



O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A LIMITAÇÃO DO ARBÍTRIO JUDICIAL.

THE PRECEDENT SYSTEM IN BRAZILIAN LAW AND THE LIMITATION OF JUDICIAL DISCRETION.

¹João Paulo Alvarenga Brant
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau²

RESUMO

A importação parcial do sistema de precedentes norte-americano pelo novo Código de Processo Civil trouxe consequências importantes no modelo de interpretação e aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro. Com base em exame legal e doutrinário sobre a matéria no direito comparado, a pesquisa apresenta uma visão histórica do *common law* e da família romano-germânica, examina o sistema de precedentes no direito brasileiro e critica a importação pura e simples do instrumento, identificando-se os parâmetros do realismo jurídico escandinavo e norte-americano, bem como os riscos decorrentes do decisionismo e da arbitrariedade judiciais.

Palavras-chave: Precedentes; hermenêutica; decisionismo judicial.

ABSTRACT

The partial import of the north-american precedents system by the new Code of Civil Procedure brought important consequences in the model of interpretation and application of the rules in the Brazilian legal system. Based on legal and doctrinal examination of the matter in comparative law, this research seeks to present a historical overview of the common law and Roman-Germanic family, examine the precedent system in Brazilian law and criticize the simple import of those tolls, identifying the parameters of the Scandinavian and North American legal realism, as well as the risks of decisionism and judicial arbitrariness .

Keywords: Legal precedent; legal hermeneutics; judicial discretion

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, (Brasil).

² Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, (Brasil). Membro do IDPro (Instituto de Direito Processual). Bacharela em Pedagogia pela PUC-Minas



INTRODUÇÃO

A crise de efetividade do processo judicial e a descrença na capacidade de o Estado resolver, com isonomia, os conflitos que se multiplicam em proporção geométrica na sociedade, impuseram ao legislador brasileiro a adoção de mecanismos para a diminuição do número de litígios e a resolução mais rápida e eficaz das lides propostas – tudo para assegurar a tutela mais adequada do direito material das partes.

Reforçando a aproximação entre o sistema brasileiro, da família romano-germânica, e a tradição do *common law*, incrementou-se na atual legislação processual a utilização de precedentes como instrumento adequado para solução de litígios repetitivos de forma isonômica, rápida e eficiente.

Mas a mera importação de um mecanismo já testado na tradição do direito comum (*common law*) traz riscos já conhecidos. Os percalços enfrentados pelos norte-americanos, cujo sistema inspirou a reforma, devem ser evitados na incorporação aos costumes brasileiros.

O objetivo do trabalho é verificar a possibilidade de compatibilizar o sistema de precedentes incorporado ao ordenamento brasileiro à tradição do direito romano-germânico, exigindo não só integridade e coerência das decisões, como também respeito ao texto escrito da norma constitucionalmente produzida, afastando-se dos vícios da discricionariedade e arbitrariedade.

A pesquisa é de natureza bibliográfica, com base em exame legal e doutrinário sobre a matéria no direito comparado e está dividida em cinco partes. Busca apresentar uma visão histórica do *common law* e da família romano-germânica, trazer uma visão geral do sistema de precedentes no direito brasileiro e criticar a importação pura e simples do instrumento, identificando-se os parâmetros do realismo jurídico escandinavo e norte-americano e os riscos decorrentes do decisionismo e da arbitrariedade judiciais.

1 O sistema romano-germânico e o *common law*

A importância do estudo do direito comparado é crescente. Por meio da interpretação das normas pela doutrina, das decisões jurisprudenciais ou das inovações legislativas, tais estudos apontam para a harmonização e até mesmo para a uniformização dos institutos de direito (ZWEIGERT, KÖTZ, 1999).



Em razão das diferenças históricas na formação dos Estados nacionais, é possível identificar e distinguir diversos sistemas jurídicos coexistentes: romano-germânico, o *common law*, o direito nos países de tradição socialista, muçulmanos, hindu, judaico, extremo oriente (DAVID, 2014), dentre outros.

Essa separação em “famílias” dos direitos é possível em razão da coincidência de elementos estáveis e fundamentais, relegando-se a um segundo plano diferenças secundárias.

Para o objeto deste estudo, em razão da tradição do direito brasileiro e das inovações legislativas recentes, busca-se a identificação das características essenciais da família romano-germânica e do *common law*.

A família romano-germânica agrupa os países em que as regras de direito são ligadas a imperativos de conduta, com influência direta de valores de justiça e moral. A partir das codificações do século XIX, vários países pertencentes a essa tradição editaram “códigos” para a normatização da vida em sociedade. Daí o papel preponderante, que antes era das universidades, de que foi dotada a legislação escrita (DAVID, 2014, p.23).

O *common law*, por sua vez, reúne basicamente os países de língua inglesa. A expressão tem origem no “direito comum” – ou *comune ley* (DAVID, 2014, p.358). É um sistema fundado no direito costumeiro e no respeito às decisões pretéritas dos tribunais.

Se no sistema continental a lei garante a unidade e a segurança jurídica, tal papel é desempenhado pelo juiz nos países de tradição do direito comum. Nesse aspecto, há dupla responsabilidade do magistrado: a decisão não só resolve o caso concreto, como também dialoga com os valores da sociedade. Apesar de não limitado pela produção acadêmica que o antecede, o juiz não pode decidir de acordo com suas convicções morais pessoais. Esse juízo de valor abstrato das regras de convívio social é estabelecido pelo Poder Legislativo (EISENBERG, 1991, p. 3).

Apesar das bases divergentes entre os sistemas, as alterações recentes nos países vinculados a tradições diversas aproxima a família romano-germânica do *common law* e vice-versa.

Mauro Cappelletti (1993, p.126) já observava o fenômeno ao descrever a eficácia vinculante das decisões das cortes supremas – verdadeiro precedente obrigatório. Do mesmo modo, o efetivo aumento da produção legislativa nos países da tradição do direito comum também revela a crescente integração entre os sistemas jurídicos.

Permanece, contudo, a dificuldade de aplicação das regras de *equity* no sistema romano-germânico. A rigidez, própria do direito comum, que deu origem às decisões



equitativas no direito inglês, posteriormente também adotadas nos Estados Unidos, é desconhecida no direito continental na medida em que “vai contra a própria concepção do direito tal como admitem as universidades; este direito estrito, evidentemente, não poderia ser proposto por elas como um modelo; não é, a seus olhos, direito” (DAVID, 2014, p.46).

2 Os precedentes vinculantes no direito brasileiro e a integridade da jurisprudência

A ideia de precedentes no direito comum vem da obrigação de observância das regras previamente estabelecidas pelos juízes – *stare decisis*.

Na Inglaterra, as decisões tomadas pelas Câmaras dos Lordes constituem precedentes obrigatórios e vinculantes – exceto e excepcionalmente para o próprio órgão; as decisões da Corte de Apelações (*Court of Appeal*) vinculam as jurisdições inferiores e inclusive o próprio Tribunal (salvo em matéria criminal); as decisões do *High Court of Justice* têm grande valor persuasivo para as cortes inferiores, sem vinculação obrigatória (DAVID, 2014, p.428-429).

Nos Estados Unidos, os precedentes judiciais de observância obrigatória – *binding precedents* – encontram uma barreira: a Suprema Corte e as Cortes Superiores locais não se submetem à regra em relação aos seus próprios julgados (DAVID, 2014, p.490).

Apesar das atualizações introduzidas pelo Código de Processo Civil vigente, o sistema de precedentes vinculantes não é novo no direito brasileiro.

As decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal são de observância obrigatória desde a implantação dos respectivos instrumentos no texto constitucional³ pela Emenda nº 45/2004.

No Código de Processo Civil vigente, ampliaram-se as hipóteses de precedentes obrigatórios para também alcançar: os julgados do STF e STJ em recursos extraordinários e especiais repetitivos; os acórdãos dos demais tribunais quando proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).



Atento à dificuldade de controle das decisões, principalmente dos Tribunais Superiores, o artigo 926⁴ do Código de Processo Civil de 2015 impôs o dever de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, coerente e íntegra.

No projeto original (PLS 166/2010), havia previsão apenas de “uniformização” e “estabilidade”, tal como se infere da leitura do artigo então numerado como 847⁵.

Emenda acolhida pelo relator, deputado Paulo Teixeira⁶, apresentada na Câmara dos Deputados, alterou a redação final do projeto, acrescentando à norma vigente as obrigações de coerência e integridade.

A ideia de integridade é oriunda do pensamento de Dworkin (2007) que a defende como uma virtude política não tradicional, ao lado das já conhecidas justiça e devido processo legal. A integridade no Direito obriga o juiz a dar continuidade ao “romance em cadeia”, pressupondo a criação da norma concreta como prolongamento natural das construções já realizadas nos precedentes. Há foco no caso concreto, com base naquilo já decidido pela comunidade jurídica no passado e sempre com o objetivo de manter a integridade para o futuro.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, invocando Dworkin e Gadamer destacam:

A proposta de Dworkin não dista da confluência de horizontes apresentada por Gadamer, ou seja, as formas pelas quais a tradição pode conectar o passado e o presente, e uma maneira de realizar tal atividade no âmbito jurídico – em especial no Common Law –, ocorre através da leitura dos precedentes. A sequência de precedentes, práticas e costumes conformam um encadeamento de sentidos para Dworkin, os quais conectam justamente as decisões anteriores dos tribunais com as decisões presentes. Cabe ao intérprete considerar não apenas as origens das normas, mas, também, sua vida e suas transformações (2016, p.85).

Habermas (1997) critica a ideia da construção do direito por um só autor – o juiz Hércules de Dworkin (2007) – que ignora os pressupostos da teoria do discurso e da participação na “esfera pública”.

É de se constatar, contudo, que a própria ideia do “romance em cadeia” pressupõe, senão a discussão pública, o diálogo entre o intérprete que escreve o próximo capítulo e

⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁵ Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: [...].

⁶ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>: Acesso em 19 mai. 2016.



aqueles que o antecederam.

Discorrendo sobre o dever inserido no Código de Processo Civil, afirma Lenio Streck (2016):

[...] a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.

Há coerência, por sua vez, segundo o mesmo autor, quando:

Conceitualmente: haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo” (STRECK, 2016).

O dever de coerência da jurisprudência não se confunde com a coerência do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2008), que pressupõe a superação de antinomias – ou incompatibilidade entre normas.

Fredie Didier Junior (2015) propõe concretizar o conteúdo normativo dos deveres de coerência e integridade na jurisprudência, superando as discussões filosóficas existentes na doutrina, a fim de construir um microsistema de “formação, aplicação e revogação de precedentes no direito brasileiro”. Para tanto, busca, embora os distinguindo, somá-los. E a essa adição, ou “amálgama”, como prefere o autor, dá-se o nome de consistência:

De fato, “consistência” parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por coerência e integridade; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela “consistência de sua jurisprudência”. Qualificar uma jurisprudência como “consistente” é, claramente, considerá-la “íntegra e coerente” (DIDIER JUNIOR, 2015).

Exigindo consistência das decisões constitucionais, Marcelo Cattoni já advertia



acerca da necessidade de compatibilização entre precedentes, normas vigentes e os fatos deduzidos em juízo:

A legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundados nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais (CATTONI DE OLIVEIRA, 1998, p.131).

Eisengberg (1991, p.137-138) esclarece que a integridade das decisões judiciais é satisfeita não apenas quando o resultado é consistente com os precedentes, mas também pelo uso coerente dos princípios institucionais. Exemplificando, o uso da técnica da superação – *overruling* – gera resultados distintos do precedente, mas não significa quebra da integridade ou da imparcialidade do sistema.

Dar concretude à novidade legislativa é um desafio da doutrina – e da jurisprudência. Não se pode esvaziar o conceito normativo dando-lhe interpretação que o torne inócuo. Ao mesmo tempo, deve-se reforçar a já consagrada utilização das expressões na doutrina e jurisprudência alienígenas.

3 A instabilidade das decisões das Cortes Superiores

No momento em que se discutem os efeitos dos precedentes no exercício da jurisdição, é indispensável que se aprecie a validade das decisões que ignoram o dever de coerência e criam um novo desenho institucional sem integração com a cadeia de decisões pretéritas. Conforme lecionam Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

Vale lembrar, que estes importantes Tribunais e seus Ministros produzem rupturas com seus próprios entendimentos com uma tal frequência que se fere de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade. Quantas vezes uma matéria já assentada em uma Seção ou reunião de Turmas volta novamente a julgamento em Câmaras isoladas e tem desfecho contrário àquela?

Ora, como já mencionado, se o próprio Tribunal não consegue manter a estabilidade de entendimento internamente, como é possível a construção de um “sistema de precedentes” como se vem desenhando no Brasil? Do que adiantam Súmulas, Repercussão Geral etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções) não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “univesalizabilidade” de suas decisões? (2015).



Há exemplos na jurisprudência norte-americana. Desde o julgamento do emblemático *Wal-Mart v. Dukes* (ESTADOS UNIDOS, 2011), em que a Suprema Corte norte-americana reverteu a certificação para processamento coletivo da ação cujo objeto era a discriminação de gênero praticada contra mais de 1,5 milhão de empregadas pela gigante do varejo, a utilização das *class actions* como instrumento processual viável para a defesa de interesses comuns foi colocada em xeque.

Em decisão unânime, decidiu-se que os demandantes – representantes da classe – não apresentaram questões de fato comuns que justificasse a certificação coletiva da ação. Dada variedade de circunstâncias individuais de cada uma das empregadas, o Wal-Mart teria inviabilizado seu direito de defesa, sendo vedada a aplicação de fórmulas estatísticas para realizar o julgamento em relação a um grupo de controle, estendendo os efeitos da decisão aos demais membros representados.

A divergência, contudo, refere-se à decisão apertada (5x4) em que a maioria concluiu que para a certificação sob as regras da *Rule 23(a)(2)*⁷ é determinante a possibilidade de o processo apresentar respostas comuns – e não apenas questões comuns. No voto divergente que liderou a minoria, a juíza Ginsburg alertou que a conclusão da Corte criaria entrave intransponível, já no ponto de partida, para a certificação, deslocando requisitos para a *Rule 23(a)(2)* que estão presentes apenas na *Rule 23(b)(3)*⁸.

A guinada jurisprudencial dificultou a certificação de novas *class actions* nos Estados Unidos e deu nova munição aos críticos do instrumento, que sempre o consideraram mais vantajoso aos advogados do demandante do que às próprias vítimas.

Todavia, no dia 13 de fevereiro de 2016, em um rancho no Texas, o corpo do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia, foi encontrado sem vida. (BRITAIN,

⁷ Regra 23. *Class Actions*

(a) pré-requisitos: um ou mais membros de uma classe pode processar ou ser processado como representante de todos os membros do grupo apenas si: [...]

(2) existirem questões de direito ou de fato comuns para a classe; (ESTADOS UNIDOS, 1938, tradução nossa)

⁸ Regra 23. *Class Actions* [...]

(b) espécies de *Class Actions*. Uma *class action* pode ser mantida se a Regra 23(a) for satisfeita e se:

(3) o Tribunal considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre quaisquer questões que afetam somente os indivíduos, e que uma *class action* é superior a outros métodos disponíveis para permitir o julgamento justo e eficiente da controvérsia. Os assuntos pertinentes a estas considerações incluem:

(A) o interesse dos membros do grupo em controlar a acusação ou defesa em ações distintas;

(B) a extensão e a natureza de qualquer processo já iniciado relativo à mesma controvérsia pelos ou contra os membros do grupo;

(C) a conveniência ou inconveniência de concentrar as ações em um foro particular; e

(D) as dificuldades prováveis no gerenciamento de uma *class action* (ESTADOS UNIDOS, 1938, tradução nossa).



HORWITZ, 2016). Mais que a perda de um *justice*, o fato trouxe repercussão imediata nas certificações de *class actions* naquele país.

Em *Wells Fargo vs. Gutierrez*, a Suprema Corte norte-americana foi acionada para decidir um litígio envolvendo os consumidores californianos do banco recorrente. Segundo a corte local, os membros do grupo foram indevidamente cobrados por transações a descoberto nos cartões de débito, em razão da política contratual abusiva da instituição financeira.

No *petition for writ of certiorari*⁹ apresentado perante a Suprema Corte, o banco pretendia discutir se uma corte federal poderia certificar uma *class action*, garantindo indenização a todos os membros do grupo, ainda que incluídos indivíduos que não teriam sido lesados ou que não teriam sucesso em uma demanda individual.

Em 6 de abril de 2016, dois meses após a morte do Juiz Scalia, a Suprema Corte norte-americana negou o pedido, recusando o julgamento da causa (ESTADOS UNIDOS, 2016).

Dois dias antes, em 4 de abril de 2016, a Corte já havia negado pedido idêntico em *Wal-Mart v. Braun* (ESTADOS UNIDOS, 2016a) – em que a parte rediscutia se a prova do dano produzida pelo representante adequado poderia ser estendida aos demais membros do grupo, dispensando-se a prova individual.

Os resultados já eram esperados. Logo após a vacância no assento, a Dow Chemical celebrou acordo em uma ação antitruste pendente na Suprema Corte no valor de 835 milhões de dólares. No comunicado público, a empresa mencionou expressamente as incertezas e o risco advindo da morte do juiz Scalia, com a possibilidade de decisões contrárias a interesses corporativos em *class actions* (GRESSER et al, 2016).

No Brasil, o quadro não é diverso. Tome-se como exemplo a evolução da jurisprudência quanto aos contornos do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de execução da sentença condenatória ainda não transitada em julgado.

Já na vigência da Constituição da República de 1988, o STF decidira que, exauridas as instâncias ordinárias, a prisão processual após acórdão de segundo grau não violaria a norma inscrita no artigo 5º, LVII, da Constituição (HC 68.726, 28/6/1991). Tal entendimento foi ratificado em diversas oportunidades, como em precedente do Plenário de 30/6/1997 – HC

⁹ Pedido da parte recorrente para que a Suprema Corte norte-americana examine se há razões relevantes para que a o caso seja julgado na instância superior. Disponível em <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2016/03/Wells-Fargo-v-Gutierrez-Petition-for-Writ-of-Certiorari.pdf>.



74.983.

Contudo, em 5/2/2009, sem qualquer alteração normativa, o mesmo Tribunal afirmou que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução provisória da pena – HC 84.078.

Não bastando, em novo giro hermenêutico, a Suprema Corte, agora em nova composição, alterou o já modificado entendimento jurisprudencial para declarar que a execução provisória da sentença condenatória, uma vez mais, independe do trânsito em julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016).

Sem adentrar no acerto de uma ou outra decisão, que não é objeto deste trabalho, certo é que as idas e vindas da jurisprudência em matérias tão sensíveis são motivo de justificada perplexidade e evidenciam a imaturidade do sistema de precedentes no ordenamento brasileiro.

4 A aplicação de precedentes, o realismo jurídico e o decisionismo judicial

Visualizado o sistema de precedentes, é possível observar que o legislador alçou as cortes superiores a um papel de inequívoco protagonismo – notadamente o Supremo Tribunal Federal, em razão da própria estrutura hierarquizada do Poder Judiciário.

A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar. É a própria pretensão de correção, *ratio*, que deve governar, de forma imparcial, os atos humanos e espalhar, em todas as áreas do conhecimento, os seus efeitos, que está na base da premissa de universalização. (ZANETI, 2014.b, p. 7)

Trata-se de uma opção legislativa que nitidamente confere mais poder aos órgãos de cúpula, ao mesmo tempo em que consolida a jurisprudência como importante fonte do direito.



Como já adverte a doutrina:

É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de civil law não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia (WAMBIER, 2009, p. 174).

Mas o protagonismo do Judiciário pode por em risco os valores democráticos de soberania popular ínsitos aos sistemas de direito escrito. Se o limite semântico da interpretação não se exaure no texto da norma, seria preciso investigar a forma – cognitiva – como os juízes produzem suas decisões?

Um dos precursores do realismo jurídico escandinavo, Alf Ross (2003), propõe a comparação entre um jogo de xadrez e o ordenamento jurídico. Ambos exigem coerência interna e respeito às regras do jogo.

Um observador externo, desconhecedor das regras, não entenderia o jogo de xadrez. Mas ao conhecer as normas, os movimentos dos jogadores passam a ter sentido, coerência. Nesse cenário, enquanto a teoria do jogo de xadrez buscaria revelar esquemas táticos para vencer a partida, a regra do xadrez disciplinaria “como deve ser jogado o jogo” (ROSS, 2003, p.37).

No Direito, as regras do jogo são as socialmente obrigatórias, cujo descumprimento culmina no protesto do “adversário”. O movimento equivocado – no Direito ou no xadrez – causa espanto. A ação fora da regra de conduta, por sua vez, gera reclamação imediata.

Para Ross (2003), a validade da norma se dá quando psicologicamente aceita como obrigatória, enquanto a eficácia depende de sua aplicação pelos juízes. O sentido da norma, portanto, é dado apenas na decisão – positivismo fático (STRECK, 2011, p.63).

Nos Estados Unidos da América, o realismo jurídico apresentou-se com contornos distintos, como movimento prioritariamente intelectual que ganhou repercussão nas décadas de 1920 e de 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Assim, juízes responderiam muito mais aos fatos (*factresponsives*) do que às leis (*rule-responsives*). Vários são os fatores que marcam a atuação dos juízes; e são fatores de fundo consciente e inconsciente (GODOY, 2013, p. 14).



O realismo escandinavo e norte-americano são considerados as fontes das primeiras manifestações pragmaticistas no direito (STRECK, 2011, p. 325).

Atualmente, o pragmatismo pode ser identificado na postura que confere protagonismo ao Judiciário, permitindo que o juiz resolva os casos que lhe são apresentados segundo argumentos finalísticos, ainda que desconsiderando a produção democrática do direito.

Em outras palavras: é a descrição do fenômeno, comumente repetido, de que o direito seria aquilo que é dito pelos Tribunais (hoje notadamente pelo STF no Brasil).

Na criação e aplicação da jurisprudência, pois, o Judiciário deve estar atento não só às interdições próprias às restrições de direitos fundamentais como às decisões pretéritas e sua base axiológica e argumentativa.

É o que propõe Thomas da Rosa Bustamante:

É pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada. Nesse “Constitucionalismo Discursivo”, na linguagem de Alexy, a técnica do precedente é considerada um importante aspecto da racionalidade prática, haja vista que a exigência de considerar as decisões anteriores encontra fundamento não mais apenas em fatores institucionais, mas também em fatores extrainstitucionais (intrinsecamente racionais), que são tão importantes como os primeiros (2012, p.541).

Mas a aplicação dos precedentes não pode ser feita de forma descontextualizada, com a mera invocação de ementas de acórdãos ou verbetes sumulares. Como ocorre no Direito norte-americano – que inequivocamente inspirou a reforma em curso no Brasil – o juiz deve fundamentar adequadamente a decisão, explicitando os motivos da aplicação do precedente no caso concreto (STRECK, 2002, p.497)¹⁰.

¹⁰ Art. 489 do novo CPC. São elementos essenciais da sentença:[...]

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

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.



A necessidade de considerar as decisões anteriores – ou a coerência e integridade da jurisprudência – tem relevante função no processo civil. Diminui a discricionariedade (e o decisionismo) no caso concreto.

A reforma processual vigente pretendeu reduzir a margem de discricionariedade arbitrária das decisões judiciais. De fato, a ideia de que o direito é o que os tribunais dizem não se coaduna com um sistema verdadeiramente democrático. A ideia, portanto, é de afastar a discricionariedade na aplicação da norma, por meio dos instrumentos processuais atualmente à disposição do intérprete.

Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade. (STRECK, 2015, p.41).

Ao exigir novas obrigações na criação de precedentes, pretende-se afastar o vício da decisão que antecede a fundamentação, que apenas justifica a conclusão já tomada pelo intérprete. Dialogando com as decisões anteriores, o juiz deverá dar concretude às normas ao mesmo tempo em que mantém íntegro e coerente o sistema.

5 Como adaptar o sistema de precedentes à realidade brasileira

Ao adotar um sistema de julgamento por precedentes criado para a solução de casos concretos na tradição do *common law*, o ordenamento jurídico brasileiro também importa um dos maiores problemas da democracia nos Estados Unidos: o peso elevado e desproporcional das opiniões dos juízes da Suprema Corte. Como visto no exemplo recente da morte do *justice* Scalia, o país corre o risco de ficar a mercê das convicções pessoais dos membros da elite do Poder Judiciário, alternando-se a conformação institucional do Estado em decorrência de eventos incertos como falecimentos e aposentadorias dos julgadores.



Mais, como a tradição histórica e política dos Estados Unidos já incorporou – e aceitou – essa realidade como fruto da constituição e do sistema de *judicial review*, o processo de nomeação de juízes da Suprema Corte é precedido por amplo escrutínio da vida pública e privada dos indicados pela presidência durante as audiências de sabatina no Senado.

Conforme descreve Comiskey, a investigação dos indicados pelo presidente é feita não apenas pelos senadores, mas por checagem de antecedentes pelo FBI, acompanhamento pormenorizado pela corporação de advogados e pressão de grupos de interesses de todo o espectro ideológico (2004, p.13).

Apesar de o percentual de confirmação alcançar 75% das indicações realizadas pelo presidente, trata-se um processo historicamente difícil quando comparado a outras autoridades – 80% dos juízes dos Tribunais Federais¹¹, 93% dos membros do gabinete presidencial e 88%¹² dos indicados a agências reguladoras foram aprovados pelo Senado norte-americano (COLLINS, RINGHAND, 2013, p.17).

No Brasil, o Senado rejeitou apenas 5 (cinco) indicações para o Supremo Tribunal Federal, todas elas no conturbado ano de 1894 (OLIVEIRA, 2009, p.77). Significa dizer que, desde o início do século XX, todos os indicados pelo presidente da República foram confirmados pelo Senado. Pelos dados existentes até hoje, não é possível identificar, no Brasil, qualquer procedimento de escolha precedido do amplo escrutínio realizado pelas autoridades e sociedade norte-americanas.

Da frieza dos números não é possível aferir o motivo das recusas do Senado norte-americano ou a justificativa das constantes aprovações dos indicados no Brasil. Todavia, parece indiscutível que a sociedade norte-americana participa ativamente das discussões acerca da composição da Suprema Corte, o que reflete indiscutivelmente na profundidade das sabinas e ulteriores recusas de natureza política e ideológica.

Ao importar um sistema rígido de precedentes vinculantes, o legislador impôs à sociedade brasileira o dever de fiscalizar diuturnamente não só o resultado das decisões judiciais como o formato de escolha e o escrutínio da vida pregressa dos membros nas Cortes Superiores.

O debate dos principais temas jurídicos controvertidos nacionais deve necessariamente pautar as eleições majoritárias, eis que os presidentes eleitos, no sistema

¹¹ No período de 1945 a 2004.

¹² 1965-2008.



atual, conservam grande parcela de autonomia para renovação dos quadros da cúpula do Poder Judiciário.

Em suma, não se pode simplesmente aplaudir a reforma que visou garantir a previsibilidade das decisões sem se criar mecanismos de controle político da formação ideológica dos membros da Corte Suprema, desde os procedimentos de sabatina do indicado pelo presidente da República.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil vigente incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro os conceitos de integridade e coerência da jurisprudência. Prescrevendo normas que vinculam a criação, alteração e aplicação de precedentes, a novel legislação processual pode contribuir com a concretização de um sistema mais ágil e previsível.

Ao impor a participação dos juízes na cadeia de decisões proferidas, notadamente pelos Tribunais Superiores, o CPC de 2015 garante o efetivo respeito às regras do jogo democrático, impede a formulação de juízos de exceção e surpresa e possibilita a efetivação de direitos fundamentais.

Além disso, a norma cria óbices para o decisionismo judicial, determinando o diálogo entre causas pretéritas e atuais, de modo a viabilizar o surgimento de uma jurisprudência estável e consistente.

Se é verdade que a função do Estado é a garantia dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2014), é inconteste que a previsibilidade das decisões judiciais é fator inerente à consecução desse objetivo.

Desde que corretamente aplicada na experiência dos casos concretos, a exigência de coerência e integridade da jurisprudência contribuem para a previsibilidade das decisões judiciais, limitam o arbítrio e, via de consequência, fortalecem a efetivação de direitos fundamentais e a segurança jurídica.

Mas a importação de um instrumento tão utilizado em países da tradição do *common law* não pode vir desacompanhada de mecanismos de controle e fiscalização de membros da Corte Suprema brasileira

Não se pode, igualmente, cair em armadilhas já experimentadas nos Estados Unidos, em que a morte de um *justice* interdita o debate de temas sensíveis à nação, ao mesmo tempo



em que a recomposição do Tribunal pode impactar diretamente toda a jurisprudência consolidada – sem que tenha havido alteração democrática nas normas aprovadas pelo Congresso Nacional.

O elevado grau de discricionariedade observado nas decisões invocadas neste trabalho resulta na arbitrariedade em que o sujeito “produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido” (STRECK, 2011, p.396).

O Poder Judiciário, na criação e a aplicação dos precedentes, tem o dever de coerência e estabilidade da jurisprudência. Esta, por sua vez, deve abarcar os valores e regras aceitos como válidos pelo Poder Legislativo, cuja função não pode ser esvaziada como um efeito deletério impensado da reforma instituída na legislação processual.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reconsideração no Habeas Corpus 134.554 – São Paulo**. Relator: Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, 10 jun. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC134554.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 – São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em 15 jun. 2016b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BRITAIN, Amy. HORWITZ, Sari, Texas sheriff’s report reveals more details on Supreme Court Justice Scalia’s death. **The Washington Post**. Washington, DC, Fev. 2016. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/world/national-security/texas-sheriff-releases-report-on-supreme-court-justice-scalias-death/2016/02/23/8c0bdb0c-da82-11e5-891a-4ed04f4213e8_story.html> Acesso em 10 ago. 2016.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.



CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. Sequência.** Florianópolis, n. 72, p. 67-92, Abr. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000100067&lng=en&nrm=iso>. acesso em 1 jul 2016. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n72p67>.

COLLINS, Paul M., RINGHAND, Lori. **Supreme Court Confirmation Hearings and Constitutional Change.** Cambridge University Press: Nova York, 2013.

COMISKEY, Michael. **Seeking justices: the judging of Supreme Court nominees.** Kansas: University Press of Kansas, 2004, p. 13.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.** Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 18, n. 36, p. 114-132, dez. 2015. ISSN 2318-7999. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p114>>. Acesso em: 03 Jun. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law.** Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ESTADOS UNIDOS, **Federal Rules of Civil Procedure**, de 16 de setembro de 1938. Disponível em <<http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>>. Acesso em 29 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS, United States Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey No. 91-744.** Decisão em 29 jun. 1992.

ESTADOS UNIDOS, United States Supreme Court. **Wal-Mart Stores, Inc., et al., v. Michelle Braun, Individually and on Behalf of All Others Similarly Situated, et al No. 14-1124.** Decisão em 4 abr. 2016a.

ESTADOS UNIDOS, United States Supreme Court. **Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al. No. 10-277.** Decisão em 20 jun. 2011.



ESTADOS UNIDOS, United States Supreme Court. **Wells Fargo Bank v. Veronica Gutierrez, et al., Individually and on Behalf of All Others Similarly Situated No. 14-1230**. Decisão em 4 abr. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRESSER, Lawrence T. et al. **After Scalia, Court Shows Diminished Appetite for Class Action Appeals**. New York Law Journal. Nova York, Ago 2016. Disponível em <<http://www.newyorklawjournal.com/id=1202764328835/After-Scalia-Court-Shows-Diminished-Appetite-for-Class-Action-Appeals?slreturn=20160723165445>>. Acesso em 13 ago. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e falidade**. v. 1. (Trad.) FLávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi. Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo). Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle_e_Bahia_Precedentes_no_CPC_2.pdf>. Acesso em 13 ago. 2016.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz. **Sobre a Recusa de Nomeações para o Supremo Tribunal Federal pelo Senado**. Revista de Direito Público: Porto Alegre, v. 25, p. 68-78, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Revista Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de Informação Legislativa. Ano 52 Número 206 abr./jun. Brasília. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêuticas e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

ZANETI JR, Hermes. **Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. Revista de Processo, vol. 235, p. 293–349, set./2014.

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^a ed. 1996.