornecem os referidos fundamentos da decisão, tem-se como provável que as convicções subjetivas do julgador acabem por desempenhar papel central na solução de conflitos⁸⁹.

Diante da sobrecarga ética do Direito, em função da positivação das mais diversas concepções ideológicas, ainda que se conceba a predominância de determinada ética circunstancial – e sem desconsiderar as tentativas de eliminação das demais visões do mundo⁹⁰ –, verifica-se que os conflitos derivados dessas tensões acabam por aportar no Judiciário, influenciando juízes em diferentes épocas, sobrecarregando-o, portanto. Ora, se o Direito, nas sociedades mais simples, era o instrumento (ideológico) agregador, hoje, em razão da diversidade ideológica positivada, ele passa a ser tanto mais o palco dos conflitos, não simplesmente a máquina ou a tecnologia de sua resolução.

Tal como adverte Lorenzetti, no passado havia um acervo cultural comum, mas, em um sistema tão aberto como o que há pouco se descreveu, tudo é possível, qualquer argumentação parece legítima e as referências ao texto são meramente instrumentais “para fundamentar uma decisão que já foi tomada antes mesmo da sua leitura”⁹¹⁻⁹². A discricionariedade do juiz, assim, toma assento e passa a ser o foco primeiro da teoria jurídica. O exame dos problemas jurídicos passa da teoria da norma à teoria da decisão, rompendo com as chamadas ilusões jurídicas centralizadas na atividade do legislador⁹³.

⁸⁹ ADEODATO, op. cit., p. 5.

⁹⁰ George Browne, ao prefaciar *A Retórica Constitucional*, de João Maurício Adeodato, apresenta uma síntese lapidar, que vale ser transcrita: “Com efeito, nos estudos constitucionais, os direitos humanos fazem emergir uma situação problemática, especialmente quando se percebe a retórica dos direitos humanos globalizados, usados estrategicamente para impor uma ética capitalista eurocêntrica ou norte-americana sobre outra sociedade ou cultura, eliminando-se o fundamento mínimo ético da tolerância na metodologia retórica. Evidencia-se o paradoxo que é a busca por se estabelecer um conteúdo material de direitos humanos no Estado Democrático e de Direito, no qual o que deve valer são as regras e o procedimento”.

⁹¹ LORENZETTI, op. cit., p. 68.

⁹² Esta afirmativa é corroborada por Lorena Freitas (op cit., *passim*), para quem os juízes decidem e, depois, buscam normas para justificar suas decisões. Segundo ela, na linha do realismo jurídico norte-americano – teoria de resistência ao formalismo da cultura jurídica exegética –, essa concepção está longe de defender um desprezo à atividade legislativa (arbitrariedade/decisionismo), mas a considera, tomando-a como moldura normativa, ao lado de fatores sociológicos, psicológicos, entre outros (discricionariedade do julgador).

⁹³ FEITOSA; FREITAS; BASTOS; op. cit., p. 18.

De toda sorte, como forma de assegurar a limitação do poder e, em última instância, a preservação dos direitos fundamentais, o constitucionalismo desenvolveu o mecanismo do controle de constitucionalidade, permitindo aos juízes a concretização normativa, para todo o sistema, dos valores (conteúdos éticos) consagrados na Constituição. Não sendo o detalhamento específico dessas formas de controle o intuito deste trabalho, será abordado, no caso particular do Brasil, o contributo do controle difuso – aquele realizado perante o caso concreto por qualquer magistrado – para a insegurança e a instabilidade das decisões judiciais na realidade que evoluiu do constitucionalismo pós-guerra.

Impende ainda destacar, por fim, de acordo com a lição de Just, que a mobilização em torno da decisão judicial nesse contexto de variabilidade ética positivada é medida comum tanto para o sistema jurídico de tradição continental (*civil law*) quanto para a tradição anglo-americana (*common law*)⁹⁴. Em outras palavras, a consequência da sobrecarga ética do Direito não é uma temática enfrentada tão somente pelos ordenamentos ligados à tradição romano-germânica, senão também por aqueles da tradição anglo-saxã. Este fato é com mais razão percebido quando se destaca na doutrina mundial a aproximação cada vez maior entre as duas famílias: a crescente valorização do direito positivado por países da *common law* caminha ao lado da adoção de institutos com caráter vinculante de origem jurisprudencial por componentes da *civil law*.

Nesse sentido, destaca Posner:

[...] quanto mais diversificado for o judiciário, mais difícil será prever o resultado dos casos de direito legislado e constitucional se o resultado depender de uma comparação das consequências. Contudo, tendo em vista que o judiciário norte-americano é e vai continuar sendo diversificado, a dedicação renovada à ‘interpretação’ seria uma melhor solução [...]⁹⁵.

Desse modo, pode-se afirmar que a ampliação dos paradigmas de interpretação decorrente do fenômeno jurídico-político da posituação dos direitos fundamentais alcançou não somente a vertente da tradição jurídica fundamentalmente legislativa, mas também os caminhos jurisprudenciais da *common law*⁹⁶.

⁹⁴ JUST, op. cit., p. 55.

⁹⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 403.

⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009, p. 41.

À luz desse pressuposto ético implementado pelo constitucionalismo contemporâneo é que se entende viável falar em liberdade de atuação da magistratura e, por corolário, na ideia de controle da discricionariedade (da sobrecarga ética do Direito). A simplificação ou redução do problema à mera perspectiva anteposta da abstrativização (conceitualização, nas palavras de Ferraz Jr.) da dogmática jurídica – como se fosse este o ponto de partida da questão –, sem considerá-la decorrência da própria evolução e complexidade social, não parece ser o melhor caminho para se entender as consequências práticas da atuação expansiva do Poder Judiciário nos dias atuais. A subseção a seguir discorrerá propriamente sobre o imprescindível “constrangimento a fundamentar” exigido como elemento de controle diante do decantado quadro de elasticidade decisória.

1.5 O “CONSTRANGIMENTO A FUNDAMENTAR” E A RACIONALIDADE CONSTRUTORA DA DECISÃO JUDICIAL

1.5.1 A ponderação do “elemento antropológico” e a crítica pós-positivista ao estudo meramente abstrato da norma jurídica: a construção de significado pela decisão judicial concreta

A preocupação com a discricionariedade⁹⁷ judicial não é novidade decorrente do constitucionalismo pós-guerra. A teoria jurídica, talvez não com a ênfase dada pelas teorias da decisão aos atos de interpretação e aplicação, há muito se ocupa deste tema, pelo menos desde a superação do positivismo formalista do século XIX a partir do enfoque na vontade do decisor (normativistas) como forma de aperfeiçoar o rigor da exegese, segundo construiu Hans Kelsen⁹⁸.

No contexto da guinada do Direito para o momento da aplicação, denunciando que o subjetivismo do juiz, para Kelsen, era um dado contingencial, o pós-positivismo critica as teorias que seguiram o positivismo normativista⁹⁹, para se afirmar como teoria ou paradigma capaz de enfrentar o caos interpretativo sobrelevado com a sobrecarga ética do neoconstitucionalismo; afinal, a perspectiva expansionista do Poder Judiciário vincula-se diretamente com o novo movimento constitucional. Streck chega a falar em algo comparado

⁹⁷ Durante muito tempo, na fase do positivismo exegético (legalismo), a discricionariedade em pauta foi a do legislador revolucionário, que tinha liberdade para impor o Direito.

⁹⁸ Cf. a sua *Teoria Pura do Direito*, obra publicada inicialmente na década de sessenta (KELSEN, op. cit.).

⁹⁹ Lenio Streck denomina *neopositivistas* as teorias (analíticas e seus correlatos) que apostaram na discricionariedade do juiz para solucionar as insuficiências ônticas do direito (STRECK, op. cit., p. 204).

ao “estado de natureza hobbesiano – uma espécie de Estado de natureza hermenêutico”¹⁰⁰. Os pós-positivistas propõem, ao cabo, sem admitir como um fim em si mesmo, a superação do positivismo e do pensamento dogmático¹⁰¹; mais precisamente, objetivam superar o positivismo normativista que, sob a batuta do intérprete, continuou a apostar no subjetivismo – a despeito de tentar “racionalizá-lo” –, mantendo a não distinção entre texto e norma¹⁰².

Criticando a manutenção da discricionariedade na base da compreensão do Direito, escreve Streck:

[...] A diferença é que agora não se realiza mais uma pirâmide formal de conceitos para apurar o sentido do direito positivo; ao revés, utiliza-se o intérprete como “canal” através do qual os valores sociais invadem o direito, como se o sujeito que julga fosse o fiador de que as regras jurídicas não seriam aplicadas de uma modo excessivamente formalista¹⁰³.

Impende esclarecer, de logo, que não é pretensão desta pesquisa estudar os fundamentos e as diversas teorias pós-positivistas em suas especificidades, senão, apenas, verificar a perspectiva com a qual os juristas contemporâneos lidam com o aumento da discricionariedade judicial levado a efeito pela exacerbação ética trazida para dentro do ordenamento jurídico com o neoconstitucionalismo¹⁰⁴. Em consequência, será possível abordar a tese central deste trabalho, qual seja, perquirir em que medida a ampla indeterminação decisória (no limite, o *caos enunciativo-decisório*¹⁰⁵) decorre da aproximação normativa do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema dos precedentes judiciais da tradição da *common law*, no contexto da sobrecarga ética do Direito. Em outras palavras, de que modo, mesmo na particular tradição romano-germânica do Brasil, o parâmetro jurisprudencial, e não

¹⁰⁰ STRECK, op. cit., p. 304.

¹⁰¹ Por todos, ABOUD, 2014, p. 94. Nesse sentido, Streck (op. cit., p. 947) resume: “O equívoco do pensamento dogmático é pensar que um conjunto de enunciados (categorias) explicativos acerca do direito, postos-à-disposição da comunidade-jurídica, é suficiente para compreender o processo interpretativo/aplicativo do direito. Assim agindo, o pensamento dogmático entifica o ser do direito. Ora, não é possível transformar o ser em um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores, nem explicá-los através de conceitos inferiores”.

¹⁰² Conforme MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: Introdução à teoria e à metódica estruturantes. Trad. Ana Paula Barbosa. São Paulo: RT, 2013, p. 10, “os discursos antipositivistas do século – a Escola do Livre Direito até o sociologismo e a análise econômica do direito, da Hermenêutica até a teoria do discurso neufrankfurtiano – caem na armadilha do paradigma positivista, neste sentido, não superado. Eles corrigem em cima de fenômenos de superfície, não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma”.

¹⁰³ STRECK, op. cit., p. 204.

¹⁰⁴ Importa consignar que consideramos o neoconstitucionalismo como o movimento do Estado Constitucional no período posterior à 2ª Guerra Mundial, que não se contrapõe, a rigor, ao constitucionalismo da Estado Liberal, mas dá continuidade ao processo jurídico-político de limitação do poder. Cuida-se de fenômeno político-jurídico que não se confunde com o paradigma filosófico do pós-positivismo, distinção esta não percebida por parte considerável da doutrina. Cf. ABOUD, Georges, op. cit., p. 86.

¹⁰⁵ Cf. Capítulo 2.

somente o texto normativo, insere-se no contexto da integridade e da coerência do sistema de direito pátrio.

Parte da doutrina, inclusive, afirma que é em razão dessa aproximação ao sistema de precedentes que tem se estruturado a preponderância do Poder Judiciário, no contexto do constitucionalismo contemporâneo; que a preponderância do Terceiro Poder tem sido entendida “como uma aproximação ao sistema de precedentes”¹⁰⁶. Entende-se, contudo, pelo menos no Brasil, exatamente no sentido contrário: esse fenômeno é decorrência da necessidade de “controlar” essa primazia da discricionariedade que hoje grassa entre os juízes e que os alçou à dianteira no enfrentamento dos fatos sociais e políticos, e com ela não se confunde.

Afinal, conforme destaca Krell:

A crescente constitucionalização da ordem jurídica [...] leva inexoravelmente à judicialização de assuntos que antes eram considerados políticos e, por isso, apenas dependentes de decisões legislativas. O crescente caráter principiológico e retórico das normas do Direito torna o Judiciário, cada vez mais, o “portador dos grandes sentidos normativos”. Nesse cenário, há quem alegue que a própria vagueza dos conteúdos dos direitos fundamentais teria aberto as portas para decisões pouco racionais dos tribunais, de acordo com as preferências dos juízes, cujo protagonismo estaria substituindo cada vez mais as decisões parlamentares¹⁰⁷.

Diante disso, convém de pronto clarificar que a expressão pós-positivismo é polissêmica, podendo ser compreendida de diferentes modos. Conquanto em regra associada à mudança da forma de aplicação do direito e à superação do positivismo jurídico, é preciso dizer que, ao lado da concepção estruturante de Müller – pioneiro em demonstrar as premissas do fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade –, autores como Bustamante entendem o pós-positivismo como uma teoria jurídica que seja a um só tempo descritiva e prescritiva, ou seja, “uma teoria dotada de pretensões normativas, que veja o Direito como uma prática social argumentativa e que esteja preocupada não apenas em descrever essa prática, senão também

¹⁰⁶ Por todos, SANTOS, Bruno Calife dos; BARROS, Clauber. Aproximação dos sistema de precedentes no contexto brasileiro: uma análise crítica a partir do instituto da súmula vinculante. **Anais do V CONGRESSO DA ABRASD**, Vitória, ACA, 2014, p. 1731. Disponível em:

http://media.wix.com/ugd/203511_b7060c02cce54d20b75e7be2794a7188.pdf. Acesso em: 2 jul. 2015.

¹⁰⁷ KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos – o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 138.

justificá-la com razões”¹⁰⁸. Para estes, deve-se ir além da moldura fechada do positivismo jurídico e desnudar os juízos morais que têm lugar na aplicação do direito.

A despeito dos méritos de outras concepções, quer-se aqui atentar para a faceta pós-positivista que, tomando como norte as consequências dos movimentos que levaram aos totalitarismos da primeira metade do século, passou a ponderar o “elemento antropológico” que era desconsiderado pelo positivismo anterior. Autores como Friedrich Müller colocam a reflexão jurídica junto “a questões relativas ao saber prático, em detrimento do semanticismo que predominava nas teorias positivistas”¹⁰⁹.

Nesse sentido, ao trabalharem o conceito de “elemento antropológico” exurgente do contexto político-jurídico do pós-guerra, os pós-positivistas também recorrem à sobrecarga ética do Direito para justificar a necessidade de se afastar do estudo meramente abstrato, semântico e autônomo da norma jurídica; em verdade, para criticar os partidários do excesso de subjetivismo que se imiscuiu na teoria jurídica. Segundo o próprio Müller, “a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial”¹¹⁰. Deve-se cuidar, assim, de conceber o trabalho jurídico sem a ilusão de que os textos nas leis e nas constituições sejam a própria norma.

Nessa quadra da análise, impende afirmar que há de fato doutrinadores que, partindo do paradigma pós-positivista, dizem encontrar uma resposta (hermeneuticamente) adequada aos fatos jurídicos, ainda que afirmando não se tratar de uma busca pela verdade ontológica. Trata-se de crítica atual ao pensamento dogmático-positivista, que parte da ideia de que a aferição da conformidade com a Constituição exige uma pré-compreensão acerca dela e de seu sentido, para desvelar o caso concreto, no momento da *applicatio* (círculo intrínseco do conhecimento, da interpretação e da aplicação)¹¹¹. Fundada na exigência de respostas corretas no Direito, essa corrente doutrinária pretende “produzir critérios para a afirmação de certeza e

¹⁰⁸ BUSTAMANTE, op. cit., p. 167-168.

¹⁰⁹ Cf. ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 73-74.

¹¹⁰ MÜLLER, op. cit., p. 135.

¹¹¹ Por todos, e entre nós, enfrentando a sobrecarga ética do Direito a partir da “matriz teórica da ontologia fundamental, adaptada ao direito”, Lenio Streck e sua Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito (NCD).

objetividade no processo de interpretação e compreensão” como forma de refutar o poder discricionário dos juízes¹¹².

Ainda nesse passo, os partidários dessa corrente criticam o fato de que não basta reconhecer a necessidade de aplicação concreta da “norma”, se o objetivo ainda é a conformação de um processo subsuntivo de acoplamento ao caso, e não um processo interpretativo para descobrimento do sentido da coisa mesma em cada situação fática.

No ponto, contudo, a pesquisa se alinha ao entendimento segundo o qual, nada obstante limite o texto legal e mesmo o constitucional a concretização da “norma” – de forma a não poder se decidir em qualquer direção –, e ainda que seja possível separar a polissemia mais nitidamente admissível da inadmissível, não é crível imaginar que o procedimento jurídico de decisão leve necessariamente a uma única solução correta¹¹³.

Neste momento, já se sabe que a distinção entre texto e norma decorreu da própria complexidade da sociedade contemporânea, detentora de uma variabilidade ética – pelas razões descritas – bem maior que a ideologia dominante das sociedades mais simples. Antes, a previsão do texto parecia suficiente para tratar dos problemas concretos; hoje, não mais. Conforme anota Beltrão, a atual diversidade social e cultural mostra-se incompatível com um sistema jurídico hermético e rígido com pretensão de regular todas as condutas sociais. A melhor solução, por consequência, é a que se extrai do caso concreto¹¹⁴.

Por isso mesmo, a despeito da essencialidade de compreender o Direito à luz do caso concreto, e sabendo que o texto normativo deve ser concebido como ponto de partida para a construção da norma jurídica, a grande questão passa a ser como resolver o caso concreto, como construir a significação da norma jurídica, já que as diversas concepções éticas positivadas entram em constante conflito, os quais se refletem na própria formação dos juízes. A forma como tornar plenos de sentido os textos normativos para resolver litígios levados à apreciação do Judiciário é o desafio, pois os juristas, ainda quando tenham suas próprias concepções, devem ser capazes de compreender a diversidade, transcendendo sua própria formação para contribuir em favor de uma sociedade mais integrada¹¹⁵.

¹¹² STRECK, op.cit., p. 209.

¹¹³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

¹¹⁴ BELTRÃO, Taciana. O conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva e o silogismo retórico das decisões judiciais. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009, p. 207.

¹¹⁵ LORENZETTI, op. cit., p. 38.

O problema, destaca Adeodato, “é que, para esta junção de texto com realidade, ‘concretização’, um ponto de orientação específico precisa ser mais bem definido”¹¹⁶. A decisão não basta ser lógica, tem que fundamentar a sua conexão com o texto previamente fixado, com vistas a trabalhar a complexidade social, afastando-se da interpretação meramente subjetiva ou discricionária. Assim, ciente de que existem valores diferentes, mas que todos devem ser respeitados, a decisão judicial, de acordo com Lorenzetti, “deve adotar uma atitude baseada na persuasão, na análise focada em problemas e na busca de sua pacificação, em vez da imposição de uma verdade determinada ou da sua verdade”¹¹⁷.

Em outros termos, conquanto sejam os textos pontos de partida e limite de concretização, o fato é que o que essas fontes do Direito querem dizer vai depender de como os operadores as entendem diante do caso concreto. O Direito se molda a partir disso. O juiz, com efeito, parte de um texto válido cujo significado é determinado por ele próprio. A maior dificuldade da teoria da decisão, portanto, situa-se precisamente no momento da concretização, da reunião do texto com a realidade. É preciso, por isso, mostrar a racionalidade construtora da fundamentação, porquanto “não há um significado (sentido e alcance) prévio próprio e adequado em quaisquer textos. O significado só será determinado após o trabalho interpretativo”¹¹⁸.

É nessa perspectiva da inegabilidade dos pontos de partida, princípio da proibição da negação segundo também definiu Ferraz Jr.¹¹⁹, que se pode apreender a ideia de Müller segundo a qual a superação do positivismo não é um fim em si mesmo, sendo necessária a manutenção de sua tecnicidade¹²⁰. Por isso, é recomendável bastante zelo com o uso de expressões que, genericamente, falam em derrocada do positivismo jurídico ou do pensamento dogmático.

Citando Müller, e apontando que muitas vezes se abandona a legalidade vigente, observa Abboud que “[...] a partir do momento em que são positivados no texto constitucional, os direitos fundamentais passam a ser considerados direito vigente, adquirindo

¹¹⁶ ADEODATO, op. cit., p. 151.

¹¹⁷ Ibid., p. 38.

¹¹⁸ ADEODATO, João Maurício. **A construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre ética e direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, Minas Gerais, n. 3, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/issue/view/169>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹¹⁹ Ibid., p. 95.

¹²⁰ Cf. ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial** – O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 94; ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

caráter estatal-normativo, por consequência, sua obediência significa respeitar o próprio direito positivo”¹²¹. O equívoco da atualidade é que, não raras vezes, abandona-se por completo a legalidade vigente para alcançar a decisão particularmente desejada no caso concreto, gerando grave insegurança jurídica.

Assim é que, para Bustamante, fundamentando-se no ponto nas ideias de MacCormick, uma teoria jurídica adequada não deve ser antipositivista, mas pós-positivista, na medida em que não deve romper com a tradição positivista e seus critérios de identificação do Direito válido, senão podar seus excessos e reconhecer que o pensamento jurídico deve ser racional¹²². O próprio Streck, crítico fervoroso do pensamento dogmático, em razão de seu caráter “objetificante” e “entificador”, reconhece que “não há direito sem dogmática jurídica”¹²³.

Essa advertência foi apresentada por Tércio Ferraz Jr. desde a década de 80, quando observou que, a partir da oposição entre norma e realidade, deve-se ter consciência da necessidade constante de rever o pensamento dogmático, porque “o Direito, não repousando apenas nas suas normas, mas tendo outras dimensões, vai exigir da Dogmática Jurídica uma reformulação constante dos seus próprios conceitos”¹²⁴.

Por isso, não incorrendo no erro do abandono da legalidade vigente, pois um argumento só vale na medida em que se reporta a fontes do Direito pertinentes, válidas e vigentes, tampouco na consideração conceitualizada do caso concreto, os juízes devem se submeter ao “constrangimento a fundamentar”. Trata-se da responsabilidade funcional, na sociedade contemporânea, de justificar suas decisões, apresentar racionalmente a solução para os problemas jurídicos, a fim de que o processo decisório possa ser mentalmente refeito, controlado pelos outros¹²⁵.

1.5.2 Da necessidade de explicitação dos “paradigmas” do aplicador e os precedentes judiciais como elemento de entrada do processo decisório, inclusive nos ordenamentos de matriz romano-germânica: crítica à fundamentação casuística do Poder Judiciário brasileiro.

¹²¹ ABBoud, op. cit., p. 94.

¹²² Ibid., p. 543.

¹²³ Ibid., p. 946.

¹²⁴ Ibid., p. 79.

¹²⁵ MÜLLER, op. cit., p. 13.

Nesse contexto, diante da preocupação de desvelar a fundamentação decisória, não concebendo à interpretação o atributo da incontrolabilidade, alguns pós-positivistas contemporâneos defendem a ideia de que o texto normativo sempre já traz “em si” um compromisso, o qual é antecipado por nossa pré-compreensão¹²⁶ intersubjetiva da tradição do mundo em que vivemos e que, mesmo por isso, vai regular a interpretação, revelando a verdade hermeneuticamente adequada. Interpretar é explicitar o compreendido que sempre acontece antecipadamente, independentemente de nossa vontade, em razão da estrutura prévia de sentido que temos da Constituição¹²⁷; é esclarecer as condições sob as quais ocorre a compreensão a partir do sentido que já se tem, pela tradição que engendrou o Estado Democrático de Direito (preocupação com os direitos fundamentais, essencialmente), do texto constitucional¹²⁸.

Segundo Streck,

[...] o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condições de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete¹²⁹.

Assim, segundo essa corrente, se o jurista (brasileiro) compreende autenticamente a tradição que formou a Constituição do Estado Democrático de Direito (paradigma constitucional pós-bélico), afastando-se da nossa história jurídico-política que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, na aplicação do Direito no caso concreto dar-se-á o aparecimento da resposta correta (adequada). E se todas as respostas devem se mover à vista desse horizonte, elas tem uma raiz comum, que vem a ser o elemento de unidade. A explicitação da compreensão (argumentação ou justificação) é que pode variar de acordo com o intérprete e suas contingências. Mesmo assim, considerando o enraizamento comum – do qual não se pode afastar, sob pena de não se encontrar a resposta adequada ao problema –, daí falar-se que a decisão só será legítima se estiver situada na “cadeia de decisões”¹³⁰.

¹²⁶ Autores como Giovanni Magalhães Porto e Eduardo Rabenhorst preferem a expressão pré-conceito a pré-compreensão, pois reconstituir o significado desta última significaria ir muito longe, a questões filosóficas mais agudas, com risco de desvio do tema em debate. (PORTO, op. cit., p. 50; RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. **Prim@ Facie**, João Pessoa, ano 2, n. 2, jan.jun.2003. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4405>. Acesso em 29 ago. 2015).

¹²⁷ Por todos, no contexto do direito brasileiro, Lenio Luiz Streck e os seguidores da Crítica Hermenêutica do Direito.

¹²⁸ STRECK, op. cit., *passim*.

¹²⁹ Ibid., p. 315.

¹³⁰ Ibid., p. 268-270; 317-318.

A resposta adequada seria aquela que, compreendendo previamente o sentido constitucional construído a partir do pós-guerra (calcado essencialmente nos direitos fundamentais), e ultrapassando a tradição inautêntica que desconsidera o processo de formação político-jurídica¹³¹, possa revelá-lo no momento da interpretação. Em razão da sujeição à pré-compreensão, à tradição intersubjetivamente constituída, poder-se-ia falar em vinculação hermenêutica.

Isso não obstante, sem desconsiderar que a carga de sentido (histórico) da Constituição acompanha o intérprete, defende-se nesta pesquisa que as diversas concepções éticas introduzidas pelo constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo, para alguns) não permitem extrair uma homogeneidade pré-compreensiva tal qual se apresentou há pouco. A ética emancipatória dos direitos humanos trazida pelos movimentos constitucionais do século XX consagrou a positivação de concepções de mundo variadas, pulverizadas até. Conforme já se destacou na *subseção 1.2*, com a positivação dos direitos fundamentais na contemporaneidade, não parece mais possível falar em predominância ética de um determinado grupo social, por mais que continuem as disputas éticas por positivação.

Para Sarmento, numa sociedade plural, coexistem visões diversas do mundo, em função do que cada uma delas disputa seu espaço e isso se reflete na fragmentação decisória¹³². Nesse sentido, Adeodato menciona, referindo-se à Constituição brasileira de 1988, que as inevitáveis indefinições hermenêuticas decorrem de um texto relativamente extenso e socialmente multifacetado, cujas divergências devem ser dirimidas pelo Poder Judiciário – “último plano para fixar o conteúdo específico de um texto constitucional e, por extensão, de qualquer outro texto normativo, transformando-os em norma jurídica [...]”¹³³.

A questão, assim, é que não se pode estruturar a pré-compreensão de forma homogênea, como se a apreensão da tradição constitucional fosse um todo incindível, não conformado pela integração de diversos conteúdos éticos – todos, em suas distinções, geradores do sentido da Constituição. E este sentido, aqui se defende, precisa ser apreendido a partir do pressuposto da variabilidade ética que o constitui.

¹³¹ Conforme Streck (op. cit., p. 934), “estamos em face de um texto constitucional riquíssimo em direitos – que ainda corre o risco de se tornar meramente simbólico – sem a necessária correspondência de políticas públicas aptas a promover as diretrizes constantes na Constituição”. Trata-se do que o jurista gaúcho chama de problema de “baixa constitucionalidade”.

¹³² SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOIM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311.

¹³³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-142.

Já se ressaltou, a propósito, que a relação entre o texto e o caso concreto é a mais importante no direito contemporâneo, pois, sendo o texto o elemento de entrada da norma jurídica, e sabendo que seu significado é dado pelo próprio juiz, a sua concretização (junção de texto com realidade) demanda necessária explicitação, para que se exponha como se concebe significado às fontes do Direito, notadamente os textos legislativos.

É por isso que os “paradigmas” de Lorenzetti podem, sem desconsiderar ou mesmo destruir a “tradição”, representar os distintos conteúdos éticos nela positivados e que precisam ser tomados em conta no momento da apreciação do caso concreto. Registrando que o vocábulo tem sentidos diferentes, Lorenzetti faz referência aos paradigmas “como modelos decisórios que têm um *status* anterior à regra e condicionam as decisões”¹³⁴. Sendo o raciocínio (“ideologia”) anterior ao conflito, sua existência não é necessariamente um problema, senão a sua ocultação e a falta de debate sobre ela¹³⁵. Nesse sentido, afirma Porto que, sendo a “compreensão um ato intelectual de descoberta de significados possíveis, deve o aplicador fixar o sentido de sua compreensão, através do seu horizonte significativo [...]”¹³⁶. A identificação destes “pré-conceitos” – eticamente multifacetados – é vetor de racionalidade da atividade judicante.

Assim, explicitar (não obscurecer) os “paradigmas” (“influxos prévios”¹³⁷) – dada a heterogeneidade ética que constitui o atual Direito positivo – é o caminho para trazer à luz a “intensa discricionariedade”, expondo-a para conhecimento e debate. A decisão, mesmo por isso, é “suscetível de ser debatida no campo da discussão democrática ou judicial”¹³⁸.

O próprio Streck, reconhecendo a necessidade de explicitação do contexto histórico-institucional na fundamentação da decisão judicial, admite que, sendo a realidade uma construção hermenêutica, “o que há são tradições autointerpretativas, paradigmas, pré-compreensões, permanentemente em disputa e em conflito, dessa e nessa mesma realidade”, em face de uma história social cujo sentido permanece em aberto¹³⁹.

¹³⁴ LORENZETTI, op. cit., p. 36.

¹³⁵ Ibid., p. 28.

¹³⁶ PORTO, op. cit., p. 60.

¹³⁷ Ibid., p. 57.

¹³⁸ LORENZETTI, op. cit., p. 165.

¹³⁹ STRECK, op. cit., p. 319.

Nessa perspectiva, Freitas – defendendo que a interpretação judicial decisória expressa o raciocínio abutivo de Peirce¹⁴⁰, para tornar claras as ideias que se apresentam obscuras – distingue o contexto de descoberta do contexto de justificação:

Analisar a lógica da decisão judicial é perceber dois principais momentos: o contexto de descoberta e o da justificação. Este segundo é o exercício formal da dedução, pois a *ratio decidendi* parte de uma premissa geral (a norma) até a premissa particular (o caso), assim, a conclusão é um silogismo apresentado na sentença. Entretanto, a interpretação se desenvolve mesclada com elementos subconscientes – nas ideias de Cardozo – e se realiza no contexto da descoberta, momento em que se estudam os fatos e se cria uma teoria para explicá-los. A dedução é momento *a posteriori* para cumprir requisito dogmático fundamental da inegabilidade dos pontos de partida¹⁴¹⁻¹⁴².

É com base nesses termos que, para Ross, a verdadeira fundamentação estaria, não no contexto da justificação, mas “na consciência do juiz ou nos interesses defendidos pelos advogados”¹⁴³.

Independente de qual seja o pressuposto investigativo da interpretação jurídica – sendo certa a existência de pré-compreensões, pré-conceitos ou mesmo paradigmas –, em razão do “constrangimento a fundamentar” também observado por Adeodato, o que importa é que a fundamentação decisória deve aproximar-se mais da explicitação dos paradigmas de Lorenzetti que da ocultação da norma (premissa maior) geradora de ilusão de verdade de Sobota¹⁴⁴⁻¹⁴⁵: o sentido é que a argumentação não deve mais se orientar exclusivamente pela

¹⁴⁰ Cuida-se de “um novo nome para se referir e enfatizar esta forma de raciocínio que já aparece em Aristóteles, mas que tendeu a ser menosprezado pela cultura ocidental em detrimento do silogismo indutivo e do silogismo propriamente dito (dedutivo)”. Seria a forma de raciocínio do conhecimento científico porque é o processo que “forma hipóteses explicativas, daí ser o único que introduz ideias novas diferentemente da dedução e indução”. (FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Tese de Doutorado. Recife: 2009, p. 59-60)

¹⁴¹ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 54.

¹⁴² É nesse “contexto de descoberta”, anterior, portanto, à fundamentação argumentativa, que se deve situar as bases do realismo jurídico norte-americano, na medida em que enfatiza “a influência dos elementos subconscientes na construção da decisão”, conforme destaca Freitas (op. cit., p. 36), não devendo, todavia, reduzi-lo à ideia de que o raciocínio judicial se limita a um processo psicológico – crítica comum apresentada pela Crítica Hermenêutica do Direito. Afinal, reconhecer a interferência de elementos psicológicos (subconscientes), agregando-os ao elemento normativo, é algo bastante diverso que dizer que a decisão do juiz se faz de forma irracional, decisionista.

¹⁴³ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 2000, p. 183.

¹⁴⁴ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Trad. João Maurício Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, n. 7, 1996, p. 251-273.

¹⁴⁵ Para a professora alemã Katharina Sobota, diversamente do que se propaga nas democracias modernas, o Direito não é um sistema constituído de normas explícitas, pois o processo decisório não é governado por normas universais, mas moldado a partir de “regularidades” (“padrões”) mutáveis e auto-organizadas do aplicador judicial. Entretanto, para a manutenção da confiança social de um sistema normativo coerente,

aceitação do público destinatário, mas pela clara explicitação do caminho tomado pelo aplicador do Direito, como forma de tornar a decisão judicial explicável, “susceptível de ser debatida no campo da discussão democrática ou judicial”¹⁴⁶. Este é o sentido da possibilidade de recapitulação e da transparência do trabalho jurídico no âmbito do Estado Democrático de Direito¹⁴⁷.

De outro lado, a despeito de sua referência específica ao padrão ideológico, bem observou Porto que a necessidade de conhecer a ideologia que determina os “influxos subjetivos” da criação de uma *jurisprudence* “não é apenas fundamental nos países que adotam o *Common Law*, mas, também, nos ordenamentos de matriz original romana, como o brasileiro, em que se busca a construção de uma teoria de respeito aos precedentes [...]”¹⁴⁸.

Com efeito, Catão, Almeida & Barros, com base em Cardozo e Holmes, chamam atenção para o fato de que “a abstração das leis e dos princípios constitucionais não resolveria, por si só, o caso concreto”, sendo necessária uma análise histórica dos casos anteriores semelhantes¹⁴⁹. Em outros termos, conquanto não se deva desprezar o texto normativo positivado, diante da complexidade e da pulverização dos espaços significativos comuns, com a correspondente exacerbação do individualismo ético¹⁵⁰, este elemento de entrada do processo decisório não é mais suficiente para solucionar os problemas com relevância jurídica.

Ante o aumento da complexidade social decorrente da diversidade ética trazida para o interior do Direito positivo, as normas (textos normativos) aumentaram o seu grau de abstração, obrigando o aplicador a preencher as lacunas normativas, com vistas à solução do caso concreto, a partir de suas próprias pré-compreensões¹⁵¹.

Nesse sentido, Abboud, Carnio & Oliveira, citando R. C. Van Caenegem, ressaltam a importância da jurisprudência, ponderando que “a legislação não pode prever todas as

geradora de ilusão de certeza, faz-se necessário não explicitar as “máximas ocultas”. Isso não obstante, reconhece que, para “descobrir os padrões básicos da comunicação normativa”, deve-se examinar a retórica dos juízes e dos advogados. (Ibid., p. 253)

¹⁴⁶ LORENZETTI, op. cit., p. 165.

¹⁴⁷ MÜLLER, op. cit., p. 12.

¹⁴⁸ PORTO, op. cit., p. 63.

¹⁴⁹ CATÃO, Adrualdo; ALMEIDA, Livia Lemos Falcao de; BARROS, Caroline Maria Costa. Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o TJ/AL e o STF. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 67.

¹⁵⁰ ADEODATO, João Maurício. Prefácio: realismo jurídico e sobrecarga do processo na sociedade complexa. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009, p. 16.

¹⁵¹ BELTRÃO, op. cit., p. 200.

hipóteses fáticas a serem solucionadas, precisando ser complementada pela jurisprudência a partir da interpretação”¹⁵². A teoria jurídica contemporânea desloca o foco da atividade jurídica para o juiz, que passa a ocupar o lugar antes reservado exclusivamente ao legislador.

É nesse contexto que o professor colombiano Carlos Bernal Pulido afirma que uma das transformações mais significativas que os sistemas jurídicos de tradição continental (*civil law*) tiveram de lidar durante as últimas décadas foi “a incorporação do precedente judicial ao catálogo das fontes do Direito”¹⁵³. Passou a ser exigência a consideração das decisões anteriores, pois, sendo estas também expressão de significado da norma jurídica do caso concreto, o juiz, cumprindo o requisito dogmático da inegabilidade dos pontos de partida, não deve iniciar a decisão considerando tão somente o texto legal. É necessário conhecer não apenas as regras textuais de conduta, mas também aquelas que resolvem os conflitos entre quais regras serão aplicadas aos conflitos de condutas e procedimentos, investigando o acúmulo normativo-judicial.

Segundo Bustamante, na tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), durante os duzentos anos de positivismo, muito pouco se falou sobre os precedentes judiciais exatamente porque estes não eram considerados fontes formais do Direito. Esta é, possivelmente, a herança histórica que justifica a dificuldade de nossa tradição em lidar com os precedentes judiciais¹⁵⁴.

No entanto, seguindo o raciocínio de Adeodato, aplicável aqui *mutatis mutandis*, é possível dizer que, atualmente, a jurisdição (constitucional) é composta de textos e decisórios, os quais se somam aos textos normativos existentes, servindo de ponto de partida para novas interpretações, argumentações e decisões. Em outros termos, o resultado de concretizações anteriores passa a ser importante para os próximos litígios e decisões¹⁵⁵.

Por isso é que alguns autores chegam a afirmar que o precedente judicial tende a ser, no século XXI, e não mais apenas na Europa, mas em todo o mundo, um importante instrumento de unificação do Direito, segundo princípios comuns de caráter eminentemente racional, já que passa a constituir importante fonte do ordenamento jurídico¹⁵⁶.

¹⁵² ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 300.

¹⁵³ Essa anotação consta do prefácio da obra: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

¹⁵⁴ Ibid., p. 284.

¹⁵⁵ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

¹⁵⁶ BUSTAMANTE, op. cit., p. 543.

À exigência de explicitação dos paradigmas demanda-se agora, ante o incremento das fontes do Direito¹⁵⁷, atentar outrossim para o que Lorezenti denomina de “elementos de consistência” e “elementos de coerência” da decisão judicial¹⁵⁸: os primeiros referem-se à necessidade de “olhar para trás”, para os precedentes que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares; os últimos, por seu turno, dizem respeito à obrigação de “olhar para cima”, para a coerência com o resto do sistema jurídico, harmonizando as regras¹⁵⁹.

Ora, se, diante da complexidade ética da sociedade contemporânea, deve-se igualmente considerar o precedente judicial como elemento de entrada para resolução do caso concreto, o “constrangimento a fundamentar” deve basear-se não somente na explicitação dos paradigmas do aplicador, mas também na necessária verificação da consistência e da coerência da norma jurídica a ser concretizada na decisão judicial.

Os próprios críticos hermenêuticos do Direito, no ponto, reverberam que o dever de fundamentar precisa ser aliado à exigência de que “todas as decisões devem sempre obedecer à coerência e à integridade”, chegando-se, assim, a uma “vinculação hermenêutica” ou a uma decisão legítima que se situe numa “cadeia de decisões”¹⁶⁰.

Distinguindo coerência e integridade a partir da *common law*, com base no sentido atribuído por Dworkin¹⁶¹, em cujo sistema o ponto de partida é a decisão judicial, Santos Júnior afirma que, na tradição do *civil law*, a integridade do direito diz respeito não somente às decisões judiciais, vez que haveria que se considerar um *plus*, pois deveriam estar constitucionalmente embasadas. No final das contas, mesmo sem desconsiderar o precedente, diz que a compatibilidade estaria, sempre, na relação com o primeiro e maior referencial da nossa tradição jurídica: a Constituição. Só assim é possível afastar “decisões discrepantes com base no pretenso poder discricionário do juiz”.

¹⁵⁷ Cf. Bustamente, ob. cit., p. 285-286, “[...] a teoria das fontes do Direito, tal como nós a conhecemos hoje – pelo menos como nos é ainda transmitida pela maioria dos juristas teóricos – é uma herança do Positivismo Jurídico do século XIX”. Em verdade, segundo essa concepção de fontes, a lei seria o único modo de produção jurídica, sendo as demais meras fontes de conhecimento, sempre subsidiárias. Cuida-se, dito de outra forma, de reflexo da concepção legislativa do Direito do Estado Liberal Moderno.

¹⁵⁸ A análise do *elemento consequencialista*, terceiro elemento de controle da decisão judicial para Lorenzetti, não integra, especificamente, os objetivos do trabalho.

¹⁵⁹ LORENZETTI, op. cit., p. 158-168.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 415 e ss.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Compreende-se, todavia, sem infirmar na essência a ideia de Santos Júnior, que, para além da observância constitucional – referencial da tradição romano-canônica –, na concretização decisória, impõe-se trazer à baila também as decisões anteriores constitucionalmente embasadas – íntegras e coerentes, portanto. Afinal, as normas concretizadas vêm integrar-se ao texto constitucional, fazendo dele parte e servindo de partida para novas interpretações, argumentações e decisões¹⁶². A rigor, essa consideração das decisões passadas seria o elemento a mais referido por Santos Jr. como um *plus* que garantiria a integridade da ordem jurídica.

A despeito disso, pertinente é a crítica de Adeodato, no sentido de que a estratégia do Poder Judiciário, particularmente o brasileiro, tem sido a casuística, na medida em que as fundamentações tem variado tanto e de tal forma que é difícil identificar um vetor de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral. Para o professor da Escola do Recife, “uma visão mais concreta e construtiva” parece mais adaptável a explicar a realidade do Brasil contemporâneo que a maioria das teorias universalistas e reificadoras¹⁶³ que aqui têm sido difundidas¹⁶⁴.

A pesquisa, portanto, a partir da categoria “sobrecarga ética do Direito” – desveladora do poder discricionário dos juízes na contemporaneidade –, pretende investigar em que termos se construiu o controle da discricionariedade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, diante do “constrangimento a fundamentar”¹⁶⁵.

Para alguns, diante da realidade fática da fragmentação decisória (por outros denominada de “caos decisório”) no país, o “*establisment* jurídico reagiu criando mecanismos burocráticos que, pretensamente, pudessem oferecer uma resposta a esse emaranhado de decisões e, ao mesmo tempo, conduzir para uma racionalização do acesso à justiça [...]”¹⁶⁶. Segundo a hipótese aqui trabalhada, a partir do dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto conferido ao juiz da *civil law*, especialmente o juiz brasileiro¹⁶⁷, percebe-se-á que a aproximação do ordenamento nacional ao sistema dos precedentes

¹⁶²ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

¹⁶³ Em outras palavras, textos que devem ser entendidos não como simples descritores de “coisas”, mas como parte de procedimentos jurídicos em construção. (Ibid., p. 154)

¹⁶⁴ Ibid., p. 150-154.

¹⁶⁵ Neste momento, equivale dizer: necessidade de explicitação dos “paradigmas” e observância dos elementos de consistência e coerência da decisão judicial, diante do caso concreto.

¹⁶⁶ Doutrina da Crítica Hermenêutica do Direito, defendida por Lenio Streck, George Abboud e seguidores.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

judiciais da *common law* tem se apresentado, pela via essencialmente normativa, como tentativa de reação à discricionariedade judicial. É o que será abordado no próximo capítulo.

2 O “DIREITO DOS JUÍZES”¹⁶⁸ E A TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: O FOCO NA APLICAÇÃO E RISCO DA NEGAÇÃO DOS PONTOS DE PARTIDA

2.1 A GUINADA PARA O MOMENTO DA APLICAÇÃO E A LIBERDADE DECISÓRIA COMO FATOR DE CONVERGÊNCIA E REAPROXIMAÇÃO ENTRE A TRADIÇÃO CONTINENTAL E A ANGLO-AMERICANA: A REALIDADE DO DIREITO JUDICIAL NO ENFRENTAMENTO DA FLUIDEZ DOGMÁTICA

O capítulo anterior tratou da ampliação dos paradigmas de interpretação decorrente do fenômeno jurídico-político da positivação de diversos conteúdos éticos, pelo que não se pode mais identificar, tal qual nas sociedades mais simples, a predominância de uma determinada ideologia, mas a existência de fundamentos e valores sociais distintos, assoberbando o Direito e, por consequência, o próprio Judiciário, último plano no qual as divergências intersubjetivas são dirimidas.

A complexidade crescente e a pulverização de espaços éticos na sociedade contemporânea têm feito com que, dentro de um ordenamento jurídico sobrecarregado, sobrecarreguem-se também o processo e a atividade decisória do juiz, em virtude do aumento do seu poder discricionário¹⁶⁹.

Importa registrar, nesse passo, que a pulverização das ordens éticas e o correspondente crescimento das divergências hermenêuticas, exacerbando as funções do Poder Judiciário, é fenômeno sentido não apenas na tradição¹⁷⁰ do *civil law*, mas também nos

¹⁶⁸ Trata-se de expressão notabilizada pelo professor colombiano Carlos Bernal Pulido (PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 186), que se refere à mudança do paradigma do Direito em direção aos juízes e ao correspondente enfraquecimento da hegemonia da atividade parlamentar. Sob esta mesma ideia de “modificação da agenda” da teoria jurídica contemporânea para a decisão, outras expressões também ganharam destaque: direito jurisprudencial, *case law*, direito judicial, direito dos tribunais, entre outras. Cf., a propósito dessa polissemia representativa do pensamento jurídico atual, (BUSTAMANTE, op. cit.; JUST, op. cit.).

¹⁶⁹ Nessa linha de raciocínio, Dworkin, em recente obra, reconhece: “[...] toda democracia contemporânea é uma nação dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral”. (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 105)

¹⁷⁰ É comum o uso da palavra “sistema” jurídico em vez de “tradição” jurídica. Adotamos, contudo, a corrente que prefere o termo “tradição” a “sistema” em virtude do alerta apresentado por Franz Wiecker, no sentido de que a expressão *sistema* é mais pertinente para referir um específico ordenamento jurídico, enquanto que *tradição* jurídica consistiria em perspectiva mais ampla sobre o fenômeno, abrangendo não apenas os principais institutos jurídicos de um determinado ordenamento, mas um conjunto de práticas, costumes e hábitos arraigados em uma comunidade a respeito da natureza e do papel do Direito na sociedade e na política. A *tradição*, assim, relaciona o *sistema* jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, com os elementos que denotam uma determinada forma de pensar o Direito. Neste sentido: ABBOUD, op. cit.; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias;

caminhos jurisprudenciais da *common law*¹⁷¹. O agravamento da pluralidade de interpretações e a significativa mobilização em torno da temática da discricionariedade, como assinala Just, é uma realidade hoje comum tanto à tradição continental quanto à anglo-americana. Trata-se de característica marcante da orientação global do pensamento jurídico atual, que desloca o olhar do jurista para o momento da aplicação, em detrimento da primazia antes concedida ao momento legislativo¹⁷²⁻¹⁷³.

Pode-se dizer, assim, que o corolário da sobrecarga ética do Direito é uma temática enfrentada não somente pelos ordenamentos de base romano-germânica, mas também por aqueles da origem anglo-saxã¹⁷⁴. Inclusive, desde essa perspectiva, ocorreu um desvanecimento das férreas distinções tradicionais entre o direito continental e a *common law*. A razão da convergência entre os sistemas está provavelmente na crise da legalidade e na crise da noção de soberania que se verificou em praticamente todos os Estados que vivem hoje sob a forma de um Estado Constitucional, em virtude da modificação do modo de construir as normas jurídicas¹⁷⁵.

Embora a história do Direito anglo-saxão tenha evoluído por caminhos diferentes daqueles tomados pelo Direito continental¹⁷⁶, no tempo presente, é possível dizer que ambas as tradições regulam uma realidade política e econômica muito semelhante¹⁷⁷, sendo

CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011.

¹⁷¹ ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009, p. 41.

¹⁷² JUST, op. cit., p. 55-56.

¹⁷³ Segundo Bustamante, “no âmbito do Direito europeu, por exemplo, estamos vivenciando um processo parecido com aquele que se verificou no período de formação do Estado Moderno, quando a unificação do Direito se dava quase que exclusivamente por meio dos tribunais” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. [02 de agosto, 2012]. São Paulo: Jornal Carta Forense. Entrevista concedida aos editores).

¹⁷⁴ Para o pragmático Posner (op. cit., p. 403) considerando a diversidade do judiciário norte-americano, é de se exigir uma renovada dedicação à atividade interpretativa, como forma de minorar a dificuldade atual de prever o resultado dos casos de direito legislado e constitucional.

¹⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial – A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 115.

¹⁷⁶ Cf. DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 2, “a recepção do direito romano é normalmente apontada como elemento essencial, como marco divisório dos processos históricos de formação das tradições de *Civil Law* e de *Common Law*: enquanto na primeira os textos romanos foram adotados como fonte primeira do Direito, a segunda foi marcada justamente pela recusa de tal adoção, o que significou a tomada pelo direito inglês de um caminho diferente”. Sobre a história da formação peculiar de cada tradição jurídica, cf. Seção 3.2.

¹⁷⁷ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 340.

chamadas a densificar conteúdos de variados direitos fundamentais incorporados nos textos das Constituições, dos tratados internacionais ou das normas comunitárias¹⁷⁸.

A convergência identifica-se, assim, com a noção de Estado de Direito que emergiu com o pós-guerra, tendo como fundamento central os direitos humanos, reconhecidos como valores éticos supremos e identificados como fins últimos da comunidade política¹⁷⁹. Devido à falta de precisão e à indeterminação próprios da consagração de valores diferentes, opções e interesses políticos diversos – direitos que podem colidir de forma recíproca –, permitiram-se interpretações muito pulverizadas, gerando a ampliação dos poderes do julgador na interpretação do ordenamento jurídico¹⁸⁰.

De acordo com Bustamante, enquanto a atividade de aplicação do Direito se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença era mais marcante, porque o juiz continental se limitava à fonte legislativa, enquanto o juiz da *common law*, à “declaração dos precedentes judiciais”¹⁸¹. No entanto, a partir do momento em que o Direito passa a ser construído por éticas as mais diversas, notadamente a partir dos movimentos constitucionais pós-segunda guerra mundial, essa diferença praticamente desaparece, na medida em que o processo que envolve a resolução de colisões entre direitos fundamentais e a delimitação do seu conteúdo é o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais. O foco central da atividade dos juristas se desloca para a liberdade decisória, vindo, contudo, acompanhado com a exigência de uma concretização fundamentada da decisão judicial¹⁸².

¹⁷⁸ Nogueira, apresentando mais um dado da convergência entre as duas principais tradições jurídicas do Ocidente, afirma que “a adesão da Inglaterra à União Europeia também colaborou para a inauguração de um novo momento para o direito inglês”, pois, além da composição heterogênea do *European Court of Justice* – ECJ (Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – TJCE) – onde os juízes da *common law* são minoria frente aos da *civil law* –, a Inglaterra (berço da tradição anglo-americana) viu-se impelida a adotar o princípio da supremacia constitucional, permitindo que o Judiciário, sob os influxos do Constitucionalismo Contemporâneo, possa controlar a validade dos atos legislativos e administrativos. Essa mitigação do secular princípio da soberania do parlamento inglês demonstra que as famílias jurídicas, no mundo de hoje, sofrem cada vez mais influências recíprocas, encontradas que estão em uma realidade político-jurídica muito semelhante. (NOGUEIRA, Gustavo S. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 48)

¹⁷⁹ DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 15.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais**: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 48 e 51.

¹⁸¹ No ordenamento inglês, berço da *common law*, até o início do século XIX, predominava a “teoria declaratória” acerca da atividade jurisdicional. Foi com a influência do Positivismo de Jeremy Bentham que se adquiriu a consciência do poder de criação do Direito (*law maker*) pelas Cortes inglesas. Nesse contexto, a visão de que o *case law* é uma atividade de criação do Direito, no sentido de um poder normativo genuinamente discricionário, ainda é a característica marcante do Direito inglês. (BUSTAMANTE, op. cit., p. 91)

¹⁸² Ibid., p. 94-116.

Marinoni, a propósito, defende a ideia de que a criação do direito pelo juiz, peculiar ao *common law* pelo menos desde os esclarecimentos de Bentham sobre a “ficção” da teoria declaratória¹⁸³, não serve para separar os sistemas jurídicos contemporâneos compreendidos nas duas tradições. O impacto do neoconstitucionalismo, em verdade, teria aproximado sensivelmente os dois modelos, cujos caminhos, quanto às fontes de produção jurídica, historicamente se distanciaram¹⁸⁴.

A grande questão comum às duas tradições, portanto, é a liberdade do juiz no processo de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. A atividade judicial de criação do Direito dá-se sob um mesmo processo intelectual nos sistemas jurídicos de Direito continental ou no *common law*, na medida em que a enxergam de forma semelhante, quer dizer, como um processo de “criação normativa”; a rigor, o que diferencia a atividade dos juízes nas duas tradições é tão somente a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão: “em um caso, são normas produzidas pelo legislador; noutro, a legislação é descentralizada, e as normas gerais que constituem fundamento de validade da decisão têm origem costumeira”¹⁸⁵.

Nesse sentido, é possível afirmar que contemporaneamente, em ambas, há espaço para a criação judicial do Direito bem como, em decorrência disto, há uma tendência de convergência e aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas. Tanto por isso, René Davi reconhece que, quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, tem sido dadas às questões pelo Direito nas duas famílias de Direito¹⁸⁶.

A discricionariedade judicial, contudo, além de estar na base do *common law* desde a sua formação e consolidação histórica¹⁸⁷, não é observada por todos como um elemento a ser enfrentado ou combatido. Rejeitando o puro decisionismo bem assim o extremo legalismo, o

¹⁸³ Conforme Bustamante (op. cit., p. 89), um dos resultados do trabalho de Bentham foi “desencantar o Direito, ao negar qualquer valor à teoria declaratória, tido como uma ‘ficção infantil’ cuja única função prática seria a de camuflar o arbítrio judicial e encobrir as fronteiras do poder de criação do Direito exercido pelos magistrados”.

¹⁸⁴ Ibid., p. 86-88.

¹⁸⁵ Ibid., p. 102.

¹⁸⁶ DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 26.

¹⁸⁷ Segundo Bustamante (op. cit., p. 48), “as Cortes inglesas – nunca é demais repetir – têm plena consciência do poder de criação do Direito que elas exercem, de modo que a prática jurídica de modo geral é marcada pela influência do Positivismo Jurídico de Bentham [que reconhece um poder explicitamente criativo, discricionário dos juízes], que hoje prepondera sobre a denominada ‘teoria declaratória’ acerca da atividade jurisdicional, que dominou o cenário até o início do século XIX”. Outros autores, como Georges Abboud (ABBOUD, op. cit, p. 285), alertam para a importância de compreender que o *common law*, desde sua formação, “diferenciava julgamento com base em discricionariedade e julgamento pautado em critérios jurídicos”, de forma que aquele primeiro tipo poderia pautar-se na “consciência do jurista em detrimento da normatividade vigente”.

realismo jurídico norte-americano¹⁸⁸, por exemplo, concebe o Direito acentuando o papel judicante, não como fruto da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador. Ao dizer que direito é o que o juiz diz que é direito, fazem-no não de forma irracional e sim a partir da própria moldura normativa, que, no caso, é o apego ao precedente. Segundo Freitas, os juízes decidem em um determinado contexto que pode ser justificado normativamente: ao precedente (elemento normativo) “agregam-se outros elementos inarticulados, até inconscientes, valores que Benjamin Nathan Cardozo identifica como sendo a natureza do processo judicial [...]”, intrínsecos, por isso mesmo, ao processo de construção da decisão¹⁸⁹.

Nessa perspectiva, a liberdade decisória – como ideia de entender o Direito a partir do que a vontade do juiz o afirma ser – nem sempre foi posta sob questionamento. Para algumas concepções teóricas, a íntima convicção do magistrado é mesmo vislumbrada como normalidade sistêmica, ainda que não se desconsidere a moldura normativa (atividade legislativa ou precedente judicial), porquanto o trato com a incerteza do Direito, em função da presença de “elementos subconscientes” do magistrado, não é elemento estranho ao trato do fenômeno jurídico. Assim, pensar em certeza do direito, negando a atividade criadora do decisor, só seria possível se fosse permitido considerar os juízes como seres homogêneos do ponto de vista de suas concepções éticas¹⁹⁰.

Manuela Braga Fernandes, em recente pesquisa científica, com fundamento teórico no realista estadunidense Jerome Frank, defende a tese de que o direito seria de fato regido pela incerteza, já que não se pode dizer, dada as idiosincrasias de quem profere a decisão, como serão definidos juridicamente os fatos¹⁹¹.

Entrementes, nas sociedades pluralistas contemporâneas, em que foram positivados diferentes direitos fundamentais e o “elemento antropológico” passa a ocupar o centro das atenções, exacerbando a possibilidade de exercício do “poder” criador dos juízes diante da textura aberta das normas jurídicas¹⁹², deve-se ter em mente que o agir de forma

¹⁸⁸ Movimento doutrinário que se desenvolveu nos Estados Unidos desde o início do século passado, de cunho antimetafísico, que se situa na linha de concepções que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola da Exegese, caracterizando-se por uma crítica às virtudes prévias da norma assinaladas pelo formalismo jurídico. (FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Tese de Doutorado. Recife: 2009, p. 34)

¹⁸⁹ Ibid., p. 36-38.

¹⁹⁰ Ibid., pp. 79-80.

¹⁹¹ FERNANDES, Manuela Braga. **Uma análise do princípio da segurança jurídica através do realismo de Jerome Frank: a aceitação da incerteza no direito**. Dissertação de Mestrado. João Pessoa: 2014, p. 10-12.

¹⁹² Cf. Lorenzetti, op. cit., p. 73, “a partir da segunda metade do século XX começa um movimento codificador dos direitos humanos, criando um sistema internacional positivado”, razão por que, na atualidade, a norma

genuinamente discricionária e de acordo apenas com a vontade criadora não se coaduna com o Estado Democrático e Constitucional de Direito¹⁹³. E os riscos daí decorrente estão presentes em todas as tradições aqui estudadas.

Abboud defende que, em razão da liberdade decisória ilimitada e do correspondente risco de decisões inconsistentes, a insegurança jurídica encontra-se presente em todos os sistemas decisórios, sejam eles o continental ou o anglo-americano, pois não é a tradição em si que determina o nível de segurança jurídica de um sistema, mas a qualidade de suas decisões manifestadas pelo Judiciário¹⁹⁴.

Em sistemas jurídicos de normas fundamentais eminentemente abertas, que consagram concepções de vida diversificadas, verifica-se forte liberdade decisória do juiz no momento da escolha do caminho para dirimir o conflito jurídico. É por isso que, sem defender uma resposta ontologicamente correta, entendemos que os cidadãos têm o direito de perceber com clareza as razões da decisão judicial, a qual deve inclusive explicitar as concepções prévias (“paradigmas”) do magistrado. A partir do “constrangimento a fundamentar” é possível limitar a interpretação jurídica meramente subjetiva, apresentando-se estes limites como a grande questão da atual teoria do Direito.

Em função do que identifica, nesse contexto, como uma crise de confiança da sociedade na justiça e nos seus juízes, Almeida afirma que, assim como a doutrina e os ordenamentos jurídicos de países do *civil law* têm buscado soluções para a tutela de direitos no modelo do *common law*, países desta última tradição, em relação às suas deficiências, também buscam inspiração em técnicas oriundas do modelo continental. É por isso que, desde o século XX, a experiência continental europeia tem atribuído maior espaço ao direito jurisprudencial, ao passo em que se tem observado o acentuado surgimento de leis formais nos países da matriz anglo-saxã¹⁹⁵.

Não é mais correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial e o *civil law*, por seu turno, como adstrito ao texto normativo. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, *v.g.*, boa parte das regras de direito que se aplicam são sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo; neste último país, inclusive, chega-se a falar em um fenômeno denominado de *staturification* do direito, para

positiva (seja nas Constituições, seja nos tratados ou normas comunitárias) já incorpora nos sistemas jurídicos direitos naturais ou da pessoa.

¹⁹³ A propósito, cf. Seção 3.1.

¹⁹⁴ ABBOUD, op. cit., p. 316 e 362.

¹⁹⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 62 e 216.

referir à expressão *statute* que significa lei em sentido formal e ao extenso papel assumido pelo direito escrito no direito norte-americano¹⁹⁶. Do mesmo modo, a tradição romano-germânica, outrora centrada na formulação estatal prévia e acabada, caminhou, notadamente desde o constitucionalismo pós-guerra, para o incremento da atividade judicial, deixando de ser a lei “ponto de partida” exclusivo para a resolução da lide¹⁹⁷.

Losano ratifica essa atual conformação do cenário jurídico mundial nos seguintes termos:

O Common Law anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o Common Law está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro “*jude made law*”, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de Civil Law. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a se tornar um direito jurisprudencial¹⁹⁸.

Verifica-se de fato, conforme observa Mancuso, uma tendência global de ruptura da clássica divisão das *famílias* jurídicas proposta pelo francês René David, dando lugar a uma intercomunicação das experiências e à necessidade de uma releitura daquele enquadramento. Basta lembrar que a Inglaterra, berço da common law, conta, desde 1999, com um Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure*), à semelhança do que aconteceu nos Estados Unidos com o que o professor da *Yale School* Guido Calabresi chamou de *age of statutes*. No Brasil, por seu turno, país do *civil law*, houve a importação de institutos cujo objetivo primordial, segundo a maior parte dos autores, foi tão somente aumentar a força vinculante dos precedentes judiciais para o fim de combater o elevado número de processos ativos¹⁹⁹⁻²⁰⁰⁻²⁰¹.

Recentemente, o ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil Dias Toffoli afirmou que “os sistemas vão se encontrando”, sendo positivo que se possa “dentro do sistema da *civil law* trazer para nossa cultura jurídica o que lá funciona, assim como [...] lá no

¹⁹⁶ ABBoud, op. cit., p. 290.

¹⁹⁷ V. Subseção 1.5.2.

¹⁹⁸ LOSANO, op. cit, p. 345.

¹⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 16 e 52.

²⁰⁰ No Capítulo 3, apontar-se-á a crítica comum do estado da arte acerca dessa aproximação do ordenamento brasileiro ao *stare decisis*, indicando, em seguida, a nossa hipótese de “construção normativa” do sistema de precedentes que se conformou no direito pátrio.

²⁰¹ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do Brasil, no último dia 15 de setembro, por meio do levantamento anual do Justiça em Números, divulgou que o volume de processos em tramitação na Justiça brasileira já ultrapassou os 100 milhões de processos ativos. Para acessar a pesquisa Justiça em Números 2015 na íntegra: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>.

sistema do *common law* também se leva cada vez mais premissas e pressupostos do sistema romano-germânico”²⁰².

Muito se questiona, diante desse quadro, se o Brasil segue sendo um país integrante da tradição *civil law*, “com o primado dos direitos e obrigações firmado na norma legal, ou se o seu regime jurídico político já se alterou, tornando-se híbrido ou eclético”, um *tertium genus* refratário à redução a um ou outro daqueles sistemas²⁰³.

Nessa perspectiva, o fato é que, a partir da virada do Direito para o momento da sua aplicação – da concretização dos direitos fundamentais positivados ou do denominado “giro neorrealista” da teoria jurídica contemporânea, na expressão de García Figueroa²⁰⁴ –, no século XX e neste início do século XXI, tem-se falado no renascimento, sob novas formas, de um “Direito comum europeu” ou da “ideia ou espírito de um *ius commune*”, representando a (re)aproximação²⁰⁵ entre as tradições jurídicas em decorrência da sobrecarga ética do Direito à conta do constitucionalismo contemporâneo²⁰⁶, que atraiu o aumento da liberdade de decisão do juiz no enfrentamento dos conflitos sociais²⁰⁷.

Assim, nada obstante a questão do poder criativo dos juízes ter sido tema comum no berço da tradição anglo-saxã, sempre vigorou, junto a essa autoridade, e precisamente para contrabalançá-la, a prática do *judicial self-restraint*, segundo a qual o juiz não rogaria para si a legitimidade política de dispor livremente do *common law*, decidindo cada caso respeitando a autoridade já existente. Essa contenção política da magistratura é apontada como “uma das razões pelas quais o sistema pôde sobreviver com relativamente poucas perturbações internas por tanto tempo”. Em outras palavras, no berço da *common law*, a liberdade decisória não gerava tanta insegurança social, pois a análise dos magistrados não se irradiavam para questões eminentemente políticas. Havia uma limitação cultural no agir político da judicatura.

²⁰²TOFFOLI, José Antonio Dias. **Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões**. [20 de março, 2015]. Curitiba: Jornal Gazeta do Povo. Entrevista concedida a Joana Neitsch.

²⁰³ MANCUSO, op. cit., p. 23.

²⁰⁴ A representar, no caso, um deslocamento do foco do interesse do sistema jurídico para sua aplicação. (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. El “Derecho como argumentación” y el Derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Infante. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 24, 2001, p. 630)

²⁰⁵ Em verdade, um olhar histórico revela o intercâmbio entre o *common law* e o Direito continental desde suas origens.

²⁰⁶ Para Barroso, na virada do século XX para o século XXI, características essenciais do constitucionalismo pós-guerra ou “novo constitucionalismo” irradiaram-se pelo mundo de maneira geral, podendo ser encontradas na Europa, na América Latina e na África, unindo países distantes geograficamente e culturalmente. (BARROSO, Luis Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39. Acesso em: 6 ago.2015)

²⁰⁷ Nesse sentido, cf. DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., *passim*.

Diz-se, por isso mesmo, que a relação entre o *common law* e o Direito legislado sempre foi especialmente interessante, uma vez que a interpretação da legislação parlamentar era restritiva e literal, pouco diferindo dos métodos adotados pelos exegetas franceses ou pelos pandectistas alemães²⁰⁸.

Todavia, desde a “constitucionalização do *common law*” – expressão cunhada por Bustamante²⁰⁹ relativamente aos influxos do constitucionalismo pós-guerra também no seio da tradição anglo-saxão –, através dos tratados internacionais que estabeleceram normas gerais, abertas e essencialmente abstratas, para os Estados-membros da Comunidade Europeia, a temática da liberdade decisória voltou à tona, sob a discussão da postura interpretativa não restritiva dos magistrados.

Afinal, com os tratados da União Europeia, os influxos da sobrecarga ética do Direito invadiram o *common law*, consubstanciando fortes razões para justificar o empréstimo de conceitos ligados aos direitos fundamentais para sistemas jurídicos diversos. Exemplo claro dessa transformação foi a importação do princípio da proporcionalidade – disposição vaga, ambígua e valorativamente aberta – pelo Direito britânico no caso *Daly*: relutante no início, a Câmara dos Lords, considerando as resoluções do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que buscavam na proporcionalidade uma ruptura com o passado autoritário recente e uma maior proteção dos direitos humanos, houve por bem acolher expressamente o referido critério como princípio de direito público britânico²¹⁰.

Reacendeu-se assim, pode-se dizer, ante as “incertezas e os desacordos quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e na forma com que se resolve sua colisão”²¹¹, isto é, à vista da sobrecarga de valores trazida para o interior do *common law*, a vetusta preocupação de Jeremy Bentham com o valor segurança no âmbito desta tradição jurídica: sendo o *case law* produzido pelos juízes fruto de puro ato de vontade, caráter criativo do Direito, Bentham chegou a fazer campanha pela codificação do *common law*, para alcançar a certeza jurídica e remover a discricionariedade dos juízes²¹².

Nada obstante, o debate sobre a liberdade decisória, que trata da aplicação e do controle do contexto de justificação do Direito no período pós-guerra de compromisso com a

²⁰⁸ BUSTAMANTE, op. cit., p. 49-50.

²⁰⁹ Ibid., p. 313.

²¹⁰ PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. Trad. Lays Gomes Martins. **Revista Libertas**, Ouro Preto-MG, vol. 1, n. 2, jul-dez.2014, p. 242 e 250.

²¹¹ Ibid., p. 253.

²¹² BUSTAMANTE, op. cit., p. 88-89.

maior proteção dos direitos fundamentais e humanos, longe de aproximar-se de uma acomodação, continua sob ampla discussão acadêmica em toda a União Europeia. Essa tendência global de “expansão do poder judicial” (*jude made law*) ocupa, nas últimas décadas, os mais relevantes estudos no continente europeu e, mais recentemente, nos países periféricos, como é o caso do Brasil²¹³.

Mesmo nos Estados Unidos, onde a discricionariedade assumiu papel de destaque na formação do processo judicial – constituindo os elementos inarticulados sua própria natureza²¹⁴ –, segundo as bases do realismo jurídico ali desenvolvido a partir do início do século passado, a consideração sobre a diversidade ética tem atraído, com Dworkin, nos últimos tempos, o interesse pela limitação da diversidade de respostas corretas em função da simples vontade do julgador, como forma de consolidar o Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Para Abboud, com base em Dworkin,

permitir que o juiz decida de modo a inovar na seara jurídica pode representar um exercício arbitrário (não justificado em princípios da comunidade moral) da coerção estatal, colocando-se no tênue liame que sustenta o exercício legítimo da força e a exceção²¹⁵.

A tradição do *civil law*, por sua vez, notadamente no seio do constitucionalismo pós-guerra, também passou por profundas transformações: desde a perda da centralidade das codificações como fontes normativas do Direito até a adoção de legislações menos fechadas, de textura aberta, capazes de incluir pretensões ou concepções éticas de direitos fundamentais até mesmo contrárias. Disto decorre a possibilidade de “incertezas e desacordos quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e na forma com que se resolve sua colisão”²¹⁶; em outras palavras, a sobrecarga ética do Direito também se fez presente, e com maior intensidade, dada a profunda alteração em seus fundamentos interpretativos, no Direito continental.

Drummond e Crocetti, sobre a virada da aplicação do Direito nesta última tradição jurídica, asseveram:

²¹³ ABOUD, op. cit., p. 353.

²¹⁴ V. CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo Judicial e a Evolução no Direito**. Trad. Leda Boechat. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

²¹⁵ ABOUD, op. cit., p. 463.

²¹⁶ PULIDO, op. cit., p. 253.

[...] percebe-se claramente que a contemporaneidade exige uma maior atividade criativa dos juízes da tradição do *Civil Law* quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui notórias aberturas interpretativas. Operou-se no seio da tradição de *Civil Law*, assim, adequada modificação quanto ao papel judicial, de modo que do juiz requer-se criatividade ante a incessante força construtiva dos fatos, verdadeiro “direito vivo” que voluntariamente emerge do seio social²¹⁷.

Segundo Barroso, nesse contexto político-jurídico, o Direito nos países que seguem a tradição romano-germânica passou por um conjunto extenso e profundo de transformações, que modificaram o modo como a ciência do Direito, o direito positivo e a jurisprudência são pensados e praticados²¹⁸. Por isso mesmo, muitos juízes, diante das incertezas decorrentes da abertura ética dos direitos fundamentais, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos, mesmo que conduzidos sob as vestes do politicamente correto²¹⁹.

Sobre as mudanças estruturais no *civil law*, o ministro da mais alta Corte brasileira Luis Roberto Barroso afirmou, há pouco, que o mundo ficou mais rápido, complexo e menos previsível, de modo que, não conseguindo mais a lei dar conta da variedade de situações que ocorrem, “os juízes acabam interpretando princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados”; em verdade, estando a vida mais complexa, a imprevisibilidade não é dos magistrados em geral, mas do próprio Direito, que ficou menos previsível²²⁰.

Na ordem da vez e pauta dos mais avançados estudos sobre a teoria da decisão judicial, o tema do casuísmo judicial tem demandado acurada atenção de todos nós, conforme alerta Chaumet:

Entre las consecuencias de la transformación de la juridicidad continental, particularmente nos preocupan las vicisitudes que origina una normatividad que se va desplazando de un sistema codificado de reglas, a una casuística judicial orientada según principios y la creciente constitucionalización del sistema jurídico²²¹.

Pulido, professor da *Universidad Externado de Colombia*, reconhecendo que na Colômbia hoje em dia também se experimenta uma “sobrecarga” do sistema jurídico, “onde

²¹⁷ DRUMMOND; CROSETTI, op. cit., p. 13.

²¹⁸ BARROSO, op. cit., p. 5.

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas** a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law. Tese de Doutorado. Paraná: 2011, p. 67.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Não tenho orgulho do volume de processos que o Supremo julga. [23 de fevereiro, 2015]. **Blog Os Constitucionalistas**, Brasília, Entrevista concedida a Rodrigo Haidar e Israel Nonato.

²²¹ CHAUMET, Mario Eugenio. **Notas sobre el pensamiento teórico jurídico de Michele Taruffo**. Su vertiente realista. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015_michele-taruffo-en-la-facultad-de-derecho.php. Acesso em: 2 out. 2015.

um grande número de aspirações políticas se baseia no que pode derivar interpretativa e jurisprudencialmente da Constituição e dos direitos fundamentais”, defende a ideia de que a concretização de cláusulas muito indeterminadas que estabelecem direitos fundamentais é tarefa afeta ao direito jurisprudencial. Por isso, ainda que a lei tenha sido a fonte por excelência dos ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, não parece mais compatível imaginar a jurisprudência apenas como critério auxiliar de decisão. Esta é a nova perspectiva que se abre para o *civil law*²²².

Não se pode mais defender, na tradição romano-germânica, a concepção de que os precedentes judiciais não são fontes formais do Direito, pois a teoria das fontes como a conhecemos, herança do positivismo jurídico do século XIX em que predominava o contexto econômico-político da previsibilidade e suficiência legislativa, torna-se insuficiente para lidar com a complexidade da vida nas sociedades contemporâneas.

À vista da dogmática jurídica fluida²²³ exurgente do “novo constitucionalismo”, que tem como fundamento central a diversidade ética dos valores da comunidade política e deslocou o foco do sistema jurídico para o momento da aplicação, percebe-se que o ponto de convergência entre as tradições jurídicas coloca-se exatamente na perspectiva da maior “abertura” tanto do *common law* quanto do *civil law* à criatividade e à discricionariedade dos juízes, “ainda que esse incremento da atividade judicial seja mais evidente nos países de *Civil Law*”, justamente pela formação histórica mais presa à formulação estatal fechada²²⁴.

Por todo esse retrato da realidade jurídica contemporânea é que se defende neste estudo a tese de que o caminho para reduzir o âmbito da discricionariedade dos juízes na aplicação do Direito – sem a pretensão de alcançar certezas absolutas ou convicções matemáticas²²⁵ – deve se construir através dos precedentes judiciais, garantindo, em última instância, a partir do “constrangimento a fundamentar” explicitado alhures, a consistência e a coerência da ordem jurídica. Nessa linha de raciocínio, Bustamante aponta, com base em Taruffo, que, devido à generalidade e à abertura das disposições constitucionais – “aumento do grau de abstração da Dogmática”, para Ferraz Jr. –, exige-se “um uso intensivo de precedentes”, isto é, “há uma tendência ao desenvolvimento judicial do Direito por meio de

²²² PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 24.

²²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gáscon. Madri: Trotta, 2008, *passim*.

²²⁴ DRUMMOND; CROCETTI, op. cit., p. 15.

²²⁵ CHAUMET, op. cit., p. 3.

precedentes”, realidade esta presente em praticamente todos os Estados Constitucionais Contemporâneos²²⁶.

Em todos os sistemas jurídicos contemporâneos, pouco importando a tradição em que estejam inseridos, percebe-se, cada vez mais, uma predominância do direito judicial e uma tendência de se atribuir força vinculante aos precedentes judiciais, não sendo esta uma particularidade do Direito brasileiro²²⁷. Segundo Nogueira, é possível afirmar que a vinculação de precedentes ocorre em todos os sistemas jurídicos, variando apenas a intensidade com que essa vinculação se apresenta²²⁸.

Nesse contexto, segundo adverte Dias Toffoli, a (re)discussão acerca da “segurança jurídica” é questão que hoje afeta não apenas o nosso país e a família continental, mas também aqueles que tradicionalmente pertencem ao *common law*, mesmo países-mãe deste sistema, como o Reino Unido. A ideia dos precedentes judiciais consubstancia-se, assim, como uma necessidade premente de concretização daquele valor²²⁹, pois, quando a elasticidade interpretativa se converte em desordenada casualidade, surge uma massa de decisões que escapam de qualquer racionalidade, degenerando, ao fim, todo o sistema de Direito²³⁰.

Na Colômbia, país da tradição romano-germânica, Pulido advoga tese semelhante à aqui defendida, apontando a evolução do conceito de fonte do Direito e a necessidade da vinculação aos precedentes para reduzir a discricionariedade judicial:

[...] a pesar de que ele derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de um sistema derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente²³¹.

Em um mundo que se movimenta excessivamente, a força vinculante dos precedentes judiciais permitem a busca da coerência, o respeito à igualdade, a garantia da

²²⁶ BUSTAMANTE, op. cit., p. 315.

²²⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. [02 de agosto, 2012]. São Paulo: Jornal Carta Forense. Entrevista concedida aos editores.

²²⁸ NOGUEIRA, op. cit., p. 121. Neste mesmo sentido, Mancuso (op. cit., p. 65), diz que “cada vez um número maior de países, almejando a unificação jurisprudencial adota a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes em matéria constitucional, como a Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça, Espanha e México”.

²²⁹ TOFFOLI, José Antonio Dias. **Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões**. [20 de março, 2015]. Curitiba: Jornal Gazeta do Povo. Entrevista concedida a Joana Neitsch.

²³⁰ TARUFFO, Michele. **El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil**. Traducción Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005, p. 18-22.

²³¹ PULIDO, Carlos Bernal. El precedente en Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 21, diciembre de 2008, p. 82. Disponível em: < file:///C:/Users/Jeremias/Downloads/493-1589-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 mar.2015.

estabilidade do sistema jurídico – pressuposto da segurança jurídica e da confiança legítima – e a própria redução do âmbito de discricionariedade dos juízes²³². Há, pois, virtude em se adotar soluções idênticas, ainda que diversos sejam caminhos pelos quais se chega a elas.

Como se observou, o quadro de insegurança jurídica e ampla liberdade decisória relacionados ao relativamente recente processo de institucionalização e densificação do conteúdo dos direitos humanos faz-se presente em todas as *famílias* jurídicas. Essa realidade só pode ser enfrentada se, em primeiro lugar, formos capazes de compreender as suas origens e, além disso, mais importante, pudermos controlar seu contexto de justificação (redução da subjetividade), com a ciência da utilização do precedente judicial como fonte formal do Direito – relevante ponto de partida dogmático ao lado do texto normativo – e a fundamentação da decisão nos moldes apresentados no capítulo anterior. Resta agora, para atingir os objetivos propostos na pesquisa, estudar a caótica liberdade decisória no Brasil e o modo como aqui tem se constituído a teoria da decisão judicial.

2.2 A LÓGICA BRASILEIRA DA JURISPRUDÊNCIA PLETÓRICA E O APROFUNDAMENTO DO “CAOS JURISPRUDENCIAL”: A NEGAÇÃO DOS PONTOS DE PARTIDA E A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES PELO MANEJO ALEATÓRIO DE TRECHOS DE DECISÕES PASSADAS EM RAZÃO DOS “PARADIGMAS” DO APLICADOR

A partir do segundo pós-guerra, não é mais novidade, houve uma substancial sobrecarga nos sistemas de Direito das tradições jurídicas ocidentais (notadamente a anglo-saxã e a continental), na medida em que, radicalizado o “elemento antropológico” por conta das atrocidades cometidas durante o holocausto, a humanidade exigiu a ruptura com o passado autoritário na direção de um compromisso explícito de maior proteção dos direitos fundamentais e humanos. Desde então, ficou evidente que nem todo conteúdo legislativo poderia ser considerado Direito, assumindo os direitos fundamentais, com o movimento de sua positivação nas diversas ordens constitucionais, força normativa limitadora tanto para o Poder Público quanto para os particulares.

²³² PULIDO, Carlos Bernal. **La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano**. Disponível em: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/1BERNALPULIDO.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

Houve, mesmo por isso, dado o reconhecimento do caráter plural das sociedades contemporâneas, a consagração de valores diferentes, opções e interesses políticos diversos, que não poucas vezes hospedam aspirações e ideais que se achegam à colisão recíproca ou convivem de modo tenso e contraditório. Pode-se falar, outrossim, em uma verdadeira ampliação ética do conteúdo jurídico positivado que, devido à falta de precisão e à indeterminação das aspirações políticas consagradas, passou a exigir do julgador a concretização (“densificação”) das cláusulas muito abertas que estabeleceram direitos fundamentais²³³.

Não sendo mais o Direito buscado exclusivamente na “lei” ou na simples declaração dos precedentes, os sistemas jurídicos tornaram-se “fluidos”, deslocando o foco da atividade dos juristas em torno da interpretação, para o momento da aplicação – uma verdadeira “modificação da agenda” por parte da teoria jurídica contemporânea em razão dos problemas colocados pela indeterminação do “elemento antropológico”²³⁴. Segundo Abboud, Carnio & Oliveira, a mira metodológica da ciência do Direito apontou definitivamente para a decisão judicial, “que garante uma autonomia maior do que a velha postura formal decorrente de uma pura teoria da legislação, recorrente no imaginário jurídico desde os movimentos que sucederam a revolução francesa e o posterior período codificador”²³⁵.

É nesse sentido que Pulido afirma já não ser segredo que o direito dos direitos passou a ser, antes de tudo, um direito jurisprudencial que resulta da concretização de cláusulas bastante indeterminadas que estabelecem direitos fundamentais²³⁶.

Assim, as transformações geradas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, tanto no *civil law* quanto no *common law*²³⁷, ampliaram os poderes do julgador na interpretação do ordenamento jurídico, porquanto a eles se confiou a resolução das incertezas e desacordos quanto ao conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Ocorreu, por assim dizer, uma “expansão do poder judicial”²³⁸.

²³³ V., a propósito, ALMEIDA, op. cit., p. 48-51; PULIDO, op. cit., p. 24; BUSTAMANTE, op. cit., p. 116; LORENZETTI, op. cit., p. 33, além de diversos outros autores referidos no decorrer deste trabalho.

²³⁴ JUST, op. cit., p. 55.

²³⁵ ABOUD; CARNIO, op. cit., p. 73.

²³⁶ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 24.

²³⁷ Conforme destacado na subseção anterior, a doutrina cunhou a expressão “constitucionalização do *common law*” exatamente para referir à mudança de perspectiva que a nova aplicação do Direito gerou também nesta tradição jurídica anglo-saxã.

²³⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 51; PULIDO, op. cit., p. 253; ABOUD, op. cit., p. 354.

No entanto, essa realidade sobrecarregou o Direito, em razão da variedade de aspirações políticas possíveis. Segundo o professor paranaense Mauro Sérgio Rocha, a normatividade atribuída aos direitos fundamentais, em sistemas abertos nos quais vocábulos podem ser interpretados em sentidos muito diferentes, naturalmente intensificou a subjetividade (discricionariedade) do intérprete aplicador, que, em última instância, é o juiz ou o tribunal. Se antes a preocupação relacionava-se com a falta de normatividade desses preceitos, conforme bem lembra Atienza, “agora os problemas que desafiam o intérprete/aplicador dizem respeito às diferentes leituras por eles admitidas”²³⁹. Sendo assim, dependendo de sua formação, “se utilitarista, liberal igualitário, comunitarista ou crítico-deliberativo, diferentes serão as respostas atribuídas ao caso examinado”²⁴⁰, denotando uma conjuntura que atrai o risco da discricionariedade exagerada ou mesmo de eventual arbitrariedade na densificação dos direitos fundamentais²⁴¹.

A essa realidade de diversidade multicultural, Lorenzetti atribui o sentido de “era da desordem”, para justificar a contemporaneidade em que toda uma geração de juristas vive – na qual os sistemas são cada vez mais abertos e permeáveis às múltiplas concepções individuais sobre a vida – e a constante ameaça de interpretações jurídicas meramente subjetivas ou herméticas²⁴².

Concorda-se, no ponto, com Nalini, para quem “o direito posto em juízo não pode se transformar numa caótica barafunda de opiniões, todas fundamentadas, mas que tenham como resultado não a pacificação, e sim a perplexidade”. Referindo-se especificamente ao nosso

²³⁹ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2009, p. 113.

²⁴⁰ Em exemplo lapidar sobre as tensões derivadas das diferentes concepções de mundo (“paradigmas”), Lorenzetti, op. cit., pp. 31-32, apresenta a situação de uma pessoa que contrata empréstimo de dinheiro, mas que, no vencimento do prazo, não tem condições de realizar o pagamento por razões alheias à sua vontade, o que não impede o credor de requerer judicialmente a execução da dívida. Afirma, nesse contexto, que o tribunal, integrado por juízes com concepções de mundo distintas, pode decidir a mesma questão de modo muito diferente: um “juiz formalista” pode se apegar na justiça formal, considerando que critérios alheios ao direito não podem ser levados em conta; um “juiz piedoso”, contudo, pode dizer que as regras devem ser moderadas, não se colocando alheio à realidade econômico-social que pode ter afetado o devedor, pautando sua decisão por critérios de justiça material; por fim, um “juiz consequencialista”, que coincide com o primeiro quanto à sanção por inadimplemento, mas dedica ampla espaço para a análise das consequências possíveis em contratos da espécie. Conquanto não se considere as concepções e decisões diferentes algo negativo, senão intrínseco à atual realidade do Direito, verifica-se que este exemplo da sobrecarga ética gera de fato uma ampliação decisória, a qual, se não pode ser combatida na essência, demanda enfrentamento racional e maior cuidado com a justificação das decisões judiciais, para não gerar a chamada “jurisprudência lotérica”, tão prejudicial aos jurisdicionados e aos próprios órgãos judiciários.

²⁴¹ ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores**: Com ênfase no novo Direito Processual Civil. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 287 e 303.

²⁴² LORENZETTI, op. cit., p. 359.

país, reconhece que “a sociedade brasileira assiste, atônita, ao campeonato de incontáveis interpretações, todas aceitáveis, mas que acentuam o relativismo da certeza jurídica”²⁴³.

O grande risco que disso se vislumbra é que, sem uma fundamentação mais densa (o “constrangimento a fundamentar” já referido anteriormente), frequentes são os abusos no manejo dos direitos fundamentais positivados, “decorrência direta dos mais frouxos critérios de julgamento, ou melhor, da não assimilação de critérios mais sofisticados de julgamento”²⁴⁴. Esta situação expõe a imprevisibilidade das decisões judiciais do período pós-segunda guerra mundial, principalmente em ordenamentos da tradição romano-germânica, como o brasileiro, não habituados com a criação normativa pelos juízes. E, se as decisões ficam imprevisíveis, concorrendo para a insegurança jurídica, começa-se a formar uma “jurisprudência lotérica” ou, em outras palavras, um “dissenso pretoriano desmensurado”²⁴⁵, sobretudo quando é mister considerar, na esteira da lição de Taruffo, a realidade do nosso direito judicial, de base eminentemente jurisprudencial²⁴⁶ e não efetivamente de precedentes.

Com efeito, quando a elasticidade interpretativa se converte em desordenada casualidade, surge uma massa de decisões que escapam de qualquer racionalidade, gerando uma crise de incerteza produtora de intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário e degenerando, por consequência, todo o sistema de Direito²⁴⁷.

Para o jurista italiano Michele Taruffo, nos sistemas fundados tradicionalmente no precedente, geralmente, a decisão que se assume enquanto precedente é uma só; todavia, nos sistemas da tradição continental, como o italiano e o brasileiro, em que se evoca a jurisprudência para a solução dos conflitos sociais, o ordinário é fazer referência a muitas decisões, às vezes dezenas ou mesmo centenas, muito embora nem todas venham expressamente citadas. Como consequência, é tarefa árdua afirmar que existe uma determinada interpretação de uma norma (texto normativo). Há, dessa maneira, “nessa aluvião descontrolada de decisões que versam sobre a mesma questão ou sobre a mesma norma”, um

²⁴³ NALINI, José Renato. Paranoia dogmática. **Jornal O Estado de S. Paulo**, São Paulo, cad. A-2, 08 jul.2014.

²⁴⁴ ROCHA, op. cit., p. 290.

²⁴⁵ Expressão notabilizada por MANCUSO, op. cit., p. 59.

²⁴⁶ Segundo Tucci, “em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência – que é polissêmico – geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica”. De outro lado, “quando se alude a precedente refere-se, geralmente, a uma decisão relativa a uma situação particular”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedentes judiciais e a atuação do advogado. In: DIDIER JR., Fredie; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Coleção Repercussão do Novo CPC**. V. 2 – Advocacia. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 110-112)

²⁴⁷ TARUFFO, op. cit., p.18-22.

quantitativo enorme de sentenças, de modo que a jurisprudência sobre muitos temas, nos mais diversos sentidos, alcança as milhares de decisões²⁴⁸.

Em função disso, o número descontrolado de decisões acarreta verdadeira “degeneração”, quer dizer, não raro se verificam incoerências, contradições e mudanças repentinas de direção, tornando o uso da jurisprudência tarefa complicada, difícil e arriscada – problemas que, em regra, não existem “nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente”²⁴⁹.

No sistema jurídico brasileiro, segundo adverte Tucci, a *ratio iudici* é a alusão, de modo geral, a muitas decisões, sendo sempre difícil estabelecer a tese realmente relevante ou mesmo averiguar qual ou quais julgados cuidam da específica tarefa de interpretar o fundamento em que se baseia a questão posta para análise judicial²⁵⁰. Quer dizer, a regra entre nós, em um quadro muito similar ao da Itália, segue a lógica da jurisprudência pletórica, do emprego confuso e desordenado, muitas vezes irracional, de grupos de decisões escolhidas a partir de critérios fluidos formatados de acordo com os interesses ou “paradigmas” do aplicador²⁵¹.

Nas palavras de Taruffo, trata-se de uma situação de “caos jurisprudencial”²⁵², em razão da frequência arbitrária, aleatória e desprovida de justificativa séria de variações da jurisprudência, a exigir uma firme política de precedente capaz de assegurar consistência e coerência a respeito da aplicação do Direito. Ora, se os juízes criam o Direito, e o têm feito de forma deveras imprevisível por conta da sobrecarga ética decorrente da positivação dos

²⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-ejurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

²⁴⁹ Ibid., p. 6.

²⁵⁰ TUCCI, op. cit., p. 111.

²⁵¹ Em recente seminário sobre o Novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, Livre-Docente da PUC-SP e membro da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do CPC, fez a seguinte e percuciente observação sobre a realidade do nosso direito jurisprudencial (informação verbal): “Se a gente diz para os juízes e desembargadores que eles têm que respeitar a jurisprudência do STJ, eles podem dizer: ‘Qual jurisprudência? A de ontem ou a de hoje?’ O STJ está abarrotado de trabalho e as vezes não constroí uma jurisprudência estável acerca de temas muito relevantes para o país. Então, é difícil pedir para os outros órgãos respeitarem a jurisprudência de um tribunal superior que não respeita a sua própria jurisprudência. Esse é um ponto de partida, que está fora do código, pois não pode ser resolvido por lei É uma questão cultural”. (WAMBIER, Tereza A. Alvim. **O recurso no novo CPC e a força da jurisprudência**. Palestra proferida no Seminário Novo CPC na Visão da Comissão de Juristas. Rio de Janeiro-RJ, em 19 de outubro de 2015)

²⁵² Registrando que, em alguns momentos, “para simplificar”, trata “precedente” e “jurisprudência” como se fossem sinônimos, Taruffo também se refere a esse conjunto fático usando o a expressão “abuso do precedente” (tradução livre), a qual, no entanto, para evitar as confusões terminológicas que o próprio professor esclarece existir, não será utilizada neste trabalho. (V. TARUFFO, Michelle. *Precedents in Italy*. In: HONDIUS, Ewoud (org.). **Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006**. Bruxelas: Bruylant, 2007, pp. 177-188.)

direitos fundamentais, a luta contra a chamada “jurisprudência lotérica” e a crise de incerteza daí decorrente deve estruturar-se a partir do precedente judiciário, estabelecido para tutelar a segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes sempre foi considerada e, por isso mesmo, fez surgir o princípio inspirador do *stare decisis*, segundo o qual casos similares dever ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)²⁵³⁻²⁵⁴.

A despeito de pertencer à tradição jurídica dos países integrantes da família *civil law*, na qual a lei tem sido a fonte do direito por excelência, a atividade criativa do direito, através da jurisprudência, fez-se aqui presente pelo menos desde o período republicano²⁵⁵⁻²⁵⁶. Conquanto a história jurídica brasileira, a partir das primeiras décadas do século passado, tenha se pautado pela “aproximação normativa” ao sistema dos precedentes judiciais – tema que será estudado no capítulo subsequente –, com a emergência do constitucionalismo contemporâneo, a lógica decisória jurisprudencial, distante e distinta daquela própria dos precedentes, continuou a ser a metodologia específica do exercício da atividade do juiz.

Por isso, ainda na década de sessenta, o ministro do STF Victor Nunes Leal, idealizador das “súmulas de jurisprudência dominante” como método de trabalho para enfrentar a discricionariedade judicial na aplicação da lei – agravada com o fim da segunda guerra – e a conseqüente “loteria judiciária”, já alertava que, embora a mudança de orientação decisória fosse algo até natural, era preciso combater a “anarquia jurisprudencial”, a qual constituía descalabro e tormento até mesmo para um sistema jurídico acostumado a laborar com a hipótese (ou até inevitabilidade) da divergência da jurisprudência²⁵⁷.

O Brasil, no entanto, nada obstante as tentativas de mudança legislativa em direção à vinculação dos precedentes – que nos países da *common law* decorre de uma tradição histórico-cultural e não de uma regra escrita –, continuou sem um procedimento metodológico de aplicação da jurisprudência, seguindo senão a regra do emprego casual e desordenado de

²⁵³ MARINONI, op. cit., p. 99.

²⁵⁴ Conforme mencionado na subseção anterior, inobstante a dificuldade por que também passam contemporaneamente os estados anglo-saxões no processo de aplicação do direito, em razão da chamada “constitucionalização do *common law*”, verifica-se ser tendência em todos os sistemas, independente da tradição jurídica de origem, a valorização do direito judicial e a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, com vistas à unificação do Direito neste século XXI.

²⁵⁵ Durante o Império, sob a égide da carta de 1824, o Poder Legislativo fazia, interpretava, suspendia e revogava as leis, e ainda velava pela Constituição. Não havia espaço para o controle judicial. (TOFFOLI, José Antonio Dias; LIRA, Daiane Nogueira de. A jurisdição constitucional e o processo de convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law* no Brasil. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores - Com ênfase no novo Direito Processual Civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 211.)

²⁵⁶ Foi com a primeira Constituição Republicana (1891) que se estabeleceu a jurisprudência como meio idôneo para subsidiar a aplicação do Direito (art. 59, § 2º).

²⁵⁷ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.208, Forense, out.-dez. 1964, p. 16-17.

grupos de sentenças escolhidas segundo a liberdade de convicção do julgador, em uma abordagem mais quantitativa que qualitativa²⁵⁸.

Aqui, em um universo de mais de 50 tribunais de segundo grau, verifica-se na experiência jurídica, não raro no mesmo período de tempo, e muitas vezes no âmbito da própria Corte, evidente ausência de uniformidade da jurisprudência e, por corolário, exagerada insegurança jurídica refletida na sociedade.

É nesse sentido que se deve entender a declaração do ministro Fachin, do STF, de que “não há jurisprudência no Brasil”. A rigor, também se direciona este estudo à inteligência de que o que não existe é “um procedimento metodológico, por meio do qual se dá segurança, previsibilidade e justiça ao caso concreto”²⁵⁹. Os juízes, para além da dificuldade de conseguir estabelecer ou perseguir, diante do “caos jurisprudencial”, uniformidade nos entendimentos apontados pelos tribunais, em verdade constroem sua decisão notadamente de acordo com as próprias concepções (Lorenzetti), utilizando-se da coleta de entendimentos (trechos de precedentes) para justificar pontos de vista particulares, ou seja, a discricionariedade.

Assim, sob uma perspectiva metodológica prescritiva de análise da realidade – sem o receio do adoção de postura crítica interessada –, percebe-se que a teoria da decisão no país encontra-se diante de uma situação possivelmente mais problemática que a retratada por Leal mais de cinquenta anos atrás: ao lado da dificuldade de descobrir consistência e coerência na aplicação do direito, o foco na subjetividade tem permitido aos juízes escolher, literalmente, as teses que pretendem aplicar ao caso concreto, ainda que sob o aparente propósito de seguir os precedentes judiciais.

Nesse sentido, a prática judiciária brasileira tem realizado uma construção teórica pretensamente próxima do pragmatismo (realismo) jurídico norte-americano, na medida em que os juízes primeiro decidiriam para depois encontrar e explicitar a justificativa normativa. No entanto, essa metodologia parece mais achegar-se ao decisionismo²⁶⁰ arbitrário, pois,

²⁵⁸ Nesse sentido, Taruffo observa que, quanto mais quantitativa for a abordagem, maior será a tendência de pensar que o elevado número de decisões em determinado sentido vinculará o juiz sucessivo, sem considerar, contudo, que muitas vezes se trata de mera reprodução mecânica e que a força persuasiva de cada decisão não se relaciona ao número de decisões conforme. (TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

²⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. **País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição**. [16 de julho, 2015]. Brasília: Revista Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Pedro Canário, Marcos Vasconcellos e Marcelo Galli.

²⁶⁰ Teoria com gênese no direito alemão, desenvolvida principalmente por Carl Schmitt, que defende a possibilidade de fixar decisões de acordo com a vontade do julgador ou do administrador, mesmo que contrárias ao texto normativo. Serviu de base para o autoritarismo alemão do nazismo. (ABBOUD, ob. cit., pp. 355- 438.)

considerando a “jurisprudência lotérica” e o manejo (por vezes no sentido de manipulação) de idênticos trechos de decisões passadas para subsidiar pontos de vista distintos, não se pode falar em apego ou adstrição à moldura normativa: nem de forma suficiente à lei nem particularmente aos precedentes, dado que, a despeito da histórica pretensão de vinculação normativa a este instituto típico do *common law*, aqui não se conformou, ainda, uma política efetiva de precedente judicial.

Com efeito, o que ocorre de fato é uma busca de entendimentos para comprovar uma tese anterior (a pré-compreensão ou paradigma do intérprete julgador) sem uma séria vinculação ao parâmetro normativo, seja o legislativo – o qual já se demonstrou não ser mais suficiente para a solução das complexidades sociais a partir da segunda grande guerra –, seja o precedente, no sentido próprio do termo.

Inexiste, desse modo, ideia de moldura quando o aplicador não se justifica a partir da normatividade consagrada pelo sistema, afastando-se de alguma forma da inegabilidade dos pontos de partida: escolhas pontuais de trechos de decisões anteriores, em um quadro jurisprudencial caótico e totalmente fora da “lógica do precedente”²⁶¹, não significa outra coisa senão a possibilidade de inovar à vontade, destruindo por completo a segurança jurídica do sistema²⁶².

Nesse contexto, conquanto não se defenda que o ato decisório seja uma simples manufatura ou uma tecnologia burocrática de reprodução das decisões dos tribunais superiores, tampouco se negue a consubstancialidade dos influxos subjetivos prévios²⁶³, não se compartilha da ideia de liberdade absoluta, sob pena de tornar irracional a atividade judicante, com consequências tanto mais graves que a dispersão jurisprudencial excessiva.

Concorda-se, no ponto, com Feitosa, Freitas e Bastos, para quem, no caso do direito moderno, esse processo de formação do juízo precisa ser de algum modo explicitado no julgamento, ante a obrigatoriedade de fundamentação da decisão²⁶⁴. Trata-se de dever fundamental de quem julga expor claramente todas as suas premissas, sobretudo o parâmetro normativo, o que não tem sido regra por aqui.

²⁶¹ TARUFFO, op. cit., p. 9.

²⁶² FREITAS, op. cit., 2009, p. 13, 122 e 124.

²⁶³ Nesse mesmo sentido, cf. PORTO, op. cit., p. 62 e 66.

²⁶⁴ FEITOSA; FREITA; BASTOS, op. cit., p. 18.

2.3 O JULGAMENTO DO HC 127.186/PR (OPERAÇÃO “LAVA JATO”) PELO STF COMO REPRESENTAÇÃO PRÁTICA DA PARTICULAR LÓGICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: O RACIOCÍNIO *ENUNCIATIVO-DECISIONISTA* DE CONSTRUÇÃO DA DECISÃO

Objetivando contextualizar uma aplicação prática dessa percepção da realidade caótica das decisões judiciais no Brasil, a pesquisa toma como modelo a análise do julgamento levado a efeito no *habeas corpus* (HC) nº 127.186/PR, da 2ª Turma do STF, referente a prisões efetuadas na recente e propagada operação “lava jato”²⁶⁵. Analisar-se-á, particularmente, os votos dos ministros Celso de Mello e Teori Zavaski, porquanto suas decisões neste caso concreto em tudo representam a tese segundo a qual, para mais que a “jurisprudência lotérica”, a tentativa de “aproximação normativa” ao precedente judicial do direito anglo-saxão tem nos acercado de uma situação mais grave: a escolha “decisionista” de trechos de “precedentes” (a rigor, trechos da pluralidade de decisões anteriores) sem o necessário respeito ao parâmetro normativo – quer seja a lei, no sentido da tradição continental, quer seja o precedente, em sua lógica específica anglo-saxã.

Sendo imprescindível uma certa limitação, percebe-se que a decisão em comento, cujo julgamento ocorreu em 28 de abril de 2015 – demonstrando sua atualidade –, demarca na prática o atual estágio da teoria da decisão brasileira e concede cores cristalinas ao efetivo significado da liberdade decisória decorrente da sobrecarga ética do direito a partir do segundo pós-guerra. Com efeito, em sistemas de direito mais abertos que albergam valores humanos complexos e plurais e dividem a sociedade em grupos diversos, restou ampliada a atividade (criadora) judicial, mas também, em proporção similar, o risco de imposição de pré-compreensões pessoais. A discricionariedade parece ir além da conhecida referência realista de ser o direito o que os juízes dizem que é, para uma nova – e mais radical, talvez não propriamente no sentido do decisionismo *schmittiano* – de defini-lo de acordo com o particular manejo de teses gerais de julgados passados segundo os pontos de vista de cada julgador.

Na referida decisão, a 2ª Turma do STF, por maioria, concedeu *habeas corpus* a nove réus acusados de envolvimento de desvio de recursos da Petrobrás, garantindo-lhes o direito de responder a processos em liberdade, vez que a prisão preventiva foi substituída por

²⁶⁵ O codinome diz respeito às investigações e ao processamento judicial de um suposto esquema de desvio de recursos da Petrobrás, sociedade de economia mista brasileira do setor petrolífero, iniciados em 2014 e ainda sem julgamento definitivo em relação a todos os envolvidos.

medidas cautelares diversas (monitoramento por tornozeleira eletrônica; afastamento da direção e administração das empresas envolvidas nas investigações; e recolhimento domiciliar integral), nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP).

O relator, o ministro Teori Zavaski, votou pela concessão da ordem e foi acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli. De outro lado, pela manutenção da prisão preventiva, votaram a ministra Cármen Lúcia, que abriu a divergência, e o ministro decano Celso de Mello.

De fora a questão meritória, que é irrelevante para os propósitos desta pesquisa, os votos dos senhores ministros Teori Zavaski e Celso de Mello constituem uma representação concreta daquilo que este trabalho propõe definir como *caos decisório enunciativo-decisionista*, quer dizer, a decisão, sob as bases de uma desordenada lógica jurisprudencial, é construída a partir da referência aleatória a argumentos ou teses gerais de partes de decisões pretéritas (“precedentes da Corte”, como é comum ler nas manifestações dos ministros) visando justificar os pontos de vista (a interpretação meramente subjetiva²⁶⁶) do julgador. Com um relevante detalhe: sem observar, efetivamente, a normatividade própria dos precedentes.

De acordo com Fernando Leal, professor da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro-RJ (FGV-Rio), partindo cada ministro de argumentos gerais diferentes, de um conjunto distinto de partes de “precedentes”, é possível surgir decisões aptas a sustentar resultados totalmente diversos, independentemente da origem da decisão invocada, que pode inclusive se referir a um caso muito diferente em relação ao suporte fático. A utilização do “precedente” como ponto de partida se relaciona notadamente com as teses gerais nele fixadas, não com o contexto dos fatos que lhe serviram de base²⁶⁷.

Em seus votos, a abordagem de ambos os ministros acerca de dois específicos temas bem ilustra toda esta construção teórica. São eles: (i) a excecionalidade da prisão cautelar; (ii) a idoneidade da prisão cautelar contra organizações criminosas (requisito da garantia da ordem pública – art. 312, CPP).

Todos partem, em verdade, do reconhecimento da tese jurídica sedimentada na Corte de que a prisão preventiva é uma medida excepcional restritiva da liberdade, razão por que somente deve ser decretada quando absolutamente necessária para se cumprir a finalidade

²⁶⁶ Ou hermética, no sentido de difícil compreensão, nas palavras de Lorezenti (op. cit., p. 360).

²⁶⁷ LEAL, Fernando. **Uma jurisprudência que serve para tudo**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em: 20 maio. 2015.

buscada pelo Sistema Jurídico. Respeitada por todos os ministros, a regra foi explicitada pela ministra Cármen Lúcia no voto que inaugurou a divergência, nos seguintes termos:

Estamos todos de acordo, portanto, acho, a comunidade jurídica como um todo – aqui no caso, os Juízes, os advogados e o próprio Ministério Público –, que, só em caso de necessidade que não puder ser transposta, a medida excepcional da prisão preventiva haverá de ser mantida.

Isso não obstante, para justificar a prisão cautelar, o ministro Celso de Mello fundamentou-se efetivamente no seguinte argumento: “a prisão cautelar – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”. Por outro lado, citando este mesmo “precedente”, o HC nº 95.290/SP²⁶⁸, o ministro Teori Zavaski, concedendo a ordem, optou por consignar argumento diverso, o de que a prisão preventiva não pode representar simplesmente uma antecipação de pena.

O “precedente” invocado por ambos os magistrados (HC nº 95.290/SP) consagra, em sua *ratio decidendi*, tanto que a prisão cautelar não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do réu quanto que seu objetivo não é infligir punição, mas beneficiar a atividade estatal do processo penal. Todavia, enquanto o primeiro julgador adscreeveu-se à tese geral do benefício para a atividade do Estado, decidindo em um sentido, o outro tomou por fundamento, olvidando aquele, o argumento da impossibilidade de antecipação de pena, indo na direção diametralmente oposta.

Usar argumentos diversos de um mesmo precedente – que, a rigor, se complementam e conjuntamente compõem a regra judicial ou a *ratio decidendi* preponderante –, de forma isolada, como se não compusessem uma unidade incindível, apenas confirma a ideia de que aqui se faz uso de uma lógica particular dos precedentes judiciais, a do julgamento por enunciados gerais em função da discricionariedade do juiz.

Tão grave quanto a seleção específica de partes (argumentos ou teses gerais) de decisões anteriores – e capaz de gerar os mesmos efeitos do seu manejo aleatório – é a situação em que o julgador, ciente da regra jurídica do precedente, labora seu julgamento optando deliberadamente por omiti-la.

²⁶⁸ HC 95290, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 01-08-2012.

No caso concreto, sobre o tema (ii) prisão cautelar e organização criminosa, quer dizer, sobre a necessidade de resguardar a ordem pública em face do receio de reiteração delitiva, o ministro Celso de Mello ressaltou, com base na jurisprudência de ambas as Turmas da Corte Suprema, que “inexiste qualquer ilegalidade ‘no decreto prisional que, diante das circunstâncias do caso concreto, aponta a sofisticação e larga abrangência das ações da organização criminosa, supostamente liderada pelo paciente, o que demonstra a sua periculosidade’”. Referiu-se, a propósito, ao HC nº 108.049/SP, de relatoria do próprio ministro Teori Zavaski, no bojo do qual se ratificou que o STF tem entendimento firmado no sentido de que a existência de organização criminosa impõe a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de seus integrantes como garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.

A despeito disso, em seu voto, o ministro Zavaski, ao analisar a necessidade de resguardar a ordem pública, abordou tão somente a questão da gravidade dos crimes imputados e o argumento da credibilidade das instituições públicas, afastando-as por não serem suficientes, por si sós, para legitimar a prisão preventiva, como “a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado”. Mesmo tendo sido o relator do HC nº 108.049/SP, e havendo no caso expressa referência ao fato concreto do risco da continuidade delitiva em face do envolvimento do crime organizado, o ministro escolheu – de forma aleatória e como se não tivesse ciência (*turning a blind eye to*) da “interpretação da norma consagrada na decisão”²⁶⁹ – não abordar a temática do receio de reiteração delitiva nos casos envolvendo a atuação de organização criminosa.

É pertinente observar, na íntegra, a parte do voto do ministro Teori Zavaski que tratou do fundamento da necessidade de resguardar a ordem pública:

6. O outro fundamento do decreto prisional é o da necessidade de resguardar a ordem pública, **ante a gravidade dos crimes imputados, a necessidade de “resgatar a confiança da sociedade no regular funcionamento das instituições” e o receio de reiteração delitiva.** Ocorre que a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, **por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar** (HC 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03-04-2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 05-03-2015; HC 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21-10-2014; HC 121286, Relator(a): Min.

²⁶⁹ Trata-se de expressão utilizada por Marinoni, (op. cit., p. 220), que também significa *ratio decidendi* ou razão de decidir. Conforme Streck (op. cit., p. 384), os norte-americanos preferem o termo *holding*.

RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30-05-2014; HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12-11-2013; HC 115613, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-08-2014). **De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas**, “nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade” (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). No mesmo sentido: HC 95358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 06-08-2010; HC 84662, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004). Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador. (HC 127186, Relator(a): Min. Teori Zavaski, Segunda Turma, DJe de 28-04-2015 – sem grifos ou destaques no original)

No exercício de um raciocínio *enunciativo-decisionista* de construção do julgamento, optou o ministro relator por uma escolha negativa, isto é, pela simples desconsideração de uma regra jurídica cuja consolidação, em passado não distante (março de 2013), ele próprio, na qualidade de relator, conduziu.

Diante disso, não se pode falar em desconhecimento, mas em escolha, ainda que omissiva, meramente subjetiva por parte do julgador. Afinal, em 2015, uma pesquisa da Série Justiça Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denominada “A força normativa do direito judicial” concluiu que há “um profundo conhecimento por parte dos ministros e suas equipes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”²⁷⁰.

Percebe-se, assim, que, ao lado do “caos jurisprudencial”, as decisões judiciais tem sido construídas a partir da referências aleatórias, comissivas ou omissivas, a argumentos gerais de trechos de decisões passadas, mesmo que isto signifique a não observância do parâmetro normativo da tradição jurídica brasileira ou a negação de seus pontos de partida. A rigor, enunciados gerais sequer constituem, por si sós, jurisprudência.

²⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de.; GONTIJO, Alice; MACIEL, Glaucio Ferreira et al (coord.). **A força normativa do direito judicial**: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 85.

Essa realidade de decisão por enunciados gerais para comprovar uma determinada tese traz à baila a seguinte e atual advertência de Cownie, Bradney e Burton:

[...] se os juízes pudessem escolher e pegar entre diferentes precedentes, e diferentes partes de diferentes precedentes, um juiz (ou advogado) hábil e com conhecimentos vai achar cada vez mais fácil de se encontrar julgamentos anteriores que justifiquem qualquer decisão que eles desejem proferir. O sistema de precedentes transformar-se-ia em uma questão de encontrar a citação útil que vai justificar o argumento que o juiz quer fazer²⁷¹.

Aqui, o uso de “precedentes” parece ser algo aleatório, não funcionando de fato como limites para o julgador, mas, ao contrário, oportunidades praticamente inesgotáveis para a sustentação dos mais diversos pontos de vista, já que podem recorrer a julgados passados sem estarem limitados à sua *ratio decidendi*. Longe da previsibilidade, conforma-se a desorientação²⁷².

Desenvolve-se, portanto, um raciocínio jurisprudencial apenas analítico para a solução de questões levantadas no caso individual, sem nenhuma projeção para o futuro. Em outras palavras, uma jurisprudência sempre mais fluida e, por consequência, menos consistente e coerente em relação ao sistema jurídico. Só uma política séria de precedentes judiciais, segundo Taruffo, pode contribuir para dissipar as complexidades existentes, formando “áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência”. Caso contrário, mantida a referência aos precedentes sob a perspectiva aleatória atual, propagar-se-á a desordem e a variação casual ligada às especificidades dos casos concretos²⁷³.

A situação ganha relevo e renovada atenção por conta do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que, de forma geral, para combater a “dispersão excessiva da jurisprudência”, reforça o modelo de vinculação normativa ao precedente judicial, acrescentando, porém, a exigência da prática argumentativa (“constrangimento a fundamentar”) no direito pátrio.

Assim, a despeito de se verificar, no Brasil, uma gradativa transformação do ato de julgar em algo de caráter mais prático do que teórico – voltado, pois, para o raciocínio jurisprudencial preocupado com os argumentos produzidos em tribunais²⁷⁴ –, na linha da valorização do precedente judiciário contemporaneamente seguida tanto pela tradição jurídica

²⁷¹ COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony e BURTON, Mandy. **English legal system in context**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 95.

²⁷² LEAL, op. cit., p. 3.

²⁷³ TARUFFO, op. cit., p. 14-15.

²⁷⁴ Justiça Pesquisa do CNJ, op. cit., p. 79.

anglo-saxã quanto pela continental (v. item 2.1), defende-se que aproximação ao *stare decisis* pela via normativa incorporou ao nosso sistema jurídico a *lógica da decisão por enunciados gerais* (argumentos ou teses gerais de decisões passadas ou de “precedentes”, como alguns sem rigor técnico mencionam), tornando, pela liberdade decisória decorrente, a pletórica jurisprudência tanto mais caótica e inconsistente. É o que será abordado no último capítulo.

3 CAOS ENUNCIATIVO-DECISÓRIO NO BRASIL?

3.1 A ETICIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DEVOTAMENTO BRASILEIRO À PREOCUPAÇÃO PRÁTICA COM O VOLUME DE PROCESSOS

À vista da explanação anteriormente alinhavada, é possível, neste momento, consentir sedimentada a ideia de que a visão dinâmica do permanente processo de positivação do Direito – com a consagração de concepções de mundo e conteúdos éticos diversos, não raro antagônicos²⁷⁵ – é capaz de explicar a abertura cognitiva dos sistemas jurídicos e a sua própria indeterminação, o que acarretou o aumento do poder do juiz, na perspectiva da amplitude de criação-complementação da interpretação judicial²⁷⁶.

A partir da segunda metade do século XX, notadamente no contexto do constitucionalismo pós-guerra e da correspondente positivação de direitos humanos²⁷⁷, a fim de romper com o recente passado autoritário, dá-se conta da “expansão do poder judicial”²⁷⁸ (*jude made law*) e da modificação da “agenda” da teoria jurídica para a decisão e a aplicação²⁷⁹, tanto das orientações teóricas da tradição continental quanto da anglo-americana.

²⁷⁵ Segundo Abboud (op. cit., p. 468), se imaginarmos uma complexa e plural como a brasileira, em seu bojo, constataremos a existência de diferentes temas a dividir a sociedade em grupos diversos, por convicções políticas, morais ou religiosas, como por exemplo, em temas como legalização do aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo, poligamia, liberdade religiosa, pesquisa em célula tronco embrionária, fidelidade partidária, entre muitos outros.

²⁷⁶ JUST, op. cit., p. 151.

²⁷⁷ Segundo Lorenzetti (op. cit., p. 73), desde então os direitos naturais ou da pessoa foram incorporados nos sistemas jurídicos, razão por que, inclusive, perdeu sentido o clássico debate entre positivismo e jusnaturalismo, a despeito da evidente manutenção da importância teórica. Just, op. cit., p. 123, chega a falar em “renascimento do direito natural” a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, simbolizada pela reviravolta do pensamento de Radbruch. Freitas, a propósito, afirma que “o quadro evolutivo na história do direito moderno ou dogmaticamente organizado se fez valer ‘positivando’ o direito natural. Tal positivação se deu na prática com a incorporação, nas cartas constitucionais e demais normatizações, daqueles reclames transcendentais e imutáveis característicos dos valores idealizados pelo jusnaturalismo” (FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Fundamentais**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 237).

²⁷⁸ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, porquanto pioneiros no estudo da expansão da atuação do Poder Judiciário, na perspectiva dos direitos fundamentais positivados de forma extensa e aberta.

²⁷⁹ Sobre a mudança do eixo da teoria jurídica, Douglas Price, na linha do também argentino Chaumet, prefere o termo “implementação” a “aplicação”, porque associa àquele, e não a este, o processo de “desformalização do direito” que trouxe à baila o papel “criador” do juiz, no Estado constitucional. (PRICE, Jorge E. Douglas. O jardim dos caminhos que se bifurcam: uma teoria da decisão judicial. Palestra proferida no I Congresso Jurídico do Tocantins: Novos paradigmas do Direito Privado e os Desafios para o Século XXI. Universidade Católica do Tocantins, Palmas-TO, em 11 de setembro de 2014)

Feitosa esclarece que o texto produzido pelo legislador, desde então, deixou de ser o centro da atividade jurídica, senão apenas o seu ponto de partida, a demandar contemporânea reflexão naquilo que fazem os juízes e tribunais²⁸⁰. Assumiu o Poder Judiciário, mesmo por isso, acentuado protagonismo no cenário mundial²⁸¹.

Foi nesse contexto do crescente processo de materialização do Direito que se descreveu, no capítulo anterior, o momento e o discurso de justificativa da ampliação dos poderes do julgador e a conformação de decisões jurídicas em relevante medida indeterminadas pelo incremento do poder discricionário – tendo em conta todas as espécies de critérios e diferentes valores positivados e a consequente liberdade decisória. Afinal, conforme se destacou, a densificação do conteúdo de direitos fundamentais, ante a possibilidade de diferentes leituras admitidas, intensificou a subjetividade do intérprete/aplicador.

Por isso, a orientação global do pensamento jurídico contemporâneo, quer seja, o giro epistêmico para o momento da aplicação, na verdade, reaproximou o direito continental da tradição anglo-saxã, impelindo-os a uma convergência cuja base é a abertura de ambos os sistemas à criatividade do direito judicial (*case law*). De fato, embora o incremento da atividade judicial tenha se mostrado mais evidente nos países de *civil law*²⁸², também no âmbito da *common law*, mesmo considerando a cultural prática do *judicial self-restraint*²⁸³, a temática da discricionariedade decisória voltou vigorosamente à tona com os influxos do constitucionalismo pós-guerra.

Postema, diante do quadro de indiscutível ampliação do poder do juiz, sustenta que a perspectiva de convergência entre as tradições jurídicas torna-se factível, precisamente, a partir da “vinculação dos precedentes (ou seja, sua autoridade como determinante dos

²⁸⁰ FEITOSA, Enoque. Marxismo, realismo e direito: uma análise voltada às manifestações do fenômeno jurídico sob um viés da práxis. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne *et al* (org.). **Pragmatismo Jurídico: Fundamentos e Método de uma doutrina interdisciplinar**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2014, p. 264.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. O Ativismo e a Judicialização: de como os números podem velar o fenômeno. In: MORAIS, José Luís Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (coord.). **Novo Constitucionalismo Latino-americano: o debate sobre novos sistemas de Justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 144.

²⁸² Importa registrar, vez mais, a ressalva de que o incremento da atividade (criativa) dos juízes mostrou-se mais nítida na tradição do *civil law*, porque, além de a atividade de criação do Direito, no sentido de um poder normativo discricionário, ser uma característica originária do *common law*, o direito continental, a princípio, sempre relegou a atividade judicial à mera aplicação da lei, na esteira da ideologia francesa do século XIX do juiz *bouche de la loi*. Cf., a propósito, BUSTAMANTE, op. cit., p. 21-22 e 91.

²⁸³ Para Kronman, um grau suficientemente seguro quanto à criatividade dos juízes do *common law* pôde ser alcançado porque os responsáveis pela administração das regras compreenderam e respeitaram os acordos contratuais e os entendimentos baseados no direito costumeiro. (KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 187-188)

julgamentos posteriores) no que tange à solução de questões que envolvam direitos fundamentais”, assim determinados pela ordem constitucional²⁸⁴. Há, pois, segundo reconhecem os juristas contemporâneos, uma relativa identidade de problemas e soluções encontrados na tradição jurídica da *common law* e no direito continental²⁸⁵.

Assim, a tendência de atribuir força vinculante aos precedentes judiciais não é uma singularidade do direito brasileiro²⁸⁶, senão uma direção verificada em todos os Estados Constitucionais contemporâneos, pouco importando a família jurídica. Segundo Tucci, o precedente judicial é um fenômeno extremamente difuso, presente e relevante nos modelos jurídicos de época contemporânea²⁸⁷⁻²⁸⁸, reforçada a sua força e fidelidade, cada vez mais, pela natureza de instrumento capaz de enfrentar a abertura das disposições constitucionais e reduzir o âmbito de discricionariedade dos juízes na aplicação do Direito – conforme abordado no Capítulo 2.

A evolução da teoria do precedente judicial vinculante trata-se, pois, de uma consequência natural da evolução das tradições jurídicas, porquanto não se pode mais prescindir, no Estado Constitucional²⁸⁹, de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado e coerente do Direito²⁹⁰. Afinal, há séria ameaça ao Estado Democrático de Direito quando, independente de qual seja a orientação teórica – porque comum, hoje, a realidade da aplicação do Direito pelos tribunais (poder normativo do Judiciário)²⁹¹ –, os

²⁸⁴ POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. **Precedent in Law**, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 20-21.

²⁸⁵ BUSTAMANTE, op. cit., p. 13.

²⁸⁶ Sobre ser inclinação aos precedentes uma realidade atual no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em outros países de origem romano-germânica. Cf., entre outros, Toffoli (op. cit.).

²⁸⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 98-99.

²⁸⁸ Para Taruffo, “pesquisas conduzidas em sistemas jurídicos diferentes demonstraram que a referência ao precedente, desde há vários anos, não é uma característica peculiar do regime *common law*, pois está agora presente em quase todos os sistemas, que inclui também o *civil law*”. (TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. Trad. Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini. **Precedente Revista Jurídica**. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Icesi, 2007. Disponível em: <http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/issue/view/174>. Acesso em: 2 ago. 2015)

²⁸⁹ *Estado Constitucional* ou *Estado Pós-Social* ou mesmo *Estado da Pós-Modernidade* é sinônimo de *Estado Democrático de Direito*, conforme explica Bezerra Leite (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à Justiça no Estado Democrático de Direito. In: DINIZ, João Janquê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (coord.). **Constituição, Processo e Cidadania**. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015, p. 313). Por seu turno, Gontijo, sobre as transições das formas do Estado Moderno e a preponderância do processo político, afirma que a classificação mais difundida é a que subdivide a sua história em quatro fase: Estado Absolutista; Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, que tem se consolidado nos dias atuais (GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do Direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 4).

²⁹⁰ BUSTAMANTE, op. cit., p. 82-83.

²⁹¹ Cf., na Seção 2.1, a construção argumentativa desenvolvida no sentido de que a discricionariedade (subjetividade) do julgador, com a inferência do constitucionalismo contemporâneo (especificamente, a

órgãos incumbidos de resolver os litígios pensam poder regulá-los a partir de suas “convicções pessoais”²⁹².

Destacando especialmente a realidade da *civil law*, mas a ela não se restringindo, Marinoni arremata:

A justificativa, ou melhor, a eticização dos precedentes, além de estar relacionada a todos estes fatores, implica ver que o respeito aos precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal²⁹³.

Nesse sentido, à pergunta de Waldron sobre ser o uso dos precedentes exigência do Estado de Direito, ou se este é neutro ou mesmo contrário à sua adoção²⁹⁴, concorda-se com Pereira, para quem a prática de seguir precedentes se apresenta como critério de racionalidade e imparcialidade para a atuação dos juízes e para a estabilização e o avanço do Direito; impõe ainda relevante restrição ao processo de tomada de decisão judicial, que não pode ser meramente discricionário, mesmo diante do estado de indeterminação do direito positivo pós-bélico. Nos ombros dos juízes e tribunais recai o dever de pensarem em si como órgãos que decidem em nome da sociedade e não em nome próprio, de forma pessoal e individualizada, como se tivessem liberdade de fazer o que bem entendessem²⁹⁵.

A prática de precedentes enseja, a rigor, o estudo do raciocínio das decisões judiciais, isto é, do próprio processo de tomada de decisão e incita, por isso mesmo, a resolução de problemas jurídicos não de acordo com convicções pessoais. Trata-se de pensar a teoria jurídica, em última instância, com o objetivo de proporcionar maior credibilidade na atuação dos juízes, pois contribui decisivamente com a identificação das razões do processo decisório e permite a recapitulação (controle) dos fundamentos pelos jurisdicionados.

É por esse motivo que Silva afirma que a teorização de uma criação jurisprudencial (no sentido de ato normativo realizado por juízes e tribunais) do Direito deve ser vista como

“constitucionalização do *common law*” e a “descodificação do *civil law*”), passou a ocupar o centro das preocupações científicas de todas as tradições jurídicas, desde a segunda metade do século XX até os dias atuais.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 18.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

²⁹⁴ WALDRON, Jeremy. Stare decisis and rule of law: a layered approach. **Public Law Research Paper**, New York, n. 11-75, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso em: 6 set.2015.

²⁹⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 17-18.

uma questão de legitimidade em tempos de Estado Democrático de Direito na exata medida em que permitir a interação com a comunidade jurídica²⁹⁶.

Diante desse quadro, é preciso reconhecer, notadamente entre os ordenamentos de origem romano-germânica – nos quais a “abertura” à criação do Direito pelo juiz é fenômeno mais recente –, que a jurisprudência (direito judicial ou “dos juízes”²⁹⁷) passou a integrar o direito positivo²⁹⁸, não sendo mais possível considerá-la simples critério auxiliar ou subsidiário de decisão. Em outras palavras, na contemporaneidade, é impróprio asseverar que o precedente judicial não é fonte formal do Direito nos sistemas de *civil law*²⁹⁹. Esta era, em verdade, uma concepção do positivismo jurídico do século XIX, expressão pura do pensamento liberal que dominava o contexto histórico-econômico dos Códigos continentais de então.

Cuidando especificamente da ordem jurídica colombiana, mas demonstrando que, a partir do segundo pós-guerra, a introdução do *stare decisis* próprio do *common law* (reconhecimento da força vinculante da jurisprudência) se generalizou nos ordenamentos jurídicos de origem continental, Pulido defende que o precedente judicial tem hoje em dia o caráter de fonte formal e material do Direito; e, dado que não há fonte do Direito que não tenha força vinculante, porquanto um e outro conceito são faces da mesma moeda, convém aceitar *ab initio* que a jurisprudência³⁰⁰⁻³⁰¹ tem força vinculante³⁰².

²⁹⁶ SILVA, Diogo Bacha. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: A transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 120.

²⁹⁷ Expressão que se notabilizou pela lição do professor colombiano Carlos Bernal Pulido. (PULIDO, Carlos Bernal. O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 186)

²⁹⁸ Para Adeodato, no contexto da jurisdição constitucional, as decisões dos juízes tornam-se componentes dos “textos do livro constitucional” e servem de ponto de “partida para novas interpretações, argumentações e decisões. (ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140)

²⁹⁹ Cf. PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 24.

³⁰⁰ Conquanto, no capítulo anterior, com base nas lições de Michele Taruffo e Tucci, já se tenha pontuado as diferenças entre “jurisprudência” e “precedente”, sobretudo quanto à lógica decisória de cada qual, é mister neste ponto esclarecer, de forma específica, que o termo precedente tem significados diferentes nos sistemas *common law* e *civil law*. Nestes, tende-se a identificá-lo com a decisão judicial; tanto por isso, entre nós, quando se faz menção a precedente, na verdade se está referindo a decisões anteriores. Todavia, quanto à dimensão estrutural, ou seja, ao conceito substancial de precedente no âmbito da *common law*, uma única decisão (*binding precedent*) pode produzir efeito vinculante. O termo “jurisprudência”, por sua vez, típico nos países da *civil law*, costuma ser conceituado como um coletivo de decisões, relativo a vários e diversos casos concretos; tendo vários juízes se debruçado sobre a matéria e possivelmente julgando de forma semelhante, isto não significa uma orientação de observância obrigatória. Cf., a propósito desta diferenciação: entre nós, CAETANO, Viviane Neves. May it please the Court: o sistema de precedentes no direito americano – notas comparativas com o atual processo civil brasileiro. **Publicações da Escola da AGU**: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US

Agora, portanto, não é equivocado dizer que a atividade jurisdicional tem por função, além da resolução de disputas jurídicas particulares, o “enriquecimento do estoque das normas jurídicas” (*enriching the supply of legal rules*), promovendo a definição das normas jurídicas e a estabilidade da ordem normativa para reger as condutas sociais. Esta última função, mesmo quando em um contexto de resolução de litígio, requer que as regras judiciais sejam tratadas como vinculantes para os futuros casos semelhantes³⁰³.

Tanto por isso, ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente Luiz Fux e Gilmar Mendes, já chegaram a manifestar, em *obiter dictum*³⁰⁴ em um julgamento da Corte, que “o Brasil, hoje, não se pode mais dizer um País com sistema processual de matiz romano-germânica, tamanha a influência do Direito anglo-saxão”³⁰⁵.

A despeito dessa realidade, e considerando o fato de que os sistemas continentais, apesar do reconhecimento generalizado desde a segunda metade do século XX, não incorporaram de forma inalterada o princípio do *stare decisis*³⁰⁶ anglo-americano – criando, ao contrário, modos particulares de vinculação da jurisprudência³⁰⁷⁻³⁰⁸ –, tem sido comum falar-se que a tradição jurídica brasileira não sabe ler ou corretamente aplicar os precedentes judiciais, em razão do que se apresenta ordinário seu emprego de forma errônea e equivocada³⁰⁹.

Law Course. Brasília, vol. 2, n. 16, pp. 347-364, abr. 2012. No exterior, DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 1.

³⁰¹ Na Colômbia, Pulido adverte que a tradição histórica e jurídica toma o termo “precedente judicial” por “jurisprudência”. (PULIDO, op. cit., p. 186)

³⁰² Ibid., p. 142 e 186-187. Em sentido contrário, afirmando que na tradição romano-germânica a jurisprudência ainda permanece com força normativa inferior em relação à lei, apesar de ressaltar “que o Brasil constitui uma exceção”, cf., entre nós, STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 382.

³⁰³ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, pp. 5-7.

³⁰⁴ Segundo Streck e Abboud, “*obiter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”. (STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 48)

³⁰⁵ BRASIL. STF – Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para Acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20.02.2013, Dje 05.06.2013.

³⁰⁶ Conferir, adiante, a origem da expressão *stare decisis*.

³⁰⁷ PULIDO, op. cit., p. 142.

³⁰⁸ Idem, extrai-se que, na Colômbia, por exemplo, país de origem continental, nos anos trinta do século XX, a Corte Suprema de Justiça, interpretando alguns antecedentes legislativos (art. 4º da Lei 19 de 1896), converteu a chamada “doutrina legal provável” – que atribuía ao precedente a condição de mera orientação –, para fixar que as sentenças da Corte Constitucional vinculam todos os demais aplicadores e que, por isso, devem ser respeitadas.

³⁰⁹ SILVA, op. cit., p.114-118.

É como se entre nós existisse, segundo adverte Mancuso, um “*common law* à brasileira”, o qual, no contexto da convergência entre as tradições que emergiu do pós-guerra³¹⁰, determinasse a nossa assimilação do fenômeno sem a necessária preocupação científica ou mesmo desconectado da perspectiva de consolidação de uma “teoria dos precedentes” para o país³¹¹.

Sem cuidar de construções teóricas mais aprofundadas, e a pretexto de alcançar soluções práticas para problemas reais e urgentes³¹², grassa em *terra brasilis* uma peculiar visão que parece limitar a compreensão de conceitos tradicionalmente ligados ao *common law*³¹³ – nomeadamente *precedentes* e *stare decisis* – resumindo-os à questão da necessidade de conferir, face à chamada “repetição ou crise numérica de processos no Brasil”, força vinculante às decisões anteriores (não propriamente precedentes, no sentido técnico do termo³¹⁴) dos tribunais superiores³¹⁵.

Esse devotamento à preocupação prática do uso de “precedentes”, na perspectiva do efeito vinculante para atacar a crise de volume de processos no Judiciário brasileiro, outrora externado pelo Ministro do STF Gilmar Mendes, representa, por conseguinte, a ideia principal, o senso comum jurídico pátrio acerca da maneira como no país se tem “evoluído” a doutrina dos precedentes judiciais vinculantes.

Abboud, no ponto, observa que, na realidade nacional, “a introdução do sistema de precedentes é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para

³¹⁰ Cf. Capítulo anterior, especialmente a Seção 2.1.

³¹¹ MANCUSO, op. cit., p. 16 e 52.

³¹² Conforme destacado anteriormente neste estudo, o Brasil, segundo dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça (*Justiça em Números 2015*), tem mais de 100 (cem) milhões de processos tramitação na Justiça, tendo passado pela jurisdição dos 90 (noventa) tribunais brasileiros, em 2014, 99,7 (noventa e nove vírgula sete) milhões de ações. Por isso, v.g., tem sido comum a criação de “mecanismos” vinculantes para amenizar o problema representado pelo excesso de demanda nos tribunais, como expressamente reconheceu o Ministro da Justiça na exposição de motivos da Lei nº 11.672/2008, a qual introduziu o art. 543-C da Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil) – que trata do processamento de recursos repetitivos no STJ e cujas regras foram mantidas, além de expandidas, na Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). Cf., a propósito, DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos**: Tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³¹³ Conquanto relevante, para os específicos propósitos desta pesquisa, o estudo do instituto da *ratio decidendi*, na perspectiva do debate especialmente apresentado nas Seções seguintes, importa deixar claro, desde logo, que não faz parte dos objetivos deste trabalho a investigação da metodologia ou de todos os institutos que estão na base da aplicação dos precedentes da *common law*, como as técnicas do *distinguishing*, *overruling*, *transformation*, entre tantos outros.

³¹⁴ Cf. Nota Explicativa nº 295.

³¹⁵ MENDES, Gilmar. Catarse coletiva – Temor de enfrentar opinião pública não pode ser maior que obediência a leis. [31 de julho, 2015]. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Márcio Chaer e Pedro Canário.

remediar o problema do grande número de litígios do Brasil”, ignorando a complexidade própria que é inerente a essa doutrina e seu respectivo sistema de precedentes³¹⁶⁻³¹⁷.

Há mesmo quem afirme, como o Ministro do STF Luiz Edson Fachin, que o nascedouro do diálogo entre os sistemas *common law* e *civil law*, a rigor, a efetiva “adoção de precedentes” em nossa prática, deu-se apenas quando da Reforma do Judiciário brasileiro, promovida pela Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004³¹⁸ – que teve, entre suas aspirações publicáveis e politicamente defendidas, a celeridade da prestação jurisdicional e a redução da excessiva quantidade de processos, especialmente na esfera da Suprema Corte do país³¹⁹.

Percebe-se, desse modo, a aceitação acrítica, e até genérica, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, do simplista e limitado pensamento de que a aproximação da tradição jurídica pátria à matiz de precedentes anglo-americana é tão somente uma exigência de confrontação da exacerbada carga de processos.

Há que se exigir, todavia, no cenário de *caos decisório* antes exposto, reflexão crítica³²⁰ para aprofundar a temática e perceber, no fundo, o equívoco dessa leitura apressada. Para Santos Jr., por exemplo, alçado à condição de protagonista com a constitucionalização de direitos humanos, o Judiciário não absorveu adequadamente, diante da complexidade social, a sobrecarga de processos fruto da explosão de demandas baseadas na defesa dos mais diversos conteúdos éticos positivados³²¹; além disso, observa por sua vez Porto, com o correspondente aumento da liberdade decisória, em face do fenômeno da indeterminação do Direito (“dogmática jurídica fluida”), evidenciaram-se a discricionariedade e a derivada imprevisibilidade da ação dos juízes, e, por isso, os estamentos superiores do poder político e

³¹⁶ ABOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial – O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 375.

³¹⁷ Conferir, adiante, a distinção entre *stare decisis* e precedentes.

³¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. A nova caminhada de Fachin. [07 de julho, 2015]. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, Entrevista concedida a Joana Neitsch.

³¹⁹ Cf., nesse sentido, TOFFOLI; LIRA, op. cit., p. 216.

³²⁰ No estado da arte do PPGCJ/UFPB, cf., entre outros, PORTO, Giovanni Magalhães. Uma análise pragmática do controle da atividade jurisdicional nos Juizados Especiais: as inconseqüências práticas da tomada de decisão vinculante no que concerne às taxas incidentes em contratos bancários. João Pessoa: 2014. Na doutrina nacional, por todos, cf. SANTOS JR., Rosivaldo Toscano. **Controle Remoto e decisão judicial**: Quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

³²¹ Id., **O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial**: uma resposta hermenêutica. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: 2013, p. 102.

econômico reagiram e passaram a se preocupar com a “construção comportamental decisional que vinculasse o primeiro grau, evitando surpresas”³²².

Assim, após a reforma de 2004, para aumentar a confiabilidade dos jurisdicionados – a valer, não exatamente o interesse dos ligantes “eventuais”, mas o dos “habituais” ou “organizacionais”, representantes da vontade do mercado³²³ – as alternativas vêm sendo fundadas, apenas, a partir da vinculação da base da magistratura³²⁴. A cúpula do Judiciário nacional, inicialmente refratária à conversão da jurisdição em instrumento nas mãos dos interesses do mercado, sob a batuta do discurso da eficiência e percebendo a deterioração de sua imagem pública – a justificar sacrifícios –, “logo foi cooptada pelo discurso ideológico e pelo interesse de exercer a vontade de poder mediante um processo de hierarquização de um Judiciário de demandas individuais em massa”³²⁵.

Consoante Santos Jr., essa “Reforma do Judiciário” tratou-se nada mais do que o exercício da vontade de poder da cúpula e do mercado ou, de modo mais técnico, de uma racionalidade instrumental que visou a proteção de interesses do mercado e gerou, por isso mesmo, um processo de centralização do poder no cume do Judiciário, mesmo à custa da qualidade da prestação jurisdicional e à independência funcional³²⁶.

Inobstante o relevo dessas considerações, no caso brasileiro, perscruta esta pesquisa a hipótese segundo a qual foi a particular forma de incorporação da vinculação dos precedentes pela via normativa, associada à nossa histórica lógica jurisprudencial, que gerou as graves consequências descritas e pontualmente representada no Capítulo passado, quer seja: a incorporação da *lógica da decisão por enunciados gerais*, a partir do manejo aleatório de trechos de decisões passadas, e a decorrente concepção do *caos decisório enunciativo-decisionista*.

Em outras palavras, considera-se que foi por conta da adoção desse modelo *sui generis*, normativo, de precedentes judiciais que irromperam as dificuldades hoje identificadas no desenvolvimento do direito judicial no país, e cujos reflexos, nomeadamente o agravamento da “jurisprudência lotérica” (do “dissenso pretoriano desmensurado”), foram

³²² PORTO, op. cit., p. 63.

³²³ Consoante Cappelletti e Garth, “eventuais” são os litigantes episódicos, que procuram a Justiça apenas em virtude de um eventual conflito; “habituais”, por outro lado, são as empresas que exercem atividades que podem atingir grande número de pessoas, que transacionam em massa e, por isso mesmo, estão corriqueiramente envolvidos com questionamentos sobre violações e prejuízos por suas ações causados. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, *passim*)

³²⁴ PORTO, op. cit., p. 43.

³²⁵ SANTOS op. cit., p. 108.

³²⁶ Ibid., p. 109.

determinantes para permitir a construção da limitada, mas generalizada, visão de que os precedentes objetivam tão somente o controle do volume de processos ativos e em tramitação na Justiça, através da vinculação à cúpula do Judiciário.

A rigor, pode ter ocorrido um aparelhamento ideológico³²⁷ como reação dos estamentos de poder³²⁸ econômico e político, mas este fato é apenas uma derivação (faceta) da crise gerada pela aproximação normativa do direito brasileiro ao *stare decisis* da tradição anglo-americana, não propriamente a origem e a razão de ser do “*common law* à brasileira”.

3.2 A APROXIMAÇÃO AO *STARE DECISIS* PELA VIA NORMATIVA E A DERIVADA INCOPORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA *LÓGICA DA DECISÃO POR ENUNCIADOS GERAIS*: A PROCEDÊNCIA DA DESORDEM NO INTERIOR DO QUADRO JURISPRUDENCIAL CAÓTICO

Na linha de raciocínio que vem sendo concebida, afigura-se incompleto afirmar, para a fiel descrição da realidade da teoria da decisão no Brasil hoje em dia, que o processo de fragmentação da aplicação judiciária ou, dito de outro modo, a sobrevalorização da discricionariedade (subjetividade) decisória dos magistrados brasileiros – que, no limite, pode configurar o outrora batizado *caos decisório* – é produto tão somente da “crise de indeterminação do direito” precipitada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra³²⁹.

O problema objeto desta investigação – repita-se, o aprofundamento do “*caos jurisprudencial*” ou o *caos enunciativo-decisório* –, só será perfeitamente entendido em toda

³²⁷ ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Org. Slavoj Zizek. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 114-115.

³²⁸ No sentido de Faoro, estamento seria o grupo de se alia no poder, pretendendo mantê-lo de forma parasitária não por meio de leis, mas de convenções que visam, mediante trocas mútuas, apropriar oportunidades econômicas, na esfera pública ou privada, sempre manipulando o aparelho estatal. (FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012, *passim*)

³²⁹ Streck parece assentir com essa restrita ideia. Apenas especifica que, em razão do constitucionalismo pós-guerra, tendo os textos constitucionais se tornado “principiológicos”, no sentido do reconhecimento de sua normatividade, de parte integrante do texto normativo, a “fragmentação decisional” (discricionariedade/subjetividade/liberdade decisória) não decorre propriamente da “textura aberta” do Direito resultante desse novo processo constitucional, mas ao risco da “abertura interpretativa”, ou seja, ao “poder conferido ao juiz/intérprete para escolher entre várias alternativas”, em um voluntarismo incapaz de apreender a pré-compreensão do sentido da Constituição e, por consequência, a resposta jurídica (hermeneuticamente) correta (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 300-305). Contrapondo este específico raciocínio, cf. Seção 1.5, onde se defendeu que a materialização de valores éticos diversos decorrentes do Constitucionalismo Contemporâneo (sobrecarga ética do Direito), em razão da positivação de direitos humanos com concepções do Estado e da sociedade por vezes antagônicas, não permite uma homogeneidade pré-compreensiva, como se a tradição constitucional fosse um todo incindível e não de fato um sentido conformado pela integração de diversos e igualmente constitutivos conteúdos éticos. De qualquer sorte, a teoria da decisão no Brasil exige uma análise ampla da realidade de incremento da liberdade decisória, como aqui se pretende.

sua plenitude caso se perquiria como, por que razões e de que modo a tradição jurídica nacional pretendeu incorporar a doutrina dos precedentes judiciais e do *stare decisis* da família *common law*.

Afinal, no fundo, o atual modelo de decisão a partir da escolha de trechos de decisões anteriores, sem observância de parâmetro normativo e sob mera aparência de seguir precedentes judiciais, decorre exatamente da forma particular como o nosso sistema jurídico absorveu a aplicação deste instituto típico do direito anglo-saxão.

Nessa esteira, importa destacar, com base na lição de Taruffo, que o Brasil, assim como a Itália, até por conta da origem romano-germânica comum, não tem tradição em precedentes vinculantes, pois construiu historicamente sua teoria decisória à vista do império da lei, quer dizer, da concepção dogmática da inegabilidade deste ponto de partida, cujo apogeu ocorreu no século XIX, para atender necessidades de segurança da sociedade burguesa; portanto, aqui, o processo de construção da decisão jurídica forjou-se sob a batuta de uma lógica jurisprudencial³³⁰, a princípio frágil e meramente auxiliar àquela fonte por excelência, e não propriamente segundo uma “lógica do precedente”.

De acordo com Drummond e Crocetti, enquanto na história da formação das tradições de *civil law* os textos romanos foram adotados como fonte primeira do direito, com eminente ligação aos textos normativos e com o direito positivo, as tradições de *common law* foram marcadas justamente pela recusa de tal adoção, e se desenvolveram com base na prática cotidiana dos tribunais³³¹. Ou seja, estas se originaram com a prática judiciária e não por meio de teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de unificação construtiva dos juízos normativos e dos esclarecimento dos seus fundamentos, como se deu com aquelas³³².

O ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, por conta da colonização essencialmente portuguesa, tem raiz no direito continental europeu, fundado na tradição romano-germânica. Nosso sistema, devido a isso, sempre privilegiou as leis em detrimento dos precedentes judiciais. No ponto, fazendo uma necessária retrospectiva da memória, para bem compreender como a lógica jurisprudencial tomou forma entre nós, deve-se relembrar que, por ocasião da chegada dos colonizadores nestas terras, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas (1456), depois substituídas pelas Manuelinas (1514) e, por fim, pelas

³³⁰ Sobre o seu significado, cf. Seção 2.2.

³³¹ DRUMMOND, CROCETTI, op. cit., p. 2-5.

³³² FERRAZ JR., op. cit., p. 70.

Filipinas (1603). Estas “previam como fontes de direito as ‘leis do reino’ e os ‘estilos da Corte’, sendo que estes últimos correspondiam à jurisprudência uniforme dos tribunais superiores, também denominados ‘assentos’”, os quais eram dotados de força normativa equipada à lei. Por conta do Decreto Imperial de 20.10.1823, aplicavam-se no Brasil-colônia os assentos portugueses³³³, mas, por ocasião da criação, em 1828, do então Supremo Tribunal de Justiça – mais tarde, STF (1890) –, essas fontes portuguesas perderam impositividade, remanescendo apenas o texto normativo como parâmetro de aferição de direitos e obrigações³³⁴.

Impende registrar, contudo, que o Brasil, apesar de a tradição continental atribuir à jurisprudência maior autolimitação em relação à lei, “porque la tarea del juez consiste en moverse dentro de los quadros jurídicos establecidos por el legislador”, por conta de sua particular origem portuguesa – que atribuía à jurisprudência força normativa equiparada à lei –, constitui exceção, pois, a despeito da raiz romanística, sempre valorizou aquela primeira de forma especial, no processo de decisão das controvérsias³³⁵.

Assim, à conta da influência histórica de Portugal, cunhou-se a formação decisória brasileira nos referidos “estilos da Corte”, que correspondiam à jurisprudência uniforme dos tribunais superiores, dotada, no princípio, de força normativa equiparada à lei. A despeito da perda da obrigatoriedade (1828), permaneceu, contudo, a herança portuguesa da aplicação descontextualizada de decisões anteriores para a solução de casos concretos, isto é, o vício de “julgar pelos arestos e casos julgados, sem examinar escrupulosamente a identidade da espécie, nem os motivos legais da sentença, que se trazia para exemplo”³³⁶. Passou à nossa tradição, assim, a ideia geral de julgamentos pouco comprometidos com o reconhecimento judicial anterior da tese jurídica verdadeiramente relevante³³⁷.

³³³ Sobre uma visão geral do instituto e das consequências dos assentos portugueses, inobstante a revogação quando do julgamento do Acórdão 810/93, do Tribunal Constitucional de Portugal, cf. NOGUEIRA, op. cit., p. 145-152.

³³⁴ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*. vol. 922. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2012, p. 352.

³³⁵ RODRÍGUES, Javier Solís. La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas. In: SALGADO, Cienfuegos; OLVERA, David y López *et al* (coord.). *Estudios em homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*. México: Universidad Autónoma de México, 2005, p. 326; ABOUD, Georges. Discrecionalidade administrativa e judicial – O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 299.

³³⁶ ROCHA, Manuel Antônio Coelho da. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal*. 7. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896, pp. 191-192.

³³⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-ejurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

Ora, esse descompromisso com os julgados anteriores acabou ainda por gerar decisões erráticas, pois, como só a lei passou a deter caráter impositivo, esta combinação fez erguer-se um quadro de pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.

Foi assim que a “lógica jurisprudencial” se constituiu em nosso país, sendo a jurisprudência a garantia da possibilidade de reunir diversas opiniões convergentes ou mesmo de que vários juízes se debrucem sobre a matéria, julgando de forma até semelhante, mas não necessariamente com observação obrigatória, pelo menos na realidade dos países da *civil law*³³⁸.

Nesse passo, conquanto a Constituição Republicana (1891) tenha previsto a jurisprudência como meio idôneo para subsidiar a aplicação do direito (art. 59, § 2º), é fato que não mais se lhe atribuiu caráter impositivo ou vinculatório, mas de meio auxiliar de resolução de conflitos³³⁹.

Na mesma oportunidade da fundação da República, e apesar da raiz romano-germânica e do influxo da colonização portuguesa, aqui se verificou a forte influência³⁴⁰ do sistema anglo-saxão, especificamente do modelo norte-americano, no constitucionalismo brasileiro. Como observa Almeida:

[...] a partir da República, a aproximação entre os sistemas foi marcada pela influência do sistema anglo-saxão, e mais precisamente dos Estados Unidos da América, ao: (a) adotar a forma federativa de Estado; (b) modelar o STF; (c) adotar o sistema de jurisdição una, isto é, sem o contencioso administrativo; (d) se utilizar de instrumentos constitucionais processuais de defesa das liberdades (*writs*)³⁴¹.

Por esse motivo, desde então, inaugurando a jurisdição constitucional, adotou-se no Brasil, mediante expressa previsão no novel texto magno, com inspiração na Constituição dos Estados Unidos da América, o modelo difuso de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis³⁴². Não sendo pretensão desta pesquisa, em razão do seu corte metodológico, estudar profundamente as vicissitudes das espécies de controle constitucional, esclareça-se, apenas, que aquele arquétipo de controle permite a todos os juízes investidos de jurisdição a

³³⁸ CAETANO, op. cit., p. 347-364.

³³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes – natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

³⁴⁰ Streck relembra “que, mesmo antes da proclamação da República, o Imperador D. Pedro II mandou uma missão aos Estados Unidos para estudar o funcionamento do sistema judiciário norte-americano”, sob a justificativa de que um Judiciário igual àquele melhoraria a nossa Constituição. (STRECK, op. cit., p. 266)

³⁴¹ ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual**. vol. 922. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2012, p. 46.

³⁴² Sobre ser o controle de constitucionalidade mecanismo do Constitucionalismo para proteger direitos fundamentais, cf. Seção 1.4.

possibilidade de aferir, no caso concreto, a normatividade da Constituição frente a outros textos normativos primários que diretamente venham a confrontá-la.

Importa destacar que, nesse momento, fim do século XIX e início do XX, a discricionariedade e a subjetividade interpretativa dos juízes, para abrandar o “rigor” lógico do positivismo legalista e a percebida insuficiência da lei para solução de todos os problemas jurídicos, já estavam presentes na teoria jurídica e muitos, inclusive, apostavam tudo na liberdade judicial, defendendo que o magistrado seria o sujeito que, no momento da aplicação, passaria a fazer “a cura dos males do direito”. Nesta segunda fase do positivismo – denominado *normativista* por conta do protagonismo do juiz na “produção da norma” –, a discricionariedade saiu do legislador em direção ao Judiciário³⁴³.

Sem embargo dessa conjuntura, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu ao modelo (norte-americano) difuso de controle de constitucionalidade sem o mecanismo do *stare decisis*, e isto acabou por gerar instabilidade e insegurança, pois, como observam Toffoli e Lira, ainda que o STF, em sede de recurso extraordinário, “declarasse determinada lei inconstitucional, os efeitos dessa decisão restringiam-se ao caso concreto em virtude da ausência de um mecanismo que dotasse essa decisão de efeitos gerais”.

Ora, permitiu-se a todos os juízes do país, em uma quadra histórica que já valorizava a subjetividade e a liberdade decisória, a possibilidade de decidir sobre a compatibilidade constitucional dos textos normativos de forma totalmente solta e casuística. Afinal, já estava aqui fincada, da herança portuguesa, a raiz de uma lógica de decisão descomprometida com o contexto fático-jurídico dos julgamentos anteriores e formatada para a livre referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos.

Embora, diante do legado português, em um primeiro momento, fosse até previsível a dispersão jurisprudencial, dadas as diferenças de formação entre os membros do Poder Judiciário, responsáveis pela manifestação do Estado em cada um dos incontáveis e específicos casos concretos, logo se percebeu que o direito brasileiro quedou-se desprevenido quanto à real possibilidade de que as decisões judiciais, sob os influxos da particular e acima descrita lógica jurisprudencial, mostrassem-se absolutamente desprendidas entre si, sem qualquer funcionalidade e coerência sistêmicas.

³⁴³ STRECK, op. cit., 197-202.

Buscou-se, então, com suporte nos mesmos ideais de previsibilidade e combate à discricionariedade criativa dos juízes que, entre outras razões, inspiraram a consolidação da doutrina do *stare decisis* entre os ingleses, no século XIX, uma aproximação deste cânon típico do direito anglo-saxão. No entanto, em vez de uma construção histórica contínua, estruturada com base na prática cotidiana do direito, como de fato ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos, a incorporação do instituto pretendeu se dar pela via normativa. Até porque, desde o Decreto Imperial de 20.10.1823, somente a lei é considerada fonte de observância obrigatória do direito pátrio.

Com especial acerto, ressalta Amaral Júnior que,

relativamente ao controle de constitucionalidade, o drama do modelo é a ausência do *stare decisis*. Elemento da prática do *common law*, gestado ao longo de séculos, o *stare decisis* não permite cópia. Portanto, faltou ao direito brasileiro o elemento que confere – ao modelo americano – funcionalidade e coerência decisórias. Julgado um recurso extraordinário pelo STF, nada vinculada os demais juízes brasileiros ao entendimento firmado pelo Tribunal de cúpula. Então, buscou-se suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, sucedâneos normativos ao *stare decisis*³⁴⁴.

Conforme visto no Capítulo passado, embora a teoria declaratória acerca da atividade jurisdicional tenha dominado o referencial teórico dos ingleses até o início do século XIX, desde o Positivismo de Bentham, ao longo do mesmo século, passou-se a reconhecer o poder explicitamente criativo dos juízes, e, não obstante a sua cultural contenção interpretativa (*judicial self-restraint*), veio à tona verdadeira preocupação com a segurança jurídica. O próprio Bentham, por exemplo, defendeu arduamente um projeto de codificação do *common law*, para alcançar certeza jurídica e remover a discricionariedade dos juízes.

Assim, apesar de estruturada sistematicamente desde o final do século XII uma doutrina de precedentes – fruto, na verdade, da evolução da dimensão histórica e casuística do *common law* inglês –, foi somente no século XIX, quando da “descoberta” do poder criativo-discricionário dos juízes, que surgiu a doutrina do *stare decisis*, momento em que a solução de um determinado e específico caso passou a ser tratada como obrigatória no julgamento de um caso semelhante mais tarde.

Segundo Abboud, “a doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e a

³⁴⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisi*, **Revista dos Tribunais**, vol. 920, jun. 2012, p. 4.

dictum”, de modo que, enquanto esta última estava mais vinculada ao costume dos juízes e consistia em uma linha de casos (*line of precedentes*), aquela admitia que uma única decisão poderia ter efeito vinculante. O *stare decisis* constitui um desenvolvimento da doutrina dos precedentes do *common law*, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, e trata-se, a rigor, de verdadeira exigência de segurança jurídica para minimizar a “descoberta” do poder criativo dos magistrados denunciada por Bentham no século XIX, e cujas implicações se projetaram ao longo do século XX. Pode-se afirmar, desse modo, que esse preceito veio para dar previsibilidade ao direito judicial criativo anglo-saxão³⁴⁵.

Weber, igualmente, considera o *stare decisis* um elemento de importância para o alcance da previsibilidade no *common law*, emprestando-lhe, por isso mesmo, caráter de imprescindível contribuição para o desenvolvimento do capitalismo, por conta da crença justificada e racional de que a administração da justiça não deixaria o empreendedor desamparado³⁴⁶. Afinal, deu sistematicidade à tradição jurídica e possibilitou a exigência da organização econômica de aplicação previsível de um conjunto estável de regras jurídicas³⁴⁷.

Nessa perspectiva, no Brasil, em face (a) do império da lei, (b) da formação de uma lógica decisória jurisprudencial, (c) do momento de valorização da subjetividade do juiz e (d) da importação do controle difuso de constitucionalidade sem o correspondente elemento histórico de previsibilidade, para contornar a situação de insegurança jurídica que logo se apresentou e corrigir injustiças decorrentes da multiplicidade e contrariedade de julgados proferidos pelos diferentes juízes e tribunais sobre a mesma matéria, a aproximação normativa à doutrina do *stare decisis* da tradição anglo-americana anunciou-se como o caminho para impedir que vicejasse a liberdade decisória absoluta, geradora de disfunções e incoerências no sistema.

Como, entre nós, por isso mesmo, parecia despontar um quadro de séria dificuldade (e racionalidade) decisória – porque associados irrefletidamente a particular herança de uma lógica jurisprudencial e a possibilidade de manifestação judicial difusa sem o elemento histórico de previsibilidade que a caracterizou na origem –, a Constituição de 1934, na tentativa de corrigir esse embaraço, atribuiu ao Senado a competência para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, dando à decisão judicial efeito para todos (*erga omnes*). Objetivou-se, assim, dotar o ordenamento

³⁴⁵ ABBOUD, op. cit., 2014, p. 294-299.

³⁴⁶ WEBER, Max. Economia e sociedade – fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 150.

³⁴⁷ MARINONI, op. cit., p. 42.

jurídico nacional, de matriz romano-germânica, do instrumento que teria garantido o enfrentamento da discricionariedade judicial no direito anglo-americano³⁴⁸.

Com efeito, impõe-se destacar que, desde a Constituição republicana (1891) até aquele momento das primeiras décadas do século passado (1934) – passados quarenta e três anos! – na teoria do direito de raiz continental, a discricionariedade normativa já alcançava ares de “cura para todos os males do direito”, face à percepção da insuficiência da lei para a resolução de todas as complexidades sociais (“descodificação”) e à consequente aposta na subjetividade do poder normativo do juiz para preencher as lacunas legais.

Assim sendo, a aproximação pela via normativa à doutrina do *stare decisis* do *common law*, que, como se viu, ali foi resultado da evolução histórica da prática dos tribunais e da própria doutrina dos precedentes judiciais, foi utilizada, ao que parece, para tentar “consertar” a herança decisória brasileira e o amálgama de fatos que a envolveram, como que um remédio destinado a “curar” o legado colonial português de aplicação descontextualizada de uma pluralidade de decisões anteriores para a solução de casos concretos por vezes diversos. De forma simplificada, a importação legal do *stare decisis* veio com a intenção de melhorar o desempenho da vacilante lógica decisória jurisprudencial, como se uma ordem legislativa de vinculação a decisões anteriores pudesse fornecer mais previsibilidade, a ponto de nos avizinhar da “lógica do precedente”, na lição de Taruffo.

Nesse passo, segundo Amaral Jr., a evolução do modelo brasileiro de decisão é “marcada e determinada pela busca de sucedâneos normativos ao *stare decisis*, elemento de funcionalidade e coerência decisórias existente na experiência do *common law* americano”, mas que não veio ao nosso direito por ocasião do transplante (cópia) do modelo americano de controle da constitucionalidade (*judicial review*)³⁴⁹.

³⁴⁸ Observe, na Seção 2.1, a advertência desta pesquisa no sentido de que, na contemporaneidade, a preocupação com a discricionariedade (subjetividade) decisória é tema afeto às duas tradições jurídicas, razão por que, ainda que reconhecendo a convergência entre institutos de cada tradição, seriam os precedentes, precipuamente a partir do “constrangimento a fundamentar”, o caminho para o afastamento da “libertinagem” decisória e a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito. Discordando da indicação dos precedentes como o caminho para esta concretização, especialmente por conta da nossa particular realidade de “criação de instrumentos vinculatórios”, mas concordando que a discricionariedade judicial é dificuldade sentida hoje em todos os sistemas e que a melhor solução também seria “a partir da fundamentação”, particularmente pela hermenêutica, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Exercício hermenêutico em torno do Direito jurisprudencial no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/diario-classe-exercicio-hermeneutico-torno-direito-jurisprudencial-cpc>>. Acesso em: 25 out. 2015.

³⁴⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Reclamação 4.335 e a busca do *stare decisis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>. Acesso em: 6 jun. 2015.

Souza Jr. ressalta que, a despeito de ter sido eventualmente boa a intenção do constituinte pátrio relativamente à implementação do controle difuso de constitucionalidade – porquanto devotada a ser mecanismo para assegurar a limitação do poder e proteger direitos fundamentais –, os europeus sabiam que o modelo de controle difuso da Suprema Corte americana “era uma singularidade que somente podia operar na realidade sócio-histórica das instituições (a começar pelas judiciais) próprias da *common law*”. A justificativa seria, precisamente, porque, nesta tradição jurídica, o efeito vinculante a partir de uma única decisão foi resultado de um longo processo de amadurecimento, e consolidação teórico-filosófica, da prática cotidiana dos tribunais³⁵⁰. A vinculação do Judiciário para casos futuros sempre independeu de previsão normativa, porque cultural.

Sob o mesmo ponto de vista, Streck e Abboud afirmam o Brasil cometeu um equívoco quando da adoção do *judicial review* em 1891, pois, com um direito de cariz romano-germânico, implantou um modelo de controle de constitucionalidade sem o correspondente mecanismo (histórico) de conceder efeito *erga omnes*, o que levou o país apenas a tentar buscar a correção desse problema com a Constituição de 1934. Porém, mesmo assim, esse fantasma da importação de institutos estrangeiros sem a devida reflexão, tão somente por força imposição legislativa, ronda o nosso direito até hoje³⁵¹.

Não se está a defender, em absoluto, que tenha sido indevida a preocupação republicana com a limitação do poder, por força da autorização de controle difuso por parte de todos os juízes de base; apenas se observa que, em um ambiente de propalada e perigosa subjetividade como o que se apresentava na passagem do século XIX para o XX, a atenção com a discricionariedade e a segurança jurídica foi relegada a segundo plano³⁵², e assim permaneceu durante várias décadas.

Seja como for, o fato é que, no afã de tentar garantir estabilidade, coerência e previsibilidade das decisões judiciais, além da previsão normativa de suspensão de decisão judicial com efeito *erga omnes* pelo Senado (art. 91, inc. IV da Constituição de 1934; atual art. 52, inc. X da Constituição de 1988³⁵³), o sistema jurídico brasileiro procurou desenvolver

³⁵⁰ SOUZA JÚNIOR, Nelson Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Memória Jurídica, 202, p. 113.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 41.

³⁵² Conquanto relevante, a investigação das razões, políticas ou jurídicas, desse possível desprezo ao aspecto previsibilidade deve ser travada em pesquisa específica, não constituindo objeto desta análise.

³⁵³ Até hoje existem sérias discussões sobre essa previsão, a saber se o STF poderia reconhecer eficácia *erga omnes* em decisões do controle difuso sem a participação do Senado Federal. Cf., por último, o julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, na qual o assunto foi resolvido contra esta tese.

diversos outros sucedâneos normativos ao *stare decisis*, como por exemplo: 1) a regra do *full bench*, também originária da Constituição de 1934 e hoje constante do art. 97 da Constituição de 1988 (espécie de *stare decisis* interno aos tribunais); 2) a representação interventiva a partir da Constituição de 1946 (modalidade limitada de controle concentrado e abstrato de normas); 3) a tentativa de imprimir força obrigatória às decisões do STF, à feição dos assentos vinculativos portugueses, na proposta do projeto do Código de Processo Civil, que não logrou êxito e foi substituída, mediante alteração do RISTF, em 1963, pelas “súmulas de jurisprudência dominante” idealizadas pelo ministro do STF Victor Nunes Leal; 4) a efetiva adoção do controle concentrado e abstrato de normas, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965 (representação de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*); 5) a introdução de novos mecanismos de controle concentrado na Constituição de 1967 (além do efeito *erga omnes*, atribui-se “força vinculante”); 6) a Constituição de 1988 tornou o controle concentrado e abstrato mais relevante que o controle difuso e concreto, invertendo a situação anterior; 7) o efeito vinculante introduzido pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993 (nova ação declaratória de constitucionalidade, com previsão de efeito vinculante tal qual o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental); 8) a recente reforma do Judiciário (com a adoção da “súmula vinculante” como decorrência e tentativa de aperfeiçoamento da súmula existente desde a década de 1960); e, por fim, 9) a regulação da repercussão geral também derivada da reforma do Judiciário³⁵⁴.

Percebe-se, assim, que, ao longo de toda a nossa história constitucional, a aproximação normativa ao *stare decisis* sempre foi pensada como a “solução” para contornar o vetusto problema de imprevisibilidade e incoerência das decisões judiciais – decorrente da discricionariedade do aplicador que marcou o positivismo jurídico pós-exegético –, o qual, em *terra brasilis*, foi exponencialmente acentuado pela lógica jurisprudencial portuguesa e sua interação com a importação do controle difuso sem o elemento de controle.

Entrementes, a hipótese do presente trabalho objetiva constatar que, além de não ter granjeado seus objetivos, o pensamento de aqui implementar a fórceps a doutrina do *stare decisis* e, principalmente, a sua função primordial de combate à frouxidão interpretativa, não logrou êxito; muito ao contrário, acredita-se que contribuiu decisivamente para o incremento da desordem no interior do quadro jurisprudencial brasileiro, cuja evolução se estabeleceu caótica à vista da amalgamação dos elementos históricos e jurídicos outrora analisados.

³⁵⁴ Cf., nesse sentido, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisi*. Revista dos Tribunais. vol. 920, jun. 2012, pp. 133-149.

Rigorosamente, a principal consequência desse “equivoco” da nossa história constitucional foi a incorporação de um raciocínio decisório novo – ao mesmo tempo, não obstante, mais errático que aquele herdado da influência lusitana –, qual seja, a *lógica da decisão por enunciados gerais* a partir dos “paradigmas” do decididor.

Deveras, a imposição legal não foi capaz de implantar no país a lógica própria dos precedentes, segundo a qual, em vez de uma linha de casos-parâmetro, apenas uma única decisão gera efeito vinculante e observância obrigatória pelos demais órgãos jurisdicionais. Os sucedâneos normativos não suscitaram a cultura do respeito à prática cotidiana do direito pelos juízes e tribunais, pois não foram capazes de aprimorar a essência da nossa particular herança “lógica jurisprudencial”, comprometida, tão somente, com a elasticidade interpretativa geradora de um desordenado casuísmo judicial. Promoveram, no fim de contas, o aprofundamento do “caos jurisprudencial”, na medida em que viabilizaram a construção de decisões pelo manejo aleatório de trechos (enunciados gerais) de decisões passadas.

Sobre o primeiro sucedâneo normativo, por exemplo, Toffoli e Lira observam que, “conquanto essa competência do Senado perdure até hoje no nosso ordenamento, sempre foi instrumento jurídico pouco utilizado, não tendo gerado os efeitos desejados”³⁵⁵. Transcorreram muito mais de quarenta anos, mesmo com a previsão pontual de alguns instrumentos de vinculação, sem qualquer modificação relevante na estrutura decisória fixada na Constituição republicana de 1891, e modelada desde o tempo colonial, qual seja, a da lógica decisória jurisprudencial conformadora de desordenada causalidade. A incoerência e a imprevisibilidade das decisões judiciais, porém, ascenderam ao alarmante nível da “loteria judiciária” ou, em tons mais amenos, da “dispersão jurisprudencial excessiva”.

Tanto por isso, na década de sessenta, quando a falta de um procedimento metodológico de aplicação da jurisprudência, que se mantinha errática e descontextualizada, já fazia despontar um fenômeno patológico³⁵⁶ (incoerências, contradições e repentinas mudanças de direção, tal como observou Taruffo em relação à semelhante realidade italiana³⁵⁷), e os substitutos normativos não cumpriam com a promessa de tornar o sistema de

³⁵⁵ Cf., a propósito desse fato, com relevantes dados estatísticos, pesquisa desenvolvida na Faculdade de Direito de Vitória-ES: PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovanny Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/3.pdf>. Acesso em: jan.2016.

³⁵⁶ Cf., no Capítulo anterior, a descrição de “jurisprudência pletórica” e seu correspondente consequencial, o “caos jurisprudencial”.

³⁵⁷ Cf. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 6. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-ejurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

decisões menos caótico (degenerado, no sentido de desenfreada casuística) e mais previsível (razão de ser da própria doutrina do *stare decisis*), os mecanismos legais de acatamento cultural do mencionado instituto anglo-saxão passaram a apostar na vinculação mediante recurso à enunciação, ou seja, recorrendo aos enunciados gerais sumulados. O caminho traçado em busca de previsibilidade foi o da *sumulalização*, isto é, da enunciação sumular decisória.

Conforme Mancuso, essa mudança de perspectiva – de recorrer precisamente aos enunciados sumulares para controlar a discricionariedade dos juízes – ocorreu desde o anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídica (1963), de Haroldo Valadão, e da proposta, no mesmo período de tempo, da Comissão de elaboração do CPC de imprimir força obrigatória e efeito vinculante às decisões do STF, no sentido de que ficasse autorizado a emitir assentos vinculativos à feição do que antes se passara em Portugal. A despeito de não terem logrado êxito, as propostas levaram à idealização, pelo Ministro do STF Victor Nunes Leal, em 1963, de um “método de trabalho” para trato racional da liberdade decisória: as “súmulas da jurisprudência dominante”³⁵⁸.

O art. 15, inc. IV do então modificado RISTF bem demonstra o fundamento básico desse novo elemento de racionalidade do julgamento. Por sua prescrição, o Relator ficava autorizado a “mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspondente número da Súmula”. A fundamentação, pois, resumia-se à indicação da proposição sumular e, consoante Leal, esta substituiria a “loteria judiciária” das maiorias ocasionais pela perseverança dos autênticos profissionais do direito³⁵⁹.

Assim, a despeito de alguns sucedâneos normativos terem, posteriormente, atribuído efeito *erga omnes* a decisões STF tomadas em controle abstrato e concentrado de normas, o fato é que a inauguração daquele “método de trabalho” acrescentou um componente novo e determinante à nossa “lógica jurisprudencial” – naquele momento já “caótica”: a aplicação de enunciado geral e abstrato, resumido em poucas palavras como regra jurídica de aplicação para qualquer caso que se afigurasse pertinente³⁶⁰.

³⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes – natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 60.

³⁵⁹ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. Revista Forense. n. 208. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1964, pp. 16-17.

³⁶⁰ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte-MG, n. 62, pp. 179-208, jan.-jun.2013.

Desse modo, as decisões passaram a se resumir à aplicação das súmulas que possuem conteúdo específico e traduzido em enunciações gerais³⁶¹. Os mais recentes sucedâneos normativos ao *stare decisis* (súmula vinculante e repercussão geral), inclusive, apenas amplificaram o poder de vinculação das assertivas sumuladas, mantendo a ideia de aplicação de uma regra de direito universalizada e distanciada dos fatos.

Percebe-se que o objetivo era a enunciação em texto de súmula de uma jurisprudência consolidada, de modo a autonomizar a norma geral contida em determinado conjunto de decisões dos tribunais – inicialmente, do STF, mas a ele não se restringindo no decorrer do tempo³⁶²⁻³⁶³. Este mecanismo vinculatorio de decisões do Poder Judiciário, não legitimados por uma dimensão de historicidade, porque imposto legislativamente, produziram efeito mais parecido com a lei do que com os precedentes do *common law* em si³⁶⁴.

Não cuida o presente estudo, contudo, de analisar ou criticar, especificamente, as súmulas ou o modelo de julgamento e fundamentação com base nos enunciados sumulares. Este, sim, é o foco principal do atual estado da arte, que enfrenta o problema do possível retorno à exegese, pela via judicial, em razão da pretensão de universalização das súmulas, como se constituíssem nova espécie normativa³⁶⁵.

Ainda que não se discorde de tais questionamentos, a hipótese sob validação preocupa-se em demonstrar que a nossa aproximação normativa ao *stare decisis* da tradição anglo-saxã, sobretudo a partir do recurso às assertivas sumuladas (1963), na verdade inaugurou algo muito mais sério (e grave) que um simples “método de trabalho” – no sentido de julgar com fundamento nas súmulas –, mas efetivamente uma nova espécie de raciocínio decisório ou, dito de outra forma, uma *lógica de decisão por enunciados gerais*.

³⁶¹ Ibid., p. 179-208.

³⁶² Já se explicou alhures que, no Brasil, a referência à jurisprudência é a mais diversificada possível, não se restringindo à observância das decisões dos órgãos hierarquicamente superiores.

³⁶³ TOFFOLI, José Antonio Dias; LIRA, Daiane Nogueira de. A jurisdição constitucional e o processo de convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law* no Brasil. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). O Direito nos Tribunais Superiores - Com ênfase no novo Direito Processual Civil. Curitiba: Bonijuris, 2015, pp. 217 e 223.

³⁶⁴ Nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Exercício hermenêutico em torno do Direito jurisprudencial no novo CPC. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/diario-classe-exercicio-hermeneutico-torno-direito-jurisprudencial-cpc>. Acesso em: 25 out.2015.

³⁶⁵ Por todos, cf. PORTO, Giovanni Magalhães. Uma análise pragmática do controle da atividade jurisdicional nos Juizados Especiais: as consequências práticas da tomada de decisão vinculante no que concerne às taxas incidentes em contratos bancários. João Pessoa: 2014; SANTOS JR., Rosivaldo Toscano. Controle Remoto e decisão judicial – Quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

A introdução das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a tese aqui defendida, a pretexto de racionalizar a “anarquia jurisprudencial” (Leal) ou o “caos da jurisprudência” (Taruffo), numa tentativa de se estabelecer a vinculação (força obrigatória) de precedentes, no fundo legitimou a crença no poder do recurso à enunciação para resolver os mais diversos litígios jurídicos.

A decisão judicial, nesse passo, continuou descontextualizada em relação aos arestos e julgados anteriores, todavia, com um relevante complicador: a falta de conexão não apenas com os fatos, mas com a própria *ratio decidendi* do acórdão considerado paradigma. Os juízes enxergaram, a partir da noção de enunciado geral em texto de súmula, a possibilidade de recorrer, de forma ampla, às abstrações gerais constitutivas das regras jurídicas dos julgamentos anteriores.

Tal como as *massimas*³⁶⁶ da experiência italiana, engendrou-se, na linha do que assinala Taruffo, a possibilidade de decisão invocando qualquer *dictum* de acórdãos anteriores dos tribunais, de modo que os enunciados gerais pudessem ser futuramente invocados como uma enunciação de uma norma geral, mesmo que sem constituir de fato a *ratio decidendi* do *case law* que os originou³⁶⁷.

Com isso, a pretensão de obter a fórceps a vinculação aos precedentes por meio da aplicação de súmulas, além de não resolver o problema da jurisprudência pletórica, fomentou a construção de decisões judiciais mediante a coleta de enunciados abstratos para aplicar no caso concreto, sem individualização concreta dos fatos ou da razão jurídica, de acordo com a discricionariade do juiz. Gerou, na realidade, uma conjuntura mais problemática que a dispersão jurisprudencial, denominada de *caos decisório enunciativo-decisionista*, porquanto se permitiu aos aplicadores escolher, aleatoriamente, as teses que pretendem fundamentar o caso concreto; e, pior, como se isto representasse respeito aos precedentes judiciais.

Nada obstante, é mister registrar que os sistemas em que vigora o precedente não parecem em nada essa lógica particular de precedentes judiciais brasileiros: ao passo em que

³⁶⁶ Sobre este instituto do direito italiano, cf. TARUFFO, Michelle. Precedents in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). **Precedent and the Law**: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007, pp. 177-188.

³⁶⁷ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues, op. cit., p. 197.

naqueles ordenamentos o precedente é constituído da inteira sentença, no nosso, estrutura-se por faixas mais ou menos sintéticas extraídas da motivação legal³⁶⁸.

Diante disso, é possível constatar, a partir da enunciação pontual de trechos de decisões anteriores – a rigor, um fruto não planejado da aproximação normativa pretendida com as súmulas de jurisprudência dominante –, de onde se originou o aprofundamento do “caos jurisprudencial”, materializado na construção de julgamentos pelo manejo (possivelmente no sentido de manipulação) aleatório de argumentos ou teses gerais de partes de decisões pretéritas, visando justificar a interpretação meramente subjetiva do julgador.

No fim das contas, essa realidade não significa outra coisa senão a possibilidade de inovar à vontade, desprezando o dogma da inegabilidade dos pontos de partida, pois não há respeito à moldura normativa, nem à lei tampouco propriamente aos precedentes. E a representação prática do ocorrido no julgamento do HC 127.186/PR comprova que tomou forma no país uma desordem jurisprudencial de tal monta que os “precedentes” dos tribunais, utilizados para sustentar qualquer conclusão, antes de maior previsibilidade, geram repudiável desorientação.

3.3 A PESQUISA CNJ “A FORÇA NORMATIVA DO DIREITO JUDICIAL” E A PERSPECTIVA DE CONSOLIDAÇÃO DAS DECISÕES ENUNCIATIVAS OU DA SUMULALIZAÇÃO DAS DECISÕES NO PAÍS

Em 2015, pesquisa realizada pelo *Huffington Post* nos Estados Unidos, juntamente com a organização não governamental *YouGov*³⁶⁹, trouxe à discussão importante questionamento sobre como o Judiciário americano realiza seu processo decisório, ou seja, como as Cortes constroem suas decisões. Verificou-se que somente 10% (dez por cento) das pessoas entrevistadas se declararam muito ou extremamente confiantes de que os juízes não decidiriam com base em “opiniões pessoais”. Em contraponto, apenas 28% da audiência consideram que os tribunais tem poder demais, o que permite extrair que, mais que os poderes de decisão, a sociedade americana tem questionado a forma de exercício desses poderes,

³⁶⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 6. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-ejurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

³⁶⁹ EDWARDS-LEVY, Ariel. *Americans doubt the Supreme Court's objectivity, but don't believe it wields excessive power*. 14 de maio de 2015. *Huffpost politics*. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2015/05/14/supreme-court-poll_n_7277936.html>. Acesso em: 04 fev. 2016.

notadamente o modelo de decisão baseado mais nas convicções puramente subjetivas dos juízes do que propriamente nos precedentes que lhe dão guarida³⁷⁰.

Destaca-se a apresentação desses dados na perspectiva de demonstrar que a problemática decisória com foco nos paradigmas do aplicador, ainda que sob a batuta dos precedentes judiciais, não constitui uma particularidade brasileira, sendo também alvo de questionamentos e debates no seio de sistemas que há muito lidam com a doutrina do *stare decisis*. Afinal, já se disse, mesmo na tradição anglo-americana, partilha-se atualmente do problema da discricionariedade judicial.

Nas linhas anteriores, descortinou-se como sucedeu no Brasil a implementação da *lógica da decisão por enunciados gerais* em função da discricionariedade do juiz, conformadora, no fundo, de um raciocínio particular de aplicação de precedentes judiciais, se é que assim pode ser intitulado, o que pode agravar de forma imponderável a situação de excessiva dispersão jurisprudencial identificada como problema ainda na década de sessenta do século passado.

A maior preocupação decorrente dessa realidade fática é, no limite, ser possível invocar tantos “precedentes” quantos sejam os argumentos já apresentados nas salas dos tribunais para fundamentar os votos dos seus integrantes. Com efeito, na medida em que se permite escolher pontualmente enunciados gerais, especificamente, teses gerais citadas em trechos de decisões anteriores, estes “precedentes” deixam de funcionar como limite ao julgador, para, ao contrário, colocar-se como fonte praticamente inesgotável para sustentação de inúmeros pontos de vista. Até mesmo os substancialmente contrários, como se viu claramente no julgamento no HC 127.186/PR, no qual os Ministros Celso de Mello e Teori Zavascki, a pretexto de trabalhar com precedentes, resumiram-se à seleção de trechos de decisões que só indicam argumentos gerais e que, apesar de darem suporte a manifestações diferentes, não são incompatíveis entre si³⁷¹.

Esse quadro representa séria ameaça ao Estado Democrático de Direito, pois os órgãos incumbidos de resolver os litígios pensam poder fazê-lo a partir de suas convicções pessoais, com decisões sem lastro normativo (negação do ponto de partida dogmático). Perde-

³⁷⁰ VIEIRA, José Rivas; ANDRADE, Mario Cesar. **Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis:** o que o STF reserva para 2016? Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016>>. Acesso em: 04 fev.2015.

³⁷¹ LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em: 20 maio. 2015.

se o limite para que possa ser controlada a decisão judicial, já que sempre se permite recorrer a um julgado passado não importando os contornos específicos de sua *ratio decidendi*.

Por consequência, se juízes, ou mesmo advogados que passem a laborar com esta lógica particular de precedentes judiciais – porque já efetivamente presente entre nós –, podem escolher e aplicar diferentes partes de diferentes “precedentes”, será cada vez mais fácil encontrar julgamentos anteriores capazes de justificar qualquer decisão ou posicionamento que desejem proferir. Trata-se de fundamentação que, verdadeiramente, não fundamenta ou, de outra forma, o faz apenas na aparência, porquanto voltada tão somente para a manipulação de enunciados gerais de decisões passadas.

Prosseguindo neste modelo, o sistema de precedentes pode se resumir a uma questão de encontrar a citação útil (enunciação) que vai justificar o argumento que o juiz quer fazer, a depender da estratégia decisória.

Holmes, nessa linha, repudia as justificações baseadas em proposições gerais caso se mostrem como fundamento único para a resolução do mérito, haja vista a possibilidade de sua desconexão com as questões concretas do litígio³⁷².

Tratando especialmente da invocação arbitrária e oportunista de princípios, mas com raciocínio que, *mutatis mutandis*, amolda-se perfeitamente à realidade brasileira em comento, Neves assim descreve a possível consequência utilitarista da lógica decisória enunciativa:

[...] a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade³⁷³.

As *decisões enunciativas* – ou, noutros termos, o processo de *sumulalização das decisões*, por expressar a busca de preceitos gerais encontrados na fundamentação de uma decisão –, no limite, podem instrumentalizar uma postura cínica dos atores jurídicos, no sentido defendido por Žižek a partir da inspiração de Soloterdijk: “eles sabem muito bem o que fazem, mas mesmo assim o fazem”³⁷⁴. Quer dizer, têm consciência de que tais

³⁷² HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University, Press, 1992, p. 306.

³⁷³ NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2015.

³⁷⁴ ŽIZEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem – sublime objeto da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992, p. 59.

julgamentos carecem da autoridade própria do precedente judicial, mas agem como se não soubessem ou, o que é pior, sequer têm discernimento sobre a questão.

Não se está a afirmar, nem a esta investigação se dispôs o presente estudo, que esse comportamento seja a regra decisória generalizada e imperante no Brasil, mas, sabendo que aquela particular lógica de precedentes já se faz presente entre nós, exige-se constante alerta quanto a esse tipo de postura indesejada. O Estado Democrático de Direito, conforme adverte Müller, demanda racionalidade e certeza, isto é, a determinidade do “trabalho jurídico” segundo a possibilidade de recapitulação, da transparência e da honestidade dos métodos, não se abandonando à mera opção de confiança pessoal em quem quer que seja³⁷⁵.

É nesse contexto que se acolhe a ponderação de García Figueroa de que, para evitar o puro decisionismo, a questão fundamental não é saber como se chega a uma decisão jurídica, mas se esta decisão é justificável juridicamente³⁷⁶. No caso brasileiro, da forma como têm se apresentado as *decisões enunciativas*, consubstanciadas em escolhas pontuais de teses gerais de julgamentos anteriores, como se assim fosse observada a “lógica do precedente”, rigorosamente, não se pode falar em respeito a parâmetro normativo.

E, enquanto não se pensar firmemente na necessidade de definição da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, deixando a definição de seus contornos tão só à autoridade judicial do caso, será sempre um conceito fadado à indeterminação, a justificar o raciocínio *enunciativo-decisionista* delatado no Capítulo passado³⁷⁷.

A propósito desse quadro fático, Marinoni observa que, quando uma decisão não define, com clareza, a tese jurídica proclamada, pode surgir a necessidade de delimitação mediante enunciado sumular. Por outro lado, quando são de fato desconhecidos os critérios para a identificação do que foi proclamado na decisão, que é a regra no Brasil, decorre a possibilidade, até natural, de “elaboração de um enunciado”. Por isso é que nos sistemas que respeitam a eficácia obrigatória dos precedentes judiciais sempre se preferiu o sistema de identificação do enunciado no interior do próprio precedente e não a catalogação de enunciados³⁷⁸.

³⁷⁵ MÜLLER, op. cit., p. 12-13.

³⁷⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. La motivación: conceptos fundamentales. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (orgs.). **La Argumentación em el Derecho**. Lima: Palestra, p. 145.

³⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 216.

Como visto, no caso específico do Brasil, a aplicação incorreta de precedentes, quer seja, a escolha de argumentos gerais de trechos de decisões passadas, está intimamente relacionada com a indeterminação da *ratio decidendi*, em razão do que se permite, na prática, o manejo aleatório e discricionário de preceitos gerais constantes de julgados anteriores. Ora, se há problema da identificação ou não há consenso específico sobre *ratio* invocada em um precedente, abre-se caminho para que o juiz, na situação concreta, a defina de acordo com sua conveniência, utilizando-se, para tanto, do raciocínio enunciativo, proveniente da pretensão de aproximação normativa ao *stare decisis* por intermédio das súmulas de jurisprudência dominante – como analisado na última Seção.

A imprecisão da delimitação da razão de decidir, ao tempo em que permitiu, mesmo por isso, sua livre determinação pelos aplicadores subsequentes, criou o ambiente propício para o desenvolvimento das *decisões enunciativas*. Afinal, só é possível manejar teses gerais de partes de julgados passados do tribunal porque, das decisões deste, não resta indicado o entendimento jurídico a seguir.

Nesse passo, a já mencionada pesquisa "A força normativa do direito judicial", do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apesar de ter verificado, no STF, uma tendência de formação de *ratio decidendi* bem consolidada, na qual a maioria dos ministros decidem no mesmo sentido, constatou que a existência de grandes problemas na aplicação dessa regras judiciais pelos tribunais inferiores, exatamente por conta da dificuldade de se determinar qual seria a *ratio* vencedora e que, por consequência, vincularia os casos subsequentes³⁷⁹⁻³⁸⁰. Na prática, mesmo que haja entre os magistrados propensão à mesma "razão para decidir", a não demarcação desta acarreta embaraço e desregramento na aplicação posterior.

Assim, quando não existe formação de consenso ou deliberação e aceitação por parte da totalidade do tribunal da regra judicial que se pretende aplicar a casos futuros, dar-se margem a que a *ratio* seja "elaborada" pelos órgãos judiciais inferiores, conforme alertou Marinoni.

³⁷⁹ BUSTAMANTE; GONTIJO; MACIEL, et al., op. cit., p. 75 e 85.

³⁸⁰ Consoante Marinoni (op. cit., p. 221-231), o conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido e sempre houve dificuldade na sua identificação na decisão judicial. Tanto por isso, não há sinal de acordo, nem no *common law*, acerca da definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua identificação. Não obstante, ganharam notoriedade o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, os quais, todavia, não serão aprofundados nesta oportunidade, pela limitação do objeto de estudo.

Com efeito, a formatação dos textos das decisões dos tribunais brasileiros, que traduzem um espécie de modelo *seriatim*³⁸¹ de decisão e privilegiam a apresentação pública da opinião individual de cada julgador, com suas próprias razões de decidir, nada obstante prestigie a pluralidade de entendimentos, por outro lado, “torna bastante difícil e complexa a tarefa de identificar de forma unívoca e inequívoca a *ratio decidendi* do tribunal como unidade institucional”³⁸². Ou seja, o acórdão, composto por todas as deliberações de cada membro do colegiado, não oferece um modelo de formatação textual que favoreça a demonstração clara e racional dos fundamentos determinantes da decisão. Por consequência, os fundamentos dos votos de cada julgador passam a servir de referência própria para futuras decisões; e, não raro, conforme já se demonstrou, simples enunciados gerais encontrados em votos individuais de cada magistrado são aproveitados como se efetivamente precedentes fossem.

Observa-se, dessa forma, que tal modelo decisório, na medida em que não permite identificar claramente as razões de decidir (*ratio decidendi*), pode prejudicar o desenvolvimento de uma cultura de precedentes, em razão do perigo de viabilizar, cada vez mais, o caminho das *decisões enunciativas* ou do processo de *sumulalização das decisões*.

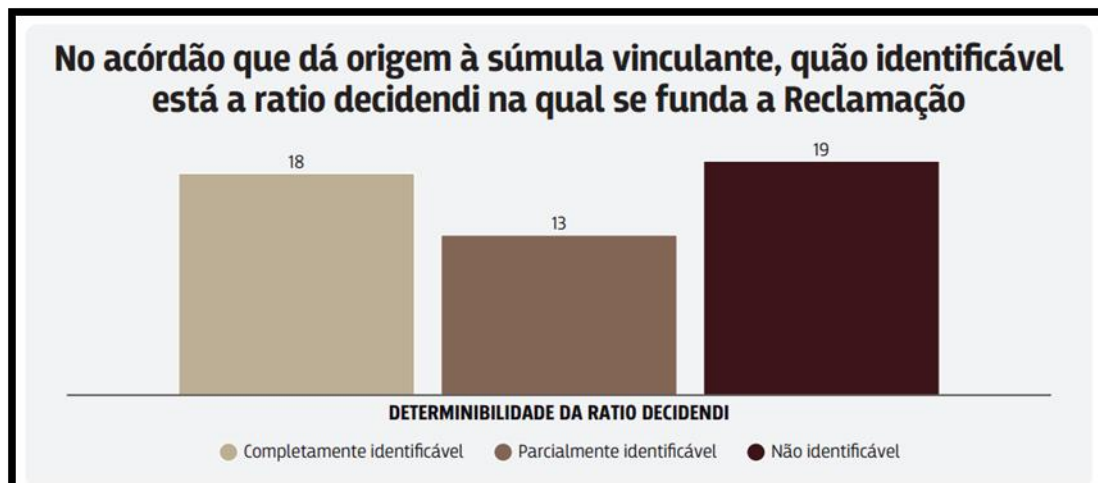
À vista desse cenário, a pesquisa do CNJ sugere ainda a manifestação de um grave problema: a perspectiva de robustecimento da enunciação decisória, ou seja, a tendência de contínua valorização do recurso (instrumento) que permitiu a materialização da *lógica de decisão por enunciados gerais*.

Vea o seguinte quadro

Quadro 1 - Determinabilidade da Ratio Decidendi

³⁸¹ Não fazendo, no momento, juízo de valor, até porque ambos têm vantagens e desvantagens, importa saber que existem basicamente dois modelos decisório colegiados, o *per curiam*, adotado nos Estados Unidos, e o *seriatim*, aplicado no Brasil. Naquele, os juízes fazem circular internamente o esboço de seus votos, cabendo ao *Chief Justice* a construção de uma concordância mínima quanto à adoção de um texto único a ser levado ao público. O posicionamento de cada juiz não é divulgado, à exceção das divergências. No nosso país, segue o modelo de decisão em que todos os votos e entendimentos são expostos ao público. Para aprofundamento, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International journal constitutional law*. **Oxford Journals**, Oxford, 11(3), 2013, p. 557-584. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 26 fev. 2016; VALE, André Rufino do. **É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

³⁸² VALE, André Rufino do. Formatação do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>>. Acesso em: 25 ago. 2015.



Fonte: Carvalho (2015, p. 67)³⁸³.

Ao analisar os resultados quanto ao reconhecimento pelo STF da autoridade das suas próprias decisões – a partir da investigação do instituto da Reclamação constitucional, os pesquisadores pretenderam verificar se é possível identificar a *ratio decidendi* de cada súmula vinculante que serviu de base para o ajuizamento das Reclamações selecionadas. A despeito de ter reconhecido a dificuldade de compilar os precedentes necessários à formação da súmula – o que inibe o efetivo reconhecimento da regra judicial da decisão de base, prejudicando o exercício da autoridade do próprio tribunal –, apontaram, sem embargo, que o STF almeja caminhar exatamente na direção contrária, pois se empenha no fortalecimento dos enunciados, adotando-se como base para o julgamento.

Em outra relevante passagem, desta feita sobre a estrutura da sentença desafiada por apelação, na sistemática da súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º do CPC/1973³⁸⁴), para identificar se a sentença utiliza conceitos indeterminados ou se é redigida em termos concretos, a pesquisa CNJ constatou que, embora na maioria dos processos analisados (58 casos), a sentença tenha sido redigida em termos concretos, vinte e nove (29) sentenças foram

³⁸³ Obtido em “rotina de análise” de casos fixada em formulário relativo às Reclamações para assegurar a observância de Súmulas Vinculantes. Para tanto, foram preenchidos formulários de análise de 50 Reclamações, sob a supervisão pesquisador bolsista Igor de Carvalho Enríquez. (CARVALHO, Igor de Carvalho. **Força normativa do direito judicial**: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. IN: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; GONTIJO, Alice; colab. MACIEL, Glaucio Ferreira. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 67-68 e 77)

³⁸⁴ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

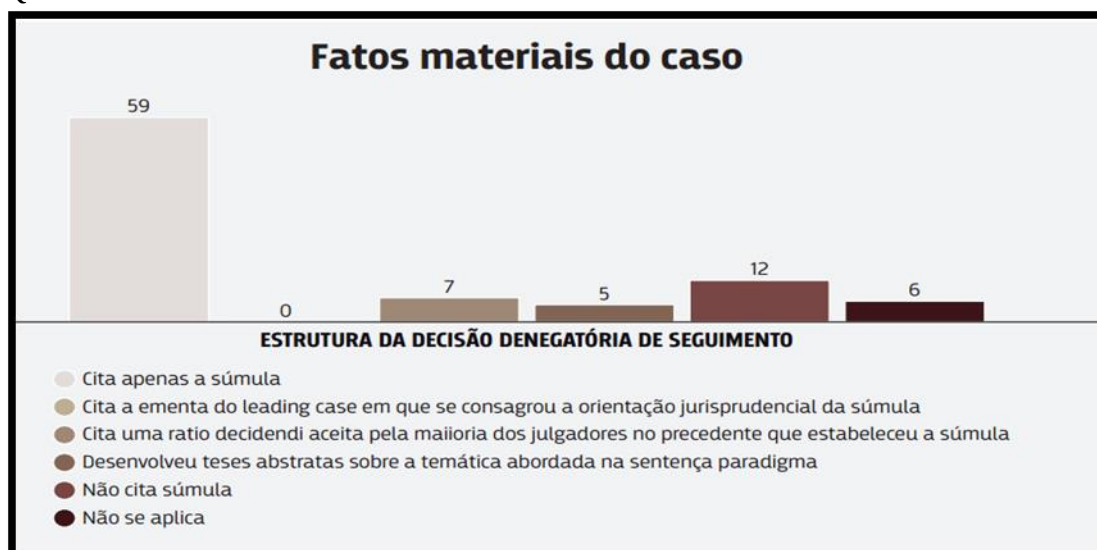
§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)

redigidas com a utilização de conceitos indeterminados, o que pode ser indício de empobrecimento da fundamentação das decisões.

Na mesma temática, mas na parte relativa à fundamentação da decisão de inadmissão da apelação proferida pelo juiz de primeira instância, verificou-se que, na maioria dos casos, o juiz apenas informou existir enunciado normativo do STF ou do STJ que justificaria a inadmissão. Em situação mais grave, há casos em que sem sequer o número da súmula é citado e casos em que foram desenvolvidas teses abstratas sobre a temática abordada na sentença paradigma.

Observe:

Quadro 2 – Fatos materiais do caso



Fonte: Carvalho (2015, p. 57)³⁸⁵

Interpretando essas conclusões tendo em mente o objeto e os propósitos específicos deste trabalho, observa-se que, de fato, há um forte direcionamento à *sumulização* das decisões, na medida em que os juízes brasileiros, mesmo os da Suprema Corte, parecem decidir não de acordo com o que seria realmente a *ratio decidendi* dos casos-paradigma, mas com fundamento em enunciados gerais (sumulados ou não) capazes de lhes deixar mais livres em relação ao compromisso argumentativo com os fatos concretos e as partes do processo.

Trata-se, segundo se apreende da pesquisa CNJ, de roteiro que pode consolidar o aprofundamento do “caos da jurisprudência”, permitindo a construção de decisões pela

³⁸⁵ A “rotina de análise” foi semelhante àquela indicada no quadro anterior, modificando-se, apenas, a espécie e a quantidade de processos selecionados. Cf. CARVALHO, op. cit., p. 57.

manipulação de trechos de julgamentos passados segundo a discricionariedade do juiz, com inegável desconsideração dos pontos de partida dogmáticos.

Afinal, se se verifica uma tendência de julgamentos com base em enunciados ou teses gerais, pode-se presumir que se torna tanto mais evidente a possibilidade de consolidação de um caos *enunciativo-decisório*, vez que será possível escolher o enunciado (“*ratio*”) que melhor conformar a subjetividade, mesmo sob a aparência de uma suposta fundamentação. Ocorre que não será, definitivamente, uma fundamentação por precedentes.

Nas palavras de Taruffo, a estrutura discursiva realizada pelo juiz deve informar as partes e o público em geral exatamente aquilo que pretende expressar, o que não acontece quando, a pretexto de aplicar precedentes judiciais³⁸⁶, fundamenta-se sem o verdadeiro compromisso democrático de fundamentar, porquanto a motivação baseia-se essencialmente na autoridade.

Por isso mesmo, tanto na academia quanto no âmbito interno dos tribunais, especialmente do STF, é consenso pensar em alternativas possíveis para solucionar o problema da indeterminação da *ratio decidendi* vencedora, que vincularia os casos e as interpretações subsequentes, como forma de viabilizar uma adequada aplicação de precedentes judiciais – distante e distinta da particular lógica dos enunciados gerais.

Longe de se defender que o modelo *percuriam* adotado pelos norte-americanos seja a solução ideal – inclusive porque hoje, nos Estados Unidos, atribui-se fortemente a esse modelo a falta de transparência da Suprema Corte e a percepção de que os *Justices* decidem com base em convicções pessoais –, é preciso adotar um novo formato de texto decisório que possa transmitir com clareza a decisão e seus fundamentos determinantes.

De acordo com o constitucionalista norte-americano Tushnet, é necessário que os juízes brasileiros, capitaneados pelos Ministros do STF, sejam mais deliberativos na construção de consensos, renunciando à intransigência da imposição de entendimento pessoal, para construir de forma coletiva e consistente da decisão.

A esse propósito, recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou a necessidade de “ao final julgamento se definir a tese que está sendo aprovada”, reconhecendo que, muitas vezes, as ementas eram simples expressão da posição do relator, sendo agora

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 116.

necessário deixar clara a tese jurídica que foi chancelada pelo tribunal como um todo, para facilitar de todos os operados do direito³⁸⁷.

Na mesma senda, os pesquisadores da CNJ defendem que uma das alternativas democráticas para resolver o problema seria a “promulgação de uma norma determinando aos ministros do STF que fixem, ao final do julgamento de cada caso decidido por maioria, quais foram as questões de direito e as regras jurisprudenciais sobre as quais houve consenso”³⁸⁸.

Trabalhar, pois, no estancamento da perspectiva de fortalecimento das *decisões enunciativas*, fato este já projetado com a pesquisa “A força normativa do direito judicial”, demanda enfrentar com seriedade a questão da indeterminação da *ratio decidendi*, de modo a se afastar do manejo de enunciados gerais ao tempo em que que seja possível representar a decisão do colegiado como unidade institucional e, com isso, permitir a construção de uma autêntica cultura de precedentes judiciais. Não aquela que se tentou impor pela aproximação normativa ao *stare decisis* tampouco aquela outra, tanto mais grave, que desta derivou.

3.4 O EXTREMO DA FUNDAMENTAÇÃO POR ENUNCIADOS GERAIS: O CASO DO TJPB E A DELEGAÇÃO DE JULGAMENTO POR CARIMBOS A SERVIDORES DO JUDICIÁRIO

Nas Seções anteriores deste derradeiro Capítulo, tratou-se, em primeiro lugar, de explicitar a hipótese de que a aproximação normativa ao *stare decisis*, forjada na Constituição de 1934 e consolidada com o “método de trabalho” das súmulas da jurisprudência dominante inaugurado em 1963, implementou no Brasil uma *lógica decisória por enunciados gerais*. Demonstrou-se que, por permitir o manejo aleatório de trechos de decisões passadas, ante a indeterminação da *ratio decidendi*, nela estaria a procedência do aprofundamento do “caos jurisprudencial” detectado no país desde a década de sessenta do século passado.

Verificou-se, ainda, o risco de uma possível tendência de consolidação de decisões pautadas pelo *raciocínio enunciativo-decisionista*, ou seja, aponta-se para uma perspectiva de fortalecimento dos julgamentos encaminhados no sentido de encontrar preceitos gerais em trechos de decisão pretérita a partir dos paradigmas do julgador, cuja consequência seria o

³⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. O maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. [02 de julho, 2015]. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Marcos Vasconcellos.

³⁸⁸ BUSTAMANTE; GONTIJO; MACIEL et al., op. cit., p. 87.

definitivo enraizamento da “anarquia jurisprudencial”, para usar a expressão no Ministro do STF Victor Nunes Leal.

Esta parte final do trabalho, para mais que o acercamento ao decisionismo, preocupa-se especificamente com a consequência extrema desse processo de *sumulalização das decisões*, a qual pode ser materializada no fato de se permitir que parcela importante do poder decisório judicial seja delegada a não-juízes, nomeadamente servidores do Poder Judiciário, com redução da exigência constitucional de fundamentação, o que é mais grave ainda, à mera reprodução de simples enunciados gerais. Cuida-se, tal situação, da faceta talvez mais radical da particular lógica dos precedentes judiciais no Brasil.

Ora, se os juízes podem fazer mera reprodução de citações genéricas sem preocupação fidedigna com a fundamentação por precedentes judiciais, no limite, já que a fundamentação passa pela reprodução de simples enunciados gerais, pode acontecer, à vista desse defeito de legitimidade, de decisão ser indevidamente delegada a não-magistrados, apequenando-se à reles indicação enunciativa do tema ao qual o recurso *sub judice* se vincularia.

Esse gravíssimo problema não é meramente hipotético e, conquanto não imaginado a princípio, foi casualmente identificado nas rotinas de análise de processos da pesquisa CNJ “A força normativa do direito judicial, de 2015, a partir da visita ao Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB). Na época da colheita de dados (novembro de 2013 a fevereiro de 2014), o tribunal manifestou genuína preocupação com a tramitação de Agravos de Instrumento interpostos contra decisões denegatórias de admissibilidade de recursos Extraordinários, em razão da delegação, no âmbito do STF, do juízo de adequação a tema com repercussão geral³⁸⁹ reconhecida à Secretaria da Suprema Corte, antes mesmo da distribuição do processo³⁹⁰.

Segundo os pesquisadores,

foram relatados casos de despachos não fundamentados e sequer firmados por um Ministro ou juiz, documentados por meio de meros carimbos com assinatura de um servidor da secretaria remetendo os processos à origem e

³⁸⁹ Trata-se de instituto criado pela Reforma do Judiciário de 2004 (EC nº 45/2004), e regulamentado pela legislação processual civil e pelo RISTF, que constitui novo pressuposto de admissibilidade dos recursos Extraordinários. A finalidade é delimitar o julgamento às questões constitucionais relevantes do ponto de vista político, econômico, social ou jurídico, não se limitando aos interesses subjetivos das partes. Assim, a partir do reconhecimento dos “temas” com repercussão geral, os quais são expressos em enunciados gerais e abstratos com ampla divulgação oficial, o STF encaminha a uniformização da interpretação constitucional, vinculando os casos reconhecidos como idênticos oriundos das instâncias ordinárias.

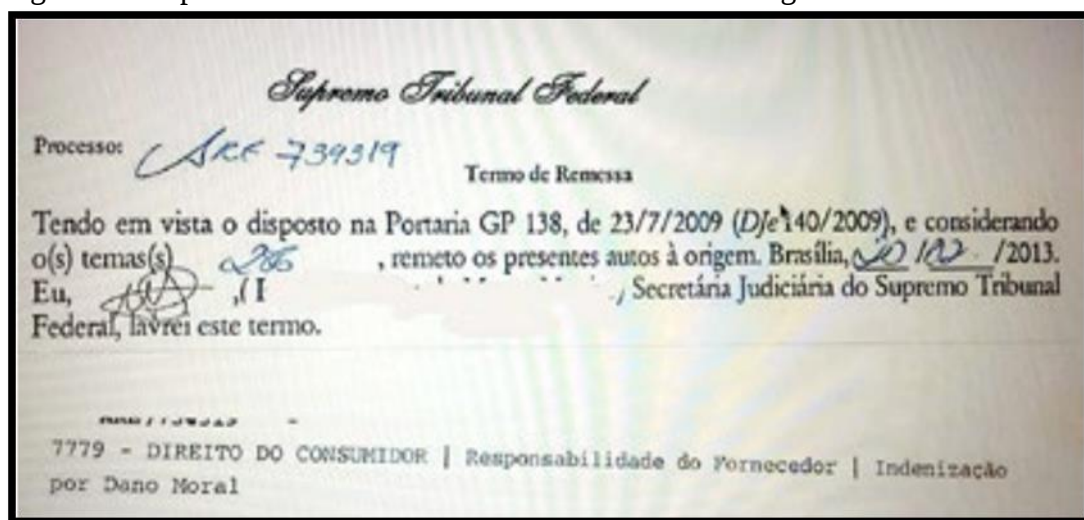
³⁹⁰ BUSTAMANTE; GONTIJO; MACIEL et al., op. cit., p. 11 e 29.

determinando ao Tribunal que realiza a ‘readequação’ do processo ao acórdão apontado como paradigma³⁹¹.

Com efeito, a Portaria nº 138/2009, da Presidência do STF, interpretando equivocadamente o art. 328, parágrafo único do Regimento Interno da Corte³⁹², delegou poderes decisórios a servidores do Supremo para “julgar” a admissibilidade de recursos Extraordinários, a despeito de não terem poderes jurisdicionais, mediante a simples aposição, via carimbos, sem qualquer fundamentação, dos números dos temas afetados como de repercussão geral. Permitiu-se, pois, sob a equivocada ideia de redução da complexidade e facilitação da aplicação do direito, julgamento por servidor mediante a ordinária identificação de um enunciado geral e abstrato.

Naquela oportunidade, a pesquisa CNJ colheu no TJPB o seguinte e paradigmático exemplo, cópia fiel da decisão do servidor de “remessa” à origem:

Figura 1 – Cópia fiel da decisão do servidor de remessa à origem



Fonte: CNJ

Segundo se apurou, a portaria, na prática, atribuiu “aos servidores responsáveis pela distribuição dos processos no STF uma competência jurisdicional para aplicar o § 3º do art.

³⁹¹ Idem.

³⁹² Art. 328. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

543-B do CPC³⁹³⁻³⁹⁴”, uma vez que lhes deu atribuição para determinar o reenvio do processo à origem com ordem para o re julgamento do caso. Quando convencido que a matéria era idêntica a um tema com repercussão geral já reconhecida ou julgada pelo STF, o servidor poderia “bater um carimbo e preencher à mão o número referido, remetendo o processo à origem sem com que qualquer ministro, juiz ou mesmo um assessor” assumisse formalmente a responsabilidade pela decisão³⁹⁵.

Como se já não fosse gravíssimo o exercício de função jurisdicional por pessoa incompetente, em particular situação resolutive de litígio, os processos poderiam ser devolvidos sem qualquer fundamentação, porque bastava a simples indicação do enunciado geral pertinente.

De fora isso, outros problemas práticos logo demandam imaginação: casos de recursos intempestivos na origem, carentes de preparo, com vários vícios formais, em relação aos quais o tribunal de origem poderia ser obrigado a “ajustar” sua jurisprudência à orientação do STF, que seria apresenta, observe o absurdo, por uma “decisão” enunciativa em sentido mais extremo.

Constata-se, assim, que a tendência enunciativa, no sentido de decisão fundamentada em teses gerais de trechos de “precedentes” segundo o ponto de vista do julgador, levou ao exagero de se permitir que servidores da Secretaria do STF decidissem sobre a admissibilidade de recursos extraordinários, mediante a realização de um juízo de adequação do caso a um tema com repercussão geral reconhecida, antes mesmo de se fazer a distribuição dos autos a um Relator. Esse juízo de adequação realizado pelo servidor – no fundo, o julgamento, já que os processos eram imediatamente remetidos à origem, com determinação que o Tribunal realizasse a “readequação” do processo ao acórdão paradigma –, consiste, a rigor, em “ordem judicial” de devolução do processo com a simples e genérica enunciação de que o tema se encontra com afetação de repercussão geral.

³⁹³ 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).

§ 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).

³⁹⁴ Não obstante escrito sob a vigência do CPC de 1973, com legislação em vigor até julho de 2014, as consequências do problema identificado no relatório do CNJ podem, em tese, se atualizar no tempo, em razão da reprodução desses instrumentos no CPC de 2015 (art. 1.036 e ss.). Não se acredita, porém, nisto, uma vez que o NCPC procura criar uma cultura jurídica mais argumentativa e de exigência de fundamentação adequada.

³⁹⁵ BUSTAMANTE; GONTIJO; MACIEL et al., op. cit., p. 131.

É nesse sentido que se apresenta o questionamento título deste Capítulo. Afinal, se a incorporação entre nós, desde a aproximação normativa ao *stare decisis*, da *lógica decisória por enunciados gerais*, ao apostar na plena discricionariedade do juiz – tanto próxima do decisionismo *shmittiano*³⁹⁶ –, não significa outra coisa senão a possibilidade de negar os pontos de partida dogmáticos (inovar à vontade), agravando o já conhecido “caos jurisprudencial” brasileiro, que dirá se as *decisões enunciativas* se tornam tendência a ponto de permitir a sua delegação a não-juízes?

A pesquisa CNJ, a despeito de não tratar especificamente deste objeto, oportunizou a observação prática da hipótese levantada neste trabalho, mesmo que no extremo de suas consequências.

No entanto, considerando que os pesquisadores tomaram essa hipótese apoiados apenas em algumas amostras tomadas nos tribunais visitados, indicando exemplos aleatórios do fato – o que, registre-se, não afasta a importância nem a veracidade da constatação –, resolveu-se, para melhor compreensão do problema, realizar pesquisa empírica no âmbito daquele tribunal em que se originou a preocupação com a temática, o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB).

Após solicitação formal à Presidência do Tribunal³⁹⁷, foi concedido autorização à Diretoria Jurídica – órgão diretamente vinculado àquele órgão – para que, em conjunto com o pesquisador, promovesse a coleta de dados pertinentes à apuração da ocorrência de julgamentos por carimbos, extremo da fundamentação por enunciados gerais, nos domínios do TJPB.

A colheita de dados realizou-se, assim, no Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos – NURER do TJPB, unidade administrativa permanente instituída por meio da Resolução nº 20, de 1ª de abril de 2014, e subordinada à Diretoria Jurídica. A função do NURER-TJPB é “uniformizar os procedimentos de gerenciamento dos processos sobrestados devida a aplicação sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos, prevista nos artigos 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil”³⁹⁸. Segundo informações atualizadas de março de 2016, o Núcleo administra um acervo com 2.037 (dois mil e trinta e sete) processos sobrestados, acerca das mais diversas matérias, cujos temas – identificados por números

³⁹⁶ Cf. Seção 2.3.

³⁹⁷ Cf. Anexos.

³⁹⁸ Cf., nos Anexos, o Memorando DJUR nº 037/2016.

específicos de acordo com o assunto – aguardam análise, no STJ ou no STF, segundo a aludida técnica processual.

A metodologia dos dados empíricos coletados consistiu, primeiro, na delimitação de um número significativo de processos potencialmente afetados com a delegação de julgamento por carimbo (Portaria nº 138/2009, STF). Objetivou-se distinguir um volume de informação capaz de representar a realidade dos processos sobrestados por conta do reconhecimento de repercussão geral. Foram, portanto, pesquisados os processos relacionados aos temas 264 (“Diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança por alegados expurgos inflacionários decorrentes dos planos Bresser e Verão”) e 265 (“Diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do plano Collor I”) das repercussões gerais do STF. Quantitativamente, os temas 264/265, que são os que possuem afetação mais antiga, detém 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) processos de todo o acervo. Pesquisou-se, também, o tema 210 (“Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia”), que, apesar de corresponder a apenas 02 (dois) processos do conjunto, foram observados, como medida aleatória, para ratificar ou não o quadro verificável no número mais expressivo. Em seguida, neste campo selecionado, os eventos foram depurados.

O Quadro 3 a seguir apresenta a distribuição dos processos administrados segundo tema e, em destaque, os temas pesquisados.

Quadro 3 - Acervo de processos sobrestados administrado pelo NURER do TJPB em março de 2016.

CODIGO	DESCRIÇÃO DO TEMA	TOTAL
264	DIREITO A DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM CAI	237
265	DIREITO A DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE DEI	220
201	RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA DO ICMS PAGO A MAIS NO	4
303	COBRANÇA DE IPI NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA	1
STF	OBRIGATORIEDADE PAGAMENTO, MEDIANTE REGIME	1
349	REGISTRO PRÉVIO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCI	1
576	PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE PREFEITOS, POR A	6
257	INCLUSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS NO TETO REMUNERA	2
006	DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO DE ALTC	861
642	DEFINIÇÃO DO LEGITIMADO PARA A EXECUÇÃO DE CRÉ	8
296	CARATER TAXATIVO DA LISTA DE SERVIÇOS SUJEITOS	3
210	LIMITAÇÃO DE INDENIZAÇÕES POR DANOS DECORRENTI	2
247	INCIDENCIA DO ISS SOBRE MATERIAIS EMPREGADOS NA	3
309	ALCANCE SANÇÕES IMPOSTAS ART. 37, 4º DA CONSTITUI	1
022	RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO D	5
385	RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPR	1
905	APLICABILIDADE DO ART. 1-F DA LEI 9494/97, C	4
539	COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGA	3
315	AUMENTO DE VENCIMENTOS E EXTENÇÃO DE VANTAGE	1
687	AS HORAS EXTRAS CONSTITUEM VERBA DE NATUREZA	6
624	PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO	1
551	EXTENSÃO DE DIREITOS CONCEDIDOS AOS SERVIDORES	4
784	DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FC	13
810	VALIDADE DA CORREÇÃO MOETÁRIA E JUROS DE MORA	1
525	COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL PARA DISPOR	1
910	LEGITIMIDADE PASSIVA DAS EMPRESAS ARREMATARAM	1
658	CONTROVÉRSIA: CRITÉRIOS PARA A CONVERSÃO DAS	1
381	APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO A CONTRATO DE P	5
163	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO CONS	2
793	RESPONSABILIDADE SOLÁRIA ENTRE OS ENTES FEDE	598
653	VALOR DEVIDO PELA UNIAO AO FUNDO DE PARTICIP. D	1
592	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR M	2
610	REVISÃO DE CLAUSULA REAJUSTE PLANO SAUDE E R	4
123	APLICAÇÃO DE LEI NOVA SOBRE PLANO DE SAUDE AOS	6
542	DIREITO A GESTANTE CONTRATADA PELA ADM PUBL PC	2
100	APLIC.ART741.PAR.UNICO CPC AMBITO J.EF., POSSIB	1
569	SISTEMATIA P/CONTAGEM PRESC.ART.40 (LEI N. 6.	2
566	SISTEMATICA PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INT	7
929	HIPOTHESES DE APLICAÇÃO DA REPETIÇÃO EM DOBRO	1
396	DIREITO ADQUIRIDO AOS CRITÉRIOS DA PARIDADE E I	10
792	POSSIBILIDADE APLICAÇÃO LEI DISTRITAL 3.624/2005	1
725	NO REGIME PRÓPRIO DA LEI 9492/97, LEGITIMAME	1
540	AUXILIO CESTA-ALIMENTAÇÃO, PARCELA CONCEDIDA	1
911	DEFINIÇÃO SE ART.2º, § 1º, 6º DA LEI 11.738/200	1
TOTAL DE PROCESSOS		2.037

Fonte: NURER do TJPB

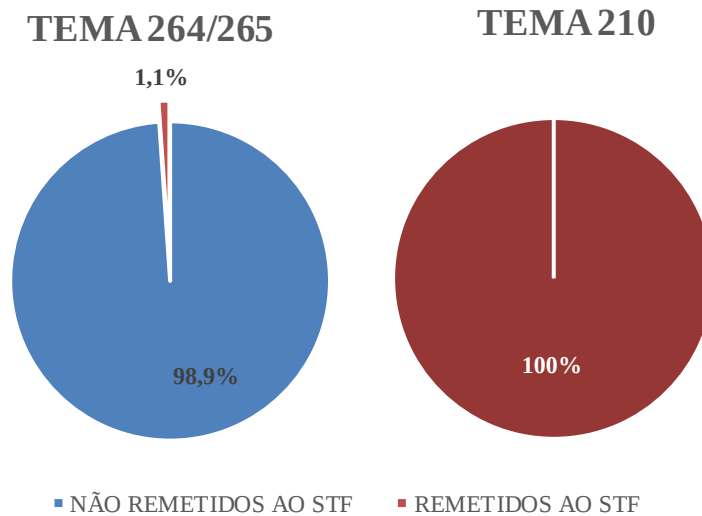
Trata-se de uma análise de processos coletados perante o TJPB, que apresenta uma visão qualitativa, provável, sobre o tema³⁹⁹. A investigação envolve, nesse passo, a realidade de processos do tribunal paraibano na perspectiva de auxiliar a compreensão atual do problema sob análise.

Na verificação *in loco*, constatou-se que dos 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) processos sobrestados com base nos temas 264/265, 05 (cinco) processos haviam sido remetidos ao STF e, na sequência, devolvidos ao TJPB com a certidão (carimbo) da Secretaria do Pretório Excelso prevista na Portaria nº 138/2009, indicando que o tema a ser observado no caso⁴⁰⁰. Quanto aos processos suspensos relativos ao tema 210, verificou-se que exatamente o mesmo procedimento foi adotado (Ver Figura 1).

³⁹⁹ CATÃO; ALMEIDA; BARROSO, op. cit., p. 65.

⁴⁰⁰ Cf., nos Anexos, cópias das respectivas certidões coletadas nos processos pesquisados.

Figura 2 - Processos dos temas 264/265 e 210 remetidos ao STF



Fonte: Autor

Afastado o primeiro e apressado olhar, que poderia supor que o número de processos com carimbo de não-juiz é irrisório – fato que, por si, não afastaria por completo a gravidade e o reconhecimento da ocorrência da prática extrema –, uma análise científica atenta permite perceber que todos os processos relativos aos temas 264/265 que subiram, mediante agravo, ao STF, foram devolvidos deste tribunal sem fundamentação por precedentes – aliás, sem qualquer fundamentação –, senão com a indicação, por pessoa totalmente incompetente, de enunciado geral e abstrato aplicável ao caso.

Com efeito, todos os demais 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) processos das temáticas selecionadas, apesar de estarem precisamente na mesma situação fático-processual daqueles que subiram, apenas não tiveram a mesma sorte porque, antes da remessa, foram por antecipação sobrestados no próprio TJPB, conforme autoriza a legislação processual.

Ratificando esse entendimento, averiguou-se que os processos relativos ao tema 210, na íntegra, ao subirem por agravo ao STF, receberam a mesma “ordem judicial”, via carimbo, de adequação ao tema geral afetado em repercussão geral.

Conclui-se, assim, que, dos processos do campo de dados selecionado, a unanimidade daqueles enviados ao Supremo Tribunal Federal foram “julgados” segundo a concepção extrema da fundamentação por enunciados gerais. Em outros termos, os que subiram receberam, por assim dizer, apenas uma aposição de carimbo por parte de servidor daquela corte, com indicação à mão do tema e ordem para que o tribunal de origem realizasse juízo de adequação.

Apesar de importante, não é objeto deste trabalho investigar as razões pelas quais o tribunal da Paraíba, quanto à maioria dos processos, resolveu antecipar o sobrestamento, impedindo a remessa ao STF. Em verdade, o contexto investigado permite confirmar a hipótese de que, de fato, ocorreu um fortalecimento da *lógica da decisão por enunciados gerais*, desde a aproximação normativa ao *stare decisis*, a ponto de a própria instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, em tempo recente, ter viabilizado um cenário decisório cuja natureza jurídica seria uma espécie de aplicação máxima da fundamentação *sumulalizada*. As consequências dessa atividade, além de ofender a competência judicial e a legitimidade das decisões, afasta, tanto mais, o país da denominada “lógica do precedente”, nas palavras de Taruffo.

Isso não obstante, a investigação empírica demonstrou ainda que, durante o período de coleta de dados – janeiro e fevereiro de 2016 –, dos processos que aportaram no TJPB provenientes do STF, a Diretoria Jurídica identificou 03 (três) cujo retorno se deu com decisão de Ministro sorteado relator determinando a aplicação sistemática do art. 543-B do CPC, e não mais com carimbo de servidor⁴⁰¹.

Provavelmente, a mudança ocorreu não por conta da apreensão da gravidade do problema, que, por si, já justificaria refrear a praxe, mas em razão da revogação da Portaria nº 138/2009, da Presidência do STF, por meio da Portaria nº 89, de 06 de maio de 2015⁴⁰². Conquanto não faça referência expressa ou apresente justificativas, acredita-se que a revogação esteja intimamente relacionada com a divulgação do estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ocorrida na mesma época, o qual, inclusive, entre as propostas de aprimoramento do sistema, recomendou firmemente a reconsideração imediata do normativo.

De qualquer sorte, ainda que não tenha sido essa a razão, a alteração percebida parece adequar-se ao Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com vigência a partir de 18 de março de 2016), que, por essência, tenciona criar uma cultura jurídica mais argumentativa e democrática, atribuindo aos juízes uma responsabilidade política que exige fundamentação adequada e análise detida todos os argumentos de cada processo judicial.

O NCPC busca, na substância, atribuir força vinculante ao precedente judicial no direito brasileiro mediante a valorização de uma cultura argumentativa e discursiva, que não

⁴⁰¹ Nos Anexos, é possível conferir cópia das decisões e dos respectivos números dos processos.

⁴⁰² DJE/STF, n. 87, p. 1 de 12/05/2015.

se limite à reprodução de enunciados gerais e abstratos ou de teses gerais de trechos de decisões passadas. Nos termos do art. 489, § 1º⁴⁰³, por exemplo, o manejo de julgados anteriores ou a aplicação isolada de enunciados sem referência aos casos que levaram à sua promulgação deixa de ser simples inconveniência para se tornar uma ilicitude, passível de anulação, pois não se considerará fundamentada a decisão, sentença ou acórdão apresentada em tais termos.

Perquirir se, verdadeiramente, aquela realidade extremada modificou-se em definitivo ou se o Novo Código de Processo Civil será capaz de impedir o ressurgimento da prática⁴⁰⁴ é matéria objeto de trabalho distinto e quiçá futuro, contentando-se os propósitos desta pesquisa dissertativa, por certo, com a confirmação científica da existência de uma perigosa tendência decisória possivelmente conformadora de maior desordem no interior do caótico quadro jurisprudencial brasileiro – que se pretendeu denominar de *caos enunciativo decisório*.

⁴⁰³ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

⁴⁰⁴ Mesmo depois da publicação da Pesquisa CNJ e da revogação da Portaria nº 138/2009, mantendo latente a hipótese extrema, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, em entrevista sobre a quantidade de trabalho no tribunal, declarou acreditar que, “em breve, nos casos em que seja para manter a decisão, não vamos precisar produzir uma decisão, ou bastará uma decisão simples, como ‘a decisão recorrida não está alinhada com a jurisprudência do Supremo’”. Perguntando se este trabalho poderia ser feito pela equipe do gabinete, o Ministro deu a entender que sim, afirmando que o fato de produzir decisões com relatório e fundamentação em incontáveis casos, diferentemente do que acontece em outros tribunais constitucionais, seria um problema. (BARROSO, Luis Roberto. O maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. [02 de julho, 2015]. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Marcos Vasconcellos)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas primeiras linhas do trabalho, de logo foram apresentados os fatos e as circunstâncias jurídicas que aguçaram a preocupação acadêmica de investigar a questão dos precedentes judiciais no Brasil. Trata-se de temática que, a despeito de ocupar as mentes, conversas e até mesmo os argumentos e fundamentações dos profissionais da área jurídica no país na contemporaneidade, sempre nos figurou enfrentada sem o devido rigor científico, tal como se a sua invocação fosse algo pressuposto ou dado ao conhecimento antecipado de todos ou, mais grave, utilizada apenas para mascarar decisões que, a pretexto de seguir a regra jurídica definida em julgamentos anteriores, apenas viabilizam a imposição das concepções pessoais dos julgadores.

Não é de hoje que se noticia o déficit de autoridade das decisões oriundas dos nossos tribunais – vertical e mesmo horizontalmente –, inclusive das cortes superiores, em situação de indiscriminado desrespeito aos precedentes judiciais. É como se não existisse, conforme já declarou Ministro do Supremo Tribunal Federal, jurisprudência no Brasil, no sentido de procedimento metodológico por meio do qual se dá segurança jurídica, previsibilidade e justiça ao caso concreto, senão apenas um conjunto indiscriminado de decisões.

O interesse investigativo foi despertado, assim, com o fato de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – órgão máximo da representação jurídica do Poder Público Federal na área fiscal –, em parecer vinculativo para toda a carreira, ter reconhecido expressamente o histórico descumprimento dos julgados dos tribunais superiores e associado a instabilidade da jurisprudência às decisões produzidas de acordo com o “entendimento pessoal” de cada juiz. Para a PGFN, o incremento da força persuasiva dos precedentes seria a medida capaz de enfrentar a pessoalidade e a subjetividade dos julgamentos dos magistrados que desconsideram solenemente os parâmetros fixados pela hierarquia superior do Poder Judiciário.

No primeiro momento, diante do que se observou do referido parecer, imaginava-se que a, até então apenas suposta, irracionalidade decisória sistêmica, poderia ser examinada sob a simplificada perspectiva de que tudo se resumia à não observância das decisões dos tribunais superiores pelos juízes de base. E que, por isso, a solução seria a mera vinculação decisória verticalizada.

Esse raciocínio preliminar seguia o senso comum teórico dos juristas que acreditam que incorporação do *stare decisis* em nossa formação jurídica romano-germânica teria por objetivo resolver o exacerbado volume de processos no país derivado, em principal medida,

da crise de incerteza proveniente dos entendimentos dissonantes ou mesmo contraditórios do Judiciário.

No entanto, aprofundando o estudo, e objetivando alcançar os fundamentos do tema, a pesquisa enveredou pelo exame da “crise de indeterminação do direito” e do correspondente aumento da discricionariedade dos juízes, que, no extremo, pode permitir o achegamento ao decisionismo arbitrário e a própria negação dos pontos de partida dogmáticos – o que a pesquisa denominou de *caos decisório enunciativo-decisionista*.

Perquiriu-se, assim, no Capítulo 1, as origens da liberdade decisória, isto é, como a complexidade ética da sociedade contemporânea ensejou a ampliação das divergências interpretativas dos julgadores, sobretudo a partir da sobrecarga do direito positivo derivada do constitucionalismo pós-guerra. Efeito disto, a expansão da abstração dogmática ou a abertura da textura do direito acarretou uma indiscutível dilatação do poder do juiz (“expansão do Poder Judiciário”) e atraiu a discussão sobre os parâmetros de controle da decisão. No contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito, a criação normativa judicial e seu enfrentamento passaram a preocupar, sob conjunturas diversas, tanto a tradição jurídica anglo-saxã (“constitucionalização do *common law*”) quanto a continental (perda da centralidade das codificações); (re)aproximou-as, inclusive, notadamente através da força vinculante dos precedentes judiciais, para garantir consistência e coerência aos sistemas jurídicos e reduzir a elasticidade interpretativa, convertida em desordenada causalidade, dos julgadores.

Ao lado da investigação teórica sobre as razões que promoveram a transferência do foco da teoria jurídica para o momento da decisão e da aplicação – a primazia do juiz –, resolveu-se, para robustecer e efetivar a contribuição prática da pesquisa, delimitar o objeto de estudo através de um recorte da situação decisória do país, atentando particularmente para a atividade desenvolvida pelos principais julgadores. Sob uma análise mais qualitativa que propriamente estatística, como que uma fotografia da realidade, elegeu-se o julgamento do HC 127.186/PR no STF, que tratou de rumorosas prisões efetuadas na operação “lava jato”, como representativo de decisões judiciais consagradoras da interpretação meramente subjetiva do magistrado.

Na realidade, esse julgamento é a representação concreta da particular lógica dos precedentes judiciais no Brasil, qual seja: a escolha “decisionista” de trechos de “precedentes” (a rigor, argumentos ou teses gerais de decisões anteriores) visando tão somente justificar pontos de vista do juiz. Aqui, não se observa, efetivamente, a “lógica do precedente”, segundo

a lição de Taruffo, mas um raciocínio *enunciativo-decisionista* de construção da decisão que busca encontrar enunciados gerais nas decisões pretéritas.

No entanto, o que poderia ser uma situação específica e isolada, a partir da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “A força normativa do direito judicial”, revelou-se uma perigosa tendência. Em outras palavras, com base nesse estudo, foi consolidado o problema objeto da pesquisa: a tendência de fortalecimento das *decisões enunciativas* e o consequente risco de consolidação da *lógica da decisão por enunciados gerais* em função da subjetividade do juiz.

Com efeito, segundo apontado na Seção 3.3, o CNJ, analisando a prática do precedente em diversos de nossos tribunais, inclusive no TJPB, identificou um forte direcionamento à *sumulalização* das decisões, no sentido de que se busca encontrar, não a *ratio decidendi*, mas apenas preceitos gerais na fundamentação de julgados passados. Em verdade, o indicativo é que os juízes brasileiros, mesmo os da Suprema Corte, tendem a decidir não de acordo com o que de fato seria a razão jurídica dos casos-paradigma, mas com fundamento em enunciados gerais (sumulados ou não) capazes de lhes deixar mais livres em relação ao compromisso argumentativo com os fatos concretos do processo.

Além do risco democrático, porque essa forma de agir limita o controle e a sindicabilidade do julgamento, já que será cada vez mais fácil justificar qualquer decisão ou posicionamento, o manejo de enunciados gerais de decisões passadas (*lógica da decisão por enunciados gerais*) conformador de *decisões enunciativas* certamente agravará, e de forma imponderável, o problema brasileiro de excessiva dispersão jurisprudencial identificado ainda na década de sessenta do século passado.

Prosseguindo neste modelo de construção da sentença, a aplicação de precedentes pode se resumir a uma questão de encontrar a citação útil (enunciação) que vai justificar o argumento que o juiz quer fazer, a depender da estratégia decisória. A ameaça ao Estado Democrático e Constitucional de Direito é, pois, manifesta, sobretudo quando a enunciação decisória se projeta como uma tendência.

Identificado o problema e sua gravidade, tratando-se de uma pesquisa essencialmente descritiva, objetivou-se apresentar uma hipótese que fosse capaz de tratar da temática precedentes judiciais no Brasil não pelos óculos do senso comum teórico, dedicado basicamente ao enfrentamento da carga excessiva de processos, tampouco pela visão da crítica política do exercício da vontade de poder da cúpula do Judiciário e do mercado – responsável pela centralização do poder nas instâncias máximas. A investigação, diante da

possível conformação de um *caos enunciativo-decisório* certamente mais grave que o “caos jurisprudencial” da segunda metade do século XX, teve por objetivo identificar o que efetivamente deu origem à incorreta assimilação dos precedentes em nosso país, não se conformando em examinar aspectos laterais ou apenas os efeitos últimos dessa realidade.

Nesse sentido, a pesquisa levantou a hipótese científica segundo a qual foi a particular forma de incorporação dos precedentes pela via normativa, associada à nossa histórica lógica jurisprudencial de herança lusitana, que gerou as graves consequências anunciadas durante o decorrer do trabalho. Em outras palavras, a tese era de que a tentativa de “aproximação normativa” ao precedente judicial do direito anglo-saxão teria nos levado a uma situação bastante grave: a escolha de trechos de “precedentes” sem o necessário respeito ao parâmetro normativo.

Indagava-se, assim, se o risco do *caos enunciativo-decisório* teria alguma relação com a forma *sui generis* com qual o Brasil incorporou a doutrina do *stare decisis* em seu ordenamento.

Com a análise desenvolvida particularmente na Seção 3.2, a hipótese inicialmente prevista restou confirmada. Afinal, como resposta à adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade sem o correspondente mecanismo de funcionalidade e coerência decisórias próprio da formação cultural norte-americana, o Brasil promoveu a incorporação do *stare decisis* não pela construção histórica contínua, tal qual se deu na tradição anglo-saxã, mas pela via da imposição normativa. Imaginou-se ser este o caminho capaz de impedir que vicejasse a liberdade decisória absoluta que já se apresentava em razão da simbiose entre a descomprometida lógica jurisprudencial de matriz portuguesa e a possibilidade de manifestação judicial difusa sem o elemento de previsibilidade que a caracterizou na origem.

Todavia, além de não ter alcançado seus objetivos, a tentativa de implementação forçada do *stare decisis*, ao contrário, contribui para incrementar a desordem no interior do quadro jurisprudencial brasileiro. Em outras palavras, quando a aplicação da jurisprudência já fazia despontar fenômeno patológico (década de sessenta passada), os sucedâneos normativos do instituto anglo-saxão passaram a apostar na vinculação mediante recurso à enunciação. O “método de trabalho” da enunciação sumular acrescentou um componente novo e determinante à nossa lógica jurisprudencial: a aplicação de enunciado geral e abstrato para qualquer caso que parecesse pertinente.

Desde então, o raciocínio de construção da decisão tomou a *lógica da decisão por enunciados gerais*. E, a despeito de ainda descontextualizada em relação aos julgados

anteriores, apareceu um complicador: a falta de conexão não apenas com os fatos, mas com a própria *ratio decidendi* do acórdão considerado paradigma. Perceberam os juízes a possibilidade de recorrer às abstrações gerais dos julgamentos anteriores, invocando qualquer trecho (*dictum*) que pudesse ser utilizado como enunciação de uma norma geral.

Por isso, além de não resolver o problema da jurisprudência pletórica, a aproximação normativa ao *stare decisis* gerou uma conjunta mais problemática que a dispersão jurisprudencial de outrora: a possibilidade de os magistrados manipularem, aleatoriamente, as teses gerais de partes de decisões pretéritas, como se isto representasse respeito aos precedentes judiciais, visando, apenas, justificar a interpretação meramente subjetiva do julgador.

Não bastasse o risco da consolidação das *decisões enunciativas*, a pesquisa ainda identificou, nos processos do TJPB enviados ao STF, a faceta talvez mais radical da particular lógica dos precedentes judiciais no Brasil: se é grave que os magistrados reproduzam citações genéricas sem preocupação fidedigna com “lógica do precedente”, tanto mais sombria, já que a justificação passa pela simples reprodução de enunciados gerais, é a possibilidade de a decisão judicial ser delegada a não-magistrados, com total descompromisso com a fundamentação, porque limitada à enunciação temática. Tal realidade, além de afrontar diretamente a Constituição Federal de 1998, fere de morte os sustentáculos do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Impende, pois, enfrentar com seriedade a questão da indeterminação da *ratio decidendi*, de modo a inviabilizar o manejo aleatório de enunciados gerais, permitindo a construção de uma autêntica cultura de precedente judiciais no país. Com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o compromisso com a construção discursiva e democrática da jurisprudência e com a aplicação fundamentada do precedente foi expressamente assumido. Resta acompanhar, todavia, se problemas extremos como o que se verificou no TJPB ou o risco de consolidação do *caos enunciativo-decisório* foram definitivamente expurgados da prática decisória brasileira, o que demandará, por certo, novas pesquisas e investigações.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. A construção retórica do ordenamento jurídico: três confusões sobre ética e direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC**, Minas Serro, Minas Gerais, n. 3, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/issue/view/169>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Adeus à separação dos poderes? Chegando à tese do realismo jurídico. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009.

_____. **A Retórica Constitucional**: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio: realismo jurídico e sobrecarga do processo na sociedade complexa. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**. vol. 922. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2012.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes judiciais**: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa. Curitiba: Juruá, 2014.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Org. Slavoj Zizek. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. **Revista dos Tribunais**. vol. 920, jun. 2012.

_____. **Reclamação 4.335 e a busca do stare decisis**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/observatorio-constitucional-reclamacao-4335-busca-stare-decisis>. Acesso em: 6 jun. 2015.

ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law**. Tese de Doutorado. Paraná: 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Não tenho orgulho do volume de processos que o Supremo julga. [23 de fevereiro, 2015]. **Blog Os Constitucionalistas**, Brasília, Entrevista concedida a Rodrigo Haidar e Israel Nonato.

_____. O maior trabalho de gabinetes do STF é com casos que o ministro não vai julgar. [02 de julho, 2015]. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Marcos Vasconcellos.

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39. Acesso em: 6 ago.2015.

BELTRÃO, Taciana. O conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva e o silogismo retórico das decisões judiciais. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Direito como atividade judicial**. Recife: Ed. dos Organizadores, 2009.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BRASIL. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 22 jun.2015.

_____. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 mar.2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12 dez.2015.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2010, de 22 de março de 2010**. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/4922010>. Acesso em 12 dez.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 12 fev.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 586.453**. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 20 fev.2013, public. 05 jun.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.290**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 1º mar.2011, public. 1º ago.2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial – A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. **Teoria do Precedente Judicial**. [02 de agosto, 2012]. São Paulo: Jornal Carta Forense. Entrevista concedida aos editores.

_____.; GONTIJO, Alice; MACIEL, Glaucio Ferreira et al (coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CAETANO, Viviane Neves. May it please the Court: o sistema de precedentes no direito americano – notas comparativas com o atual processo civil brasileiro. Publicações da **Escola da AGU**: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course. Brasília, vol. 2, n. 16, p. 347-364, abr. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo Judicial e a Evolução no Direito**. Trad. Leda Boechat. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CATÃO, Aduardo; ALMEIDA, Livia Lemos Falcao de; BARROS, Caroline Maria Costa. Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o TJ/AL e o STF. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. Coleção Primeiros Passos. 13. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

CHAUMET, Mario Eugenio. **Notas sobre el pensamiento teórico jurídico de Michele Taruffo**. Su vertiente realista. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015_michele-taruffo-en-la-facultad-de-derecho.php>. Acesso em: 2 out. 2015.

COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony e BURTON, Mandy. **English legal system in context**. Oxford: Oxford University Presse, 2007.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: Tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011.

DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDWARDS-LEVY, Ariel. **Americans doubt the Supreme Court's objectivity, but don't believe it wields excessive power**. 14 de maio de 2015. Huffpost politics. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2015/05/14/supreme-court-poll_n_7277936.html>. Acesso em: 04 fev. 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. A nova caminhada de Fachin. [07 de julho, 2015]. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, Entrevista concedida a Joana Neitsch.

_____. País precisa de mudanças na cultura constitucional, não na Constituição. [16 de julho, 2015]. Brasília: **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Pedro Canário, Marcos Vasconcellos e Marcelo Galli.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; BASTOS, Ronaldo. Marxismo, direito e realismo: a trajetória de duas pesquisas confluentes. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Fundamentais**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

FEITOSA, Enoque. Marxismo, realismo e direito: uma análise voltada às manifestações do fenômeno jurídico sob um viés da práxis. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne *et al* (org.). **Pragmatismo Jurídico**: Fundamentos e Método de uma doutrina interdisciplinar (estudos em homenagem ao Prof. George Brownw Rego). Recife: Editora Universitária da UFPE, 2014.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de capacidade civil. In: LEAL, Larissa Maria de Moraes; GODINHO, Adriano Marteleto; LIMA, Raquel Moraes (coord.). **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 93-113. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=243>>. Acesso em: 17 ago. 15.

FERNANDES, Manuela Braga. **Uma análise do princípio da segurança jurídica através do realismo de Jerome Frank**: a aceitação da incerteza no direito. Dissertação de Mestrado. João Pessoa: 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

FREITAS, Lorena. **Além da toga**: uma pesquisa sobre ideologia e direito. Recife: Bagaço, 2009a.

_____. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

_____. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de Doutorado. Recife: 2009b.

_____. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Fundamentais**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do Direito**: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. El "Derecho como argumentación" y el Derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Infante. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 24, 2001.

_____. La motivación: conceptos fundamentales. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (orgs.). **La Argumentación en el Derecho**. Lima: Palestra, 2003.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Instabilidade judicial: reflexos econômicos e precedentes judiciais vinculantes. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, ano X, n. 9, p. 18-38, maio 2015.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação**. Trad. do autor. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University, Press, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KRELL, Andreas J. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos - o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA,

Enoque; FREITAS, Lorena *et al* (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Vol. 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 208. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1964.

LEAL, Fernando. **Uma jurisprudência que serve para tudo**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em: 20 maio. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso coletivo à Justiça no Estado Democrático de Direito. In: DINIZ, João Janquiê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (coord.). **Constituição, Processo e Cidadania**. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de Direito. Trad. Bruno Miragem. Notas da trad. Claudia Lima Marques. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, cap. V, vol. 2.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

_____. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. Fraude de clique: aspectos gerais do ilícito ao modelo de negócio pagamento por clique e reflexo(ões) no Direito Consumerista **brasileiro**. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; GUERRA, Gustavo Rabay (coord.). **Proteção Jurídica do Consumidor em perspectiva transversal**. Paraíba: A Barriguda Revista Jurídica, 2014.

MENDES, Gilmar. Catarse coletiva – Temor de enfrentar opinião pública não pode ser maior que obediência a leis. [31 de julho, 2015]. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, Entrevista concedida a Márcio Chaer e Pedro Canário.

NALINI, José Renato. Paranoia dogmática. **Jornal O Estado de S. Paulo**, São Paulo, cad. A-2, 08 jul.2014.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: Introdução à teoria e à metódica estruturantes. Trad. Ana Paula Barbosa. São Paulo: RT, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo S. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 out. 2015.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179-208, jan.-jun.2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Exercício hermenêutico em torno do Direito jurisprudencial no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/diario-classe-exercicio-hermeneutico-torno-direito-jurisprudencial-cpc>>. Acesso em: 25 out. 2015.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira; JEVEAUX, Geovanny Cardoso. **Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/3.pdf>. Acesso em: jan.2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: – universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

PORTO, Giovanni Magalhães. **Uma análise pragmática do controle da atividade jurisdicional nos Juizados Especiais**: as inconseqüências práticas da tomada de decisão vinculante no que concerne às taxas incidentes em contratos bancários. Dissertação de Mestrado. João Pessoa: 2014.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. **Precedent in Law**, Oxford, Clarendon Press, 1987.

PRICE, Jorge Eduardo Douglas. **La Decisión Judicial**. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

_____. O jardim dos caminhos que se bifurcam – uma teoria da decisão judicial. Palestra proferida no I Congresso Jurídico do Tocantins: **Novos paradigmas do Direito Privado e os Desafios para o Século XXI**. Universidade Católica do Tocantins, Palmas-TO, em 11 de setembro de 2014.

PULIDO, Carlos Bernal. A migração do princípio da proporcionalidade pela Europa. Trad. Lays Gomes Martins. **Revista Libertas**, Ouro Preto-MG, vol. 1, n. 2, jul-dez.2014.

_____. El precedente en Colombia. **Revista Derecho del Estado**, n. 21, diciembre de 2008, p. 82. Disponível em: < file:///C:/Users/Jeremias/Downloads/493-1589-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 mar.2015.

_____. **La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano**. Disponível em: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/1BERNALPULIDO.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Trad. Thomas da Rosa Bustamante e Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. **Prim@ Facie**, ano 2, n. 2, jan.jun.2003. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4405>. Acesso em 29 ago.2015.

ROCHA, Manuel Antônio Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal**. 7. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896.

ROCHA, Mauro Sérgio. Aplicação direta de princípios constitucionais: justificação das decisões judiciais. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores com ênfase no novo Direito Processual Civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

RODRÍGUES, Javier Solís. La jurisprudencia en las tradiciones jurídicas. In: SALGADO, Cienfuegos; OLVERA, David y López *et al* (coord.). **Estudios em homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz**. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 2000.

SANTOS, Bruno Calife dos; BARROS, Clauber. Aproximação dos sistema de precedentes no contexto brasileiro: uma análise crítica a partir do instituto da súmula vinculante. **Anais do V CONGRESSO DA ABRASD**, Vitória, ACA, 2014, p. 1731. Disponível em: http://media.wix.com/ugd/203511_b7060c02cce54d20b75e7be2794a7188.pdf. Acesso em: 2 jul. 2015.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano. **Controle Remoto e decisão judicial**: Quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

_____. **O Judiciário entre a vontade de poder e o controle remoto judicial**: uma resposta hermenêutica. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: 2013.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOIM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Diogo Bacha. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International journal constitutional law**. 11(3), 2013, p. 557-584. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Trad. João Maurício Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, n. 7, 1996, p. 251-273.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, ano 3, n. 3, p. 73-91, jan./dez. 2004.

SOUZA JÚNIOR, Nelson Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 202.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O Ativismo e a Judicialização: de como os números podem velar o fenômeno. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (coord.). **Novo Constitucionalismo Latino-Americano – o debate sobre novos sistemas de Justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil**. Traducción Juan J. Monroy Palacios e Juan F. Monroy Gálvez. Lima-Peru: Palestra Editores, 2005.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 5. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-ejurisprudencia/>. Acesso em: 2 jun. 2015.

_____. Precedents in Italy. In: HONDIUS, Ewoud (org.). **Precedent and the Law**: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Precedentes judiciais e a atuação do advogado. In: DIDIER JR., Fredie; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Coleção Repercussão do Novo CPC**. V. 2 – Advocacia. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOFFOLI, José Antonio Dias; LIRA, Daiane Nogueira de. A jurisdição constitucional e o processo de convergência entre os sistemas do *common law* e do *civil law* no Brasil. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). **O Direito nos Tribunais Superiores com ênfase no novo Direito Processual Civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

TOFFOLI, José Antonio Dias. **Novo CPC dá a tribunais superiores nova maneira de fazer prevalecer suas decisões**. [20 de março, 2015]. **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, Entrevista concedida a Joana Neitsch.

VALE, André Rufino do. **É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. **Formatação do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

VIEIRA, José Rivas; ANDRADE, Mario Cesar. **Onze ilhas supremas ou ministros invisíveis: o que o STF reserva para 2016?**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/onze-ilhas-supremas-ou-ministros-invisiveis-o-que-o-stf-reserva-para-2016>>. Acesso em: 04 fev.2015.

VOEGELIN, Eric. **A nova ciência da política**. Trad. José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and rule of law: a layered approach. **Public Law Research Paper**, New York, n. 11-75, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. Acesso em: 6 set.2015.

WAMBIER, Tereza A. Alvim. **O recurso no novo CPC e a força da jurisprudência**. Palestra proferida no Seminário Novo CPC na Visão da Comissão de Juristas. Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2015.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia**. Trad. Marina Gáscon. Madri: Trotta, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem**: sublime objeto da ideologia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

ANEXO A - Parecer PGFN/CRJ nº 492, de 22 de março de 2010

ANEXO B - Processo Administrativo nº 370.763-6 (Informações da Diretoria Jurídica do TJPB)

ANEXO C - Processos devolvidos ao TJPB com certidão da Secretaria do STF (Temas
264/265 e 210)

ANEXO D - Processos devolvidos ao TJPB com decisão de Ministro do STF