

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

RICARDO MACHADO ALVARENGA

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA APLICAÇÃO
DO PRECEDENTE JUDICIAL: UM TEXTO A SER
INTERPRETADO**

POUSO ALEGRE – MG
2015

RICARDO MACHADO ALVARENGA

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA APLICAÇÃO
DO PRECEDENTE JUDICIAL: UM TEXTO A SER
INTERPRETADO**

Dissertação apresentada como exigência
parcial para obtenção do Título de Mestre em
Direito ao Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

FICHA CATALOGRÁFICA

A473p

ALVARENGA, Ricardo Machado.

O Princípio do Contraditório na Aplicação do Precedente Judicial: Um texto a ser interpretado / Ricardo Machado Alvarenga. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015
159 f.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Interpretação. 2. Aplicação. 3. Precedentes. 4. Integridade do Direito. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito. III. O Princípio do Contraditório na Aplicação do Precedente Judicial: Um texto a ser interpretado.

CDU 340

RICARDO MACHADO ALVARENGA

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE
JUDICIAL: UM TEXTO A SER INTERPRETADO**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Cícero Krupp da Luz
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a) Dr.(a) Ana Elisa Spaolonzi Assis
UNICAMP

Pouso Alegre - MG
2015

Dedico este trabalho a minha esposa,
Juliana Bernardes Ferreira da Cunha,
companheira inseparável, nos sorrisos e
nas lágrimas que envolveram o caminho
árido das reflexões deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Elza Vieira Machado Alvarenga e Geraldo Magela Alvarenga, porque me dedicaram o mais importante: amor, carinho e educação. Ensinaram-me que o amor ao próximo é o fundamento da vida.

À minha esposa, Juliana Bernardes Ferreira da Cunha, pelo tempo roubado, mas, em especial, por me amar e cuidar da nossa vida quando eu mais precisei.

Aos meus irmãos, Wagner Machado Alvarenga e Anderson Machado Alvarenga, minha gratidão pelo suor derramado, indispensável ao início dos meus estudos acadêmicos.

Aos meus sogros, Sr. Nilson Ferreira da Cunha e Irene Teresinha Bernardes da Cunha, exemplos de como o amor representa respeito ao tempo e às escolhas alheias.

Aos amigos do escritório Machado e Ferreira Advogados, Dra. Larianne Cristina Pereira, Dr. Helton Oliveira e Srta. Ellen Cançado Santos, companheiros de “trincheira” na advocacia, sem o apoio dos quais este trabalho não teria se concluído.

Ao Prof. Dr. Carlos Henrique Soares aquele que semeou o interesse crítico pelo estudo do Direito Processual Constitucional.

Ao Prof. Dr. Alexandre Bahia, cujas reflexões foram fundamentais ao presente trabalho.

Ao Prof. Dr. Rafael Simioni, um exemplo de ser humano, cujo conhecimento e sofisticação, despidos de vaidade, descrevem o “ser professor”.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, cujos reflexos de sua educação e gentileza na condução dos trabalhos tornam o curso de mestrado da FDSM um ambiente academicamente agradável.

“A primeira coisa que um bom cientista faz quando está diante de uma descoberta importante é tentar provar que ela está errada”.

Albert Camus

RESUMO

ALVARENGA, Ricardo Machado. O princípio do contraditório na aplicação do precedente judicial: Um texto a ser interpretado. 2015. 159f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

O precedente judicial deve ser compreendido como um texto e, assim, a sua interpretação e a aplicação devem estar igualmente submetidas ao devido processo legal, em especial ao princípio do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais. O órgão jurisdicional, ao aplicar um precedente ao caso concreto, deve submetê-lo ao prévio debate entre as partes, inclusive, para que se defina se a *ratio decidendi* do precedente se aplica ao caso em exame, bem como, oportunizar às partes teses de *distinguishing* ou *overruling*. Nesse contexto, a teoria da integridade, de Ronald Dworkin, apresenta concepções teóricas importantes uma vez que sendo o contraditório e a fundamentação das decisões um princípio, não podem ser afastados por argumentos de política. A integridade significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema. O juiz ao aplicar um precedente que não tenha sido objeto de prévia discussão entre as partes viola o princípio do contraditório na sua dupla dimensão: direito de influenciar e de não ser surpreendido. A aplicação do precedente judicial, sem a participação das partes, com o objetivo político (policies) de se obter julgamentos rápidos, viola o devido processo constitucional democrático. O dever de identificar e reconstruir a história institucional de uma comunidade de princípios não é tarefa que possa ser realizada com exclusividade pelo juiz, conforme a sua consciência, mas sim conforme a leitura moral da Constituição, impondo-lhe observar a integridade e a coerência com as decisões do passado.

Palavras-chave: Interpretação, Aplicação, Precedentes, Integridade do Direito, Ronald Dworkin.

ABSTRACT

ALVARENGA, Ricardo Machado. The principle of the adversary proceeding in the enforcement of the judicial precedent: A text to be interpreted. 2015. 159f. **Dissertation** (Master's Degree in Law) - FDSM College, Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2015.

The judicial precedent shall be understood as a text and, thus, its interpretation and enforcement passes through the due legal proceeding, particularly through the principle of adversary proceeding and principle of ruling reasoning. It is not unlawful for the court to enforce a precedent without any prior discussion between the parties, including, in order to define whether *ratio decidendi* of the precedent enforces the case under examination, as well as to demonstrate distinguishing or overruling theses to the parties. Under such context, Ronald Dworkin's integrity theory shows relevant theoretical conceptions, since the adversary proceeding and ruling reasoning are principles, they may not be withdrawn from the policy argument. Above all, the integrity means an interpretative attitude of Law seeking for integrating each ruling in a coherent system fulfilling the law and the court precedents on such subject. The judge, when enforcing a precedent that has not been the subject of any prior discussion between the parties, breaches the principle of the adversary proceeding within its double dimension: the right to influence and not to be surprised. The enforcement of the judicial precedent, without any interest of the parties, with the policies of obtaining quick judgments, breaches the proper democratic constitutional proceeding. The duty of identifying and rebuilding the institutional history of a certain community of principles is not a task that may be solely performed by the judge, pursuant to their awareness, but from the moral reading of the Constitution, imposing them the compliance with the integrity and coherence with past ruling.

Key-words: Precedents, Integrity of Law, Adversary Proceeding, Ruling Reasoning, The Due Legal Proceeding.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. NORMA JURÍDICA COMO INTERPRETAÇÃO.....	12
1.1 A concepção de lei para o positivismo clássico: a escola da exegese	12
1.2 A concepção de norma jurídica para o positivismo jurídico: a teoria pura do Direito de Hans Kelsen	18
1.3 A concepção da norma jurídica para Ronald Dworkin. Argumentos de Princípio <i>versus</i> Argumentos de Política	26
2. NORMA JURÍDICA NOS SISTEMAS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>.....	39
2.1 O princípio da legalidade no sistema de <i>Civil Law</i> . a tripartição de funções do Estado.....	40
2.2 O princípio da legalidade no sistema de <i>Common Law</i> . a formação do precedente judicial	55
2.3 O precedente judicial como texto normativo: interpretação e aplicação	67
3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	94
3.1 O princípio do contraditório: o processo como procedimento realizado em contraditório	97
3.2 A perspectiva contemporânea do princípio do contraditório: o direito de influência e de não surpresa	106
3.3 O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais	116
4. CONTRADITÓRIO, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	124
4.1 A integridade e a coerência	124
4.2 O Precedente Judicial como texto normativo a ser interpretado e aplicado	133
4.3 Breves considerações da aplicação dos precedentes a partir da Lei nº 13.105: Novo Código de Processo Civil.....	137
CONCLUSÃO.....	144
REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

O precedente (*ratio decidendi*) deve ser compreendido como um texto, ainda que com peculiaridades e, diante disso, não é possível que este seja aplicado por simples subsunção, técnica do positivismo clássico (escola da exegese) com bases anteriores ao pensamento kelseniano (positivismo normativista), vez que é incapaz de apresentar respostas às questões suscitadas nas sociedades contemporâneas.

Dessa forma, o estudo intenta apontar que a aplicação e a interpretação de um precedente, compreendido como texto e não como uma norma jurídica automaticamente aplicável, apenas pode ser obtida a partir da interpretação do caso levado a julgamento, e nunca *a priori*. Por conseguinte, esta circunstância enseja a possibilidade de que a aplicação e a interpretação do precedente judicial na construção da norma jurídica específica para cada caso sejam muito mais complexas do que a aplicação do texto lei advindo do legislador.

Aprofundando tal postura, tem-se que a forma de se interpretar e aplicar um precedente passa pelo devido processo legal, em especial pelo princípio do contraditório que, por sua vez, não pode se resumir ao simples direito de ser informado e reagir (bilateralidade formal), mas também de influenciar e de não ser surpreendido por decisão fundamentada em questão não discutida previamente pelas partes, e pelo princípio da fundamentação das decisões judiciais, indissociável do contraditório.

O que se pretende expor à crítica é que nesta concepção do princípio do contraditório o órgão jurisdicional não deve aplicar ao caso um precedente (texto normativo) sem o prévio debate entre as partes, inclusive, e principalmente, para que se defina se a *ratio decidendi* do precedente se aplica ao caso em exame, bem como, oportunizando-se às partes a possibilidade de apresentar argumentos na tentativa de demonstrar teses de *distinguishing* ou *overruling*.

Indo mais além, ver-se-á que aplicação do precedente não pode simplificar o Direito em sociedades complexas como as contemporâneas, pois se a formação da norma jurídica aplicável ao caso pode ser fundamentada em um precedente, aqui o contraditório e o dever de fundamentar passam pela adequação do precedente ao caso.

Noutros termos, se o precedente é um texto, e a sua aplicação não pode se dar por simples subsunção, a par, aquém ou além do devido processo constitucional e seus princípios estruturantes do contraditório e da fundamentação das decisões, exige-se do órgão jurisdicional, neste aspecto, motivação explícita das razões pelas quais aplica, rejeita ou mesmo supera o precedente.

Nesse contexto, a teoria da integridade do Direito, de Ronald Dworkin, apresenta concepções teóricas importantes uma vez que sendo o contraditório e a fundamentação das decisões princípios jurídicos, estes não podem ser afastados por argumentos de política (*policies*).

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado¹.

O dever de fundamentar a decisão judicial em argumentos de princípios e com respeito à história institucional de uma comunidade, inclusive os seus precedentes, apresenta uma boa resposta de Dworkin ao positivismo.

E é justamente a integridade do Direito que balizará e conformará os conteúdos das decisões judiciais impondo ao órgão jurisdicional o dever de observar todos os argumentos levantados pelas partes, em contraditório, e explicitar os motivos pelos quais o precedente deve ou não ser aplicado ao caso ou ainda se o precedente deve ser superado.

Por fim, a pesquisa faz uma análise crítica acerca da positivação de alguns conteúdos do princípio do contraditório e da fundamentação previstos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que trata do Novo Código de Processo Civil brasileiro, em especial com relação à vinculação entre o princípio da fundamentação das decisões e do contraditório, na aplicação dos precedentes judiciais.

¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999, p. 64.

1. NORMA JURÍDICA COMO INTERPRETAÇÃO

No Constitucionalismo contemporâneo, diante da complexidade das sociedades e das mais diversas formas e padrões de vida, que podem ser tantos quantos forem as pessoas, onde a principal lei é a Constituição, em especial os direitos e garantias fundamentais, já não mais é possível imaginar a norma jurídica, como sendo o texto normativo (escola da exegese). Não há norma jurídica, sem interpretação.

Por outro lado, ao interpretar não é dada a livre escolha (discrecionária e arbitrária) de estabelecer o conteúdo do texto normativo (sentido), ou, nos termos proposto por Hans Kelsen, de retirar a sua legitimidade a partir do quadro normativo (moldura) e até mesmo fora dela (interpretação autêntica), extraíndo do escalão superior a legitimidade decisória.

Neste contexto, o presente capítulo pretender estabelecer uma diferenciação entre o positivismo exegeta e positivismo normativista de Kelsen, que, apesar do antagonismo teórico, ainda são tratados, com raras exceções, como se fossem a mesma teoria jurídica, o que se dá, a nosso ver, pela ausência de melhores estudos sobre a cisão que Kelsen faz entre o Direito e a ciência do direito.

A diante, será exposta a concepção de Ronald Dworkin acerca das regras e princípios, em especial a diferenciação que apresenta entre princípios e políticas públicas, fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, na tentativa de superar as teses positivistas da interpretação e aplicação do Direito, questão central da contemporânea filosofia do direito.

1.1 A concepção de lei para o positivismo clássico: a escola da exegese

O iluminismo francês apresentou-se como uma ideologia de ruptura tão forte, que até mesmo o passado histórico precisava ser negado, como forma de se

propor um novo rumo no curso da história, deixando para trás o período de trevas que foi a Idade Média².

Nesse contexto, o Direito foi um marco importante, uma vez que a lei escrita, como obra do legislador, permitia que se desconsiderassem razões históricas, pois o seu texto constituía, por si só, a expressão do que deveria ser interpretado, argumentado e decidido³.

O processo de positivação do Direito nada mais foi do que uma tentativa de traduzir, em leis positivas, as leis eternas da razão igualmente compartilhadas por todos, sendo, então, imperativos hipotético-condicionais de comportamento, gerais e abstratos, com a pretensão de estabilizar expectativas possíveis de comportamento⁴.

Dada a clareza e a completude da norma, qualquer problema relativo à obscuridade ou antinomia seria decorrente de uma má compreensão do aplicador, que, por isso, deveria consultar o legislador⁵ – *référé législatif*⁶.

Nessa concepção, não há nenhuma diferença entre direito e texto legal. Na verdade, Direito e texto de lei se confundem em uma única identidade dogmática. “O direito é o texto da lei, tanto quanto o texto da lei é o direito”⁷.

² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2012, p. 367.

⁵ Esclarece Simioni que “para os casos de dúvida sobre a interpretação correta – e somente no caso de dúvida – admitia-se a necessidade do recurso a um valor excepcionalmente utilizado na interpretação jurídica, que era o recurso à vontade do legislador. Essa vontade não poderia ser, contudo, suposta ou argumentada simplesmente como razoável ou justa ou qualquer outro argumento. A vontade do legislador deveria ser comprovada, sobretudo através da pesquisa dos trabalhos preparatórios à edição da lei. Essa vontade do legislador era entendida como uma vontade racional a priori, já justificada no âmbito da política. De modo que a vontade do legislador figurava como um elemento de valor decisivo para complementar a técnica da interpretação dos textos legais nos casos de dúvida. E essa vontade do legislador não poderia ser discutida, pois tratava-se de uma razão política contra a qual o judiciário não poderia questionar. Importante destacar, contudo, que a vontade do legislador também necessitava de interpretação. A leitura dos trabalhos preparatórios à edição das leis também exigia interpretação. E essa interpretação da vontade do legislador seguia a mesma metodologia recomendada para a interpretação dos textos legais: uma analítica puramente formal da vontade do legislador para determinar, dedutivamente, o sentido do texto da lei por ele editada. Quer dizer, a vontade do legislador devia ser interpretada através da mesma combinação de um objetivismo hermenêutico com uma dedução lógica do sentido da sua vontade, para deduzir dela, logicamente, o sentido do texto legal.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 40-41).

⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2012, p. 368.

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32.

Excluía-se da tarefa interpretativa qualquer consideração subjetiva ou construção conceitual feita pela doutrina, afirmando-se, inclusive, que nas academias deveria ser ensinado o *Code Civile*, maior expressão do positivismo exegeta⁸, e não o direito civil⁹.

Ainda que se deva mencionar a existência de outras codificações no mesmo período histórico¹⁰, foi o Código Civil de Napoleão, de 1804, o grande marco do positivismo clássico¹¹, cujas raízes estão delineadas a partir da ideologia iluminista

⁸ Segundo Castanheira Neves: “Designa-se por “escola da exegese” (L'école de l' exégèse) uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que subsistiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós- revolucionária. Caracterizava-se, no seu sentido mais geral, por entender o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos – no Code civil antes de mais, pois a E. E. liga- se sobretudo à obra de civilistas – e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógica – analítica e dedutiva” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 181).

⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

¹⁰ Na mesma época em que aparece o Código Civil de Napoleão houve também codificações na Prússia e na Áustria. Porém, segundo Bobbio: o “código prussiano – alguns anos anterior ao francês – não teve particular significado histórico, sendo todo dirigido ao passado; e também o código austríaco – publicado em 1811 – tem importância secundária, quando se considera a influência que exerceu na legislação de outros países.” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 63-64).

¹¹ Bobbio agrupa as causas da escola da exegese em cinco fundamentos: a) A primeira causa é representada pelo próprio fato da codificação. Este serve, com efeito, como uma espécie de prontuário para resolver, se não todas, ao menos as principais controvérsias. Ora, é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução no próprio código, desprezando as outras fontes das quais se poderia deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina etc.), sendo o manuseio destas fontes mais complexo e difícil do que o do direito codificado; b) Uma segunda razão é representada pela mentalidade dos juristas dominada pelo princípio de autoridade. O argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o *princípio da autoridade*, isto é, a vontade do legislador que põs a norma jurídica; pois bem, como a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana; c) Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificativa jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação de poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – a três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao código *sufocaria a voz do legislador*); d) Um outro fator de natureza também ideológica é representado pelo princípio da certeza do direito, segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras de Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deve renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico

da Revolução Francesa de 1789 e os seus três pilares: liberdade, igualdade e fraternidade.

O *Code* surge com a crença de ser obra completa e acabada, sobre a qual não havia necessidade de interpretação por parte do juiz, pois toda norma possuiria um sentido verdadeiro, claro e óbvio. O juiz deveria se postar, diante da perfeição da norma, como aquele que apenas pronuncia as palavras da lei, como *bouche de la loi*¹².

O projeto do *Code* nasce da convicção de que pudesse existir um legislador universal, isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares, e da exigência de realizar um direito simples¹³ e unitário. “A simplicidade e a unidade do direito é o *Leitmotiv*, a ideia de fundo, que guia os juristas que, neste período, se batem pela codificação”¹⁴.

A simplicidade era uma exigência que, na França, era particularmente sentida porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal ou processual¹⁵, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados¹⁶.

(silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei; e) Um último – embora não menos importante – motivo é de natureza política. É representado pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas Escolas centrais por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário)” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78-81).

¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 2012, p. 367.

¹³ Simioni ao apresenta a ideia da simplicidade pretendida pela escola da exegese nos seguintes termos: “Pensa-se nas vantagens de tempo e de esforço que o legalismo da Escola da Exegese permitiu para as decisões jurídicas. Se antes era necessário argumentar, para justificar uma resposta do direito a uma questão, sob as diversas – e incontáveis – variáveis dos costumes históricos de cada estrato social, agora torna-se possível simplesmente argumentar que a resposta a tal questão jurídica é esta porque o texto da lei diz que é esta e não outra. O ganho de tempo e de simplicidade na argumentação jurídica é significativo.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32).

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65.

¹⁵ Segundo Simioni: a “forma escrita da lei permitiu resolver também um problema histórico do Estado medieval, que era o problema da multijurisdicionalidade: havia tantas jurisdições quanto o número de classes, estamentos ou estratos sociais. Havia uma jurisdição para mercadores, outra para nobres, outra ainda para religiosos, para plebeus etc. Cada estrato social tinha uma jurisdição correspondente. E isso acontecia exatamente porque não havia relações jurídicas significativas entre

A concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do Direito fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam ser substituídas por um Direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que estabelecia quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem¹⁷.

Os iluministas estavam convencidos de que o Direito histórico, constituído por uma tormenta de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico”. Existiria, portanto, um verdadeiro Direito (simples e unitário), pois a essência verdadeira da realidade é simples e, desta forma, o Direito fundado na natureza podia e devia ser simples e unitário¹⁸.

É nesse modo de se compreender o Direito como um ordenamento jurídico completo e acabado, que se fundou a escola dos intérpretes do *Code*, conhecida como escola da exegese (*école de l' exégèse*)¹⁹, para a qual o Código de Napoleão

estratos sociais distintos. Nobres não realizavam contratos com plebeus e vice-versa. As relações eram de dominação, exploração e submissão. E do mesmo modo que cada estrato social possuía a sua própria jurisdição, também havia um direito costumeiro fragmentado, de índole jusnaturalista, com tantos costumes quando o número de estratos sociais” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32).

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 67.

¹⁸ Segundo Bobbio: “A ideia segundo a qual, uma vez vigente a codificação, o direito se tornaria simples, claro e acessível a todos, foi expressa de modo particularmente veemente e significativo, num debate de 1790 na Assembleia constituinte pela instauração dos júris populares (isto é, daquela instituição judiciária composta não de juízes togados, mas de simples cidadãos, que deveriam julgar sobre questões de fato, especialmente nas causas penais. Trata-se de uma instituição de inspiração democrática). Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um juízo de fato (isto é, em assegurar que fossem verificados os fatos previstos na lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos) eram exclusivamente fruto da complicação irracional das leis. Portanto, com a vigência da codificação, afirma Siéyès, qualquer cidadão poderia ser eleito membro da instituição dos júris populares” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 67).

¹⁹ Bobbio elenca os caracteres fundamentais da escola da exegese nos seguintes termos: “a) *Inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo*. Diante da bimilenar tradição cultural dos juristas, filósofos, teólogos relativa ao direito natural, os expoentes da escola exegética se sentem um pouco intimidados e não ousam negar *sic et simpliciter* tal direito, mas dele desvalorizam a importância e o significado prático, reduzindo-o a uma noção desprovida de interesse para o jurista (...). b) *Um segundo aspecto é representado pela concepção rigidamente estatal do direito*, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no *princípio da onipotência do legislador*. Este princípio não coincide com a negação do direito natural, porque também importa na

teria sepultado todo o direito precedente e conteria em si as normas para todos os possíveis casos futuros, aspirando ser possível resolver quaisquer questões pela intenção do legislador²⁰.

A idolatria ao Código de Napoleão punha ao intérprete um limite claro: o exegeta devia entender os textos, nada mais. E neste trabalho tinha que descobrir a intenção (vontade) do legislador. A única fonte do Direito seria o texto legal e tudo que estivesse assentado no texto legal seria Direito.

A tese dos exegetas, concentrada no Legislativo, reduziu o Direito à lei. E também reduziu a função do interprete a uma função mecânica, de lógica dedutiva. Sendo a lei a única fonte das decisões jurídicas, a resolução de um problema dar-se-ia, então, na conclusão de um silogismo, no qual a premissa maior seria a lei, a premissa menor seria o enunciado do fato concreto apresentado como problema a se solucionar e a conclusão corresponderia à resolução do problema.

Assim, para o pensamento positivista da escola da exegese, a *norma jurídica* se confunde com o texto legal, uma vez que a “interpretação” dos textos

negação de todo o tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente do direito científico. Fica, portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei (...). c) Desta atitude diante da lei nasce um terceiro aspecto do positivismo jurídico francês: a *interpretação da lei fundada na intenção do legislador*. Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, tornar-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas – estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para a qual a lei foi emitida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre uma dada disposição legislativa e as outras disposições etc. - são empregadas para atingir tal propósito (...). d) A identificação do direito com a lei escrita traz como quarto aspecto *o culto do texto da lei*, pelo qual o intérprete deve ser rigorosamente – e, podemos bem dizer, religiosamente – subordinado às disposições dos artigos do Código; e) O último aspecto da escola da exegese, que devemos destacar, é *o respeito pelo princípio da autoridade*. A tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade de uma proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão, é permanente e geral na história das ideias. Na escola da exegese o recurso ao princípio de autoridade é particularmente pronunciado não só pelo absoluto respeito que seus expoentes têm pela lei, como também pela grande autoridade da qual gozaram alguns dos primeiros comentadores do Código, cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores como se fossem outros tantos dogmas” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 84-89).

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 77.

legais se realizava no campo da sintaxe e a sua aplicação ocorria mecanicamente através de uma lógica dedutiva de simples subsunção do texto aos fatos.

1.2 A concepção de norma jurídica para o positivismo jurídico: a teoria pura do Direito de Hans Kelsen

Antes de se iniciar o estudo acerca da teoria da norma em Hans Kelsen é preciso, de logo, e a fim de evitar confusões conceituais ainda comuns²¹, estabelecer que não se pode confundir o positivismo normativista (kelseniano) com o positivismo clássico (exegético). O positivismo de Kelsen apresenta uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do positivismo exegeta.

Isso porque Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos, pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desalento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, que favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito²².

²¹ A respeito da questão, esclarece Lenio Streck que: “a) É positivista tanto aquele que diz que texto e norma (também ‘vigência e validade’) são a mesma coisa – portanto, igualam ‘Direito e lei’; b) como aquele que diz ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas etc.), hipótese em que o intérprete se permite atribuir ‘qualquer norma a qualquer texto’. Tentando dizer isso de forma mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos, cada um ao seu modo, positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: a) Apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista... ou pode não ser; b) Do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar-se positivista ou antipositivista (ou, se quisermos, pós-positivista); c) Por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai, mais uma vez, meu libelo contra o pamprincipiologismo que tomou conta do ‘capo’ jurídico de *terraebrasilis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista; d) Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) ou de uma interpretação que guarde a fidelidade à Constituição – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionário de Herbert Hart (e de seus sucedâneos mais radicais, como os ‘neoconstitucionalismos’ – e aqui como um álibi interpretativo). Não é desse modo, pois, que escapa(re)mos do positivismo” (STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. E a professora disse: “Você é um positivista”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-77).

²² STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 33.

Na teoria pura do Direito, Kelsen inicia sua abordagem vinculando o conceito de validade de uma norma à sua relação de pertinência quanto a um determinado sistema normativo²³. Assim, a norma jurídica se valida mediante o atendimento de requisitos de sua elaboração.

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta²⁴.

Para evitar as propostas jusnaturalistas que vinculavam a fundamentação e, por conseguinte, a validade do Direito aos seus conteúdos divinos, éticos ou morais, Kelsen parte do pressuposto de que a validade de uma norma reside em sua adequação formal-elaborativa a uma norma hierarquicamente superior e busca novos caminhos para a Ciência do Direito²⁵.

Ademais, Kelsen, em sua teoria, busca se manter adstrito aos sistemas normativos positivados, mediante normas hierarquicamente organizadas, nos quais a Constituição se encontra no patamar mais elevado da gradação normativa²⁶.

Assim, para compreender-se a ideia de interpretação em Kelsen, é preciso ter em vista que, na teoria pura do Direito, há uma cisão entre direito e ciência do Direito²⁷, que determina seu conceito de interpretação²⁸. A interpretação, para

²³ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 46-47.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 221.

²⁵ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 47.

²⁶ LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 47.

²⁷ A cisão entre o Direito e a ciência do Direito fica bem evidenciada nesta passagem da obra de Kelsen: “Um comentário científico deve se limitar a indicar as interpretações possíveis de uma norma. Ele não pode decidir que uma entre elas é a única correta ou a única justa. Essa decisão é um ato de vontade que cabe exclusivamente ao órgão que tem a competência de aplicar a norma em se criando uma nova. (...) Ora, o jurista que descreve o Direito não é uma autoridade jurídica. Sua tarefa é a de conhecer o Direito. A ele não cabe nem criar, nem aplicar o Direito por um ato de vontade. Sua interpretação do Direito não tem caráter obrigatório, enquanto que, em criando uma norma inferior, o órgão competente dá à norma superior uma interpretação que tem força de lei. Essa interpretação é autêntica na medida em que a norma inferior é válida. Emprega-se habitualmente o termo interpretação autêntica no caso em que uma norma tivesse expressamente e exclusivamente por função interpretar uma outra norma, mas uma interpretação contida numa norma que tem também uma outra função não é menos autêntica e obrigatória” (KELSEN, Hans. **An introduction to the problems of legal theory**. A translation of the first edition of *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law*. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Staley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992, p. 75).

Kelsen “[...] é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”²⁹.

[...] é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do Direito enquanto este se move de um nível mais alto da estrutura hierárquica ao nível mais baixo governado por aquele nível mais alto. No caso modelo, que é o de interpretação das leis, a questão a ser respondida é como, na aplicação de uma norma geral (a lei) a um caso concreto, alguém chega à norma individual correspondente (uma decisão judicial ou um ato administrativo). [...] Há, em suma, interpretação de todas as normas jurídicas na medida em que elas são para ser aplicadas – isto é, na medida em que o processo de criação e aplicação do Direito se move de um nível do sistema jurídico a outro³⁰.

A questão de como se chega à interpretação da norma individual, ao resultado de uma decisão judicial ou ato administrativo, está relacionada a um escalão superior e a um escalão inferior da ordem jurídica. Isso, pois, “determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”³¹.

Isso implica que, em Kelsen, não se pode separar os atos de criação e aplicação das normas. Nos vários níveis de produção normativa, que vão desde a elaboração de leis até a prolação de uma decisão judicial, haveria também uma concomitante aplicação da norma hierarquicamente superior. Esta deve ser interpretada de modo a que possa orientar (e fornecer, eventualmente, a limitação de conteúdos) a criação da norma inferior³².

A validade do Direito na teoria pura de Kelsen é fundamentada no próprio Direito, em uma norma preexistente e hierarquicamente superior. Para Kelsen, uma norma é válida na medida em que ela encontra o seu fundamento de validade em outra norma preexistente e hierarquicamente superior³³.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 33.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 387.

³⁰ KELSEN, Hans. **An introduction to the problems of legal theory**. A translation of the first edition of *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law*. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Staley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992, p. 77.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 388.

³² LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e fundamentação das decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 46-47.

³³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 181.

[...] Kelsen coloca a validade do direito no próprio direito. A validade de uma norma jurídica não fica mais em uma instância transcende ao direito. A validade da norma e dos atos jurídicos em geral passa a circular dentro do próprio direito. Norma válida é aquela que uma norma validada hierarquicamente superior diz que é válida³⁴.

Entretanto, tal determinação nunca é completa, pois a norma de escalão superior não pode determinar exhaustivamente o ato através do qual essa mesma norma é aplicada. Para Kelsen, a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato produzido, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato³⁵.

A relação entre o nível superior e o nível inferior do ordenamento jurídico não é capaz de estabelecer de forma completa (formal e materialmente) o conteúdo da norma a ser aplicada ao caso concreto. Há sempre um espaço de mobilidade, uma “moldura” dentro da qual pode se dar a interpretação.

A determinação, todavia, nunca é completa. A norma superior não pode ser determinante acerca de todos os detalhes do ato que põe em prática. Deve sempre restar um espaço de discricionariedade, às vezes maior, às vezes menor, já que a norma superior, em relação ao ato que a aplica (um ato de criação normativa ou simples implementação), tem simplesmente o caráter de uma moldura a ser preenchida pelo ato.(...) é simplesmente um quadro, uma moldura, no qual várias possibilidades de aplicação são dadas, e todo ato que esteja contido neste quadro, que em algum sentido possível preencha tal quadro, estará em conformidade com a norma³⁶.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem³⁷.

Porém, não existe critério com base no qual uma das possibilidades contidas na moldura da norma a ser aplicada possa ser favorecida em relação às outras possibilidades. Segundo Kelsen, não há um método de acordo pelo qual somente uma das várias leituras de uma norma possa ser distinguida como a “correta”.

³⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 181.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 387.

³⁶ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 34.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 388.

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral³⁸.

A necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma a aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto – a sentença judicial, por exemplo³⁹.

Indo mais além, em Kelsen não há método de escolha, pois, em sua teoria, se admite que várias respostas sejam possíveis (resultados possíveis dentro da moldura e até mesmo fora da moldura), ou seja, muitos seriam os resultados, e nunca haveria uma única resposta correta.

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica⁴⁰.

Nesse contexto, Kelsen destaca duas formas de interpretação, que são fundamentais para a compreensão da sua teoria pura do direito: a interpretação não autêntica e a interpretação autêntica. Com esta separação, pretende-se manter a “pureza” da sua teoria, enquanto uma teoria pura da ciência do Direito.

Caberia à ciência do Direito⁴¹, segundo Kelsen, apenas traçar o quadro de interpretações possíveis, ou seja, estabelecer a moldura dentro da qual caberiam as interpretações possíveis. Esta seria a interpretação não autêntica, porque exarada

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 390-391.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 392.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391.

⁴¹ Segundo Simioni: “A preocupação de Kelsen é manter o ideal de pureza do direito inclusive na interpretação jurídica. Afinal, não se nega que a escolha de um sentido da norma jurídica, em detrimento dos outros possíveis, possa ser mais adequado, mais correto ou mais justo. Mas esse tipo de juízo de valor já não pode ser tratado como uma verdade científica, como uma verdade objetiva, senão como um juízo de valor político ou moral que, de qualquer modo, é subjetivo” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 200).

de pessoa ou ente que não exerce a atividade de interpretação do Direito a partir de uma competência designada constitucional ou legalmente.

Já ao órgão jurisdicional caberia decidir qual das interpretações possíveis⁴² será a escolhida para a criação da norma inferior a ser aplicada ao caso em exame (caso concreto). Esta seria a interpretação autêntica, uma vez que o órgão jurisdicional retiraria a sua legitimidade para escolher a interpretação adequada a partir de uma norma superior que lhe atribui esta competência.

[...] o jurista que descreve o Direito não é uma autoridade jurídica. Sua tarefa é de conhecer o Direito. A ele não cabe nem criar, nem aplicar o Direito por um ato de vontade. Sua interpretação do Direito não tem caráter obrigatório, enquanto que, em criando uma norma inferior, o órgão competente dá à norma superior uma interpretação que tem força de lei. Essa interpretação é autêntica na medida em que a norma inferior é válida⁴³.

Segundo Kelsen, se pode haver mais de uma interpretação de uma norma, a questão sobre qual seria a escolha “correta” entre as possibilidades oferecidas dentro de uma moldura da norma não é um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmo reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito⁴⁴.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isso é uma ficção de que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente⁴⁵.

Nesse contexto, para Kelsen, as normas terão sempre um espaço de mobilidade, sob o qual se movimentará o intérprete em consequência do problema

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391.

⁴³ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 129.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 396.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 392.

semântico que existe na aplicação de um texto (signo linguístico) aos objetos do mundo concreto que serão afetados pela criação de uma nova norma⁴⁶.

Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que por em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, ente as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo⁴⁷.

Portanto, como salienta Simioni, na teoria pura de Kelsen há uma cisão entre interpretação jurídica (interpretação não autêntica) e decisão jurídica (interpretação autêntica), cabendo à primeira descrever o quadro (moldura) das interpretações possíveis, e à segunda a escolha dentre uma destas possibilidades para ser aplicada ao caso concreto.

[...] Kelsen traça uma distinção entre interpretação e decisão jurídica. A interpretação busca compreender as possibilidades abertas de sentido da norma jurídica. A decisão busca escolher uma dessas possibilidades resultantes da interpretação. O resultado da interpretação jurídica é a moldura do direito, quer dizer, é a indicação das possibilidades indeterminadas dos diversos sentidos possíveis da aplicação da norma jurídica. A determinação deste sentido, a escolha de um dentre os vários sentidos possíveis, é uma questão de decisão jurídica – uma questão, usando a terminologia de Kelsen, de interpretação autêntica. [...] A interpretação autêntica é, portanto, uma decisão, uma escolha do sentido normativo que deverá ser aplicado em detrimento de todos os demais sentidos normativos. A interpretação autêntica produz direito, cria direito, constitui normas individuais a partir das normas gerais e abstratas⁴⁸.

Nesse contexto, pode-se concluir que a interpretação autêntica (decisão jurídica) em Kelsen cria o Direito, ou seja, cria a norma jurídica a ser aplicada no caso concreto, cuja correção decorre de estar a decisão “fundada em uma norma jurídica, dentro da série escalonada que vai das normas superiores até as inferiores”⁴⁹.

⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 33.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 391.

⁴⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195-196.

⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 202.

Por compreender que não existe apenas uma resposta correta, para Kelsen, o órgão jurisdicional com competência para julgar não apenas declara o direito preexistente, mas constitui o direito, cria o direito. “O juiz não é só o boca da lei. A decisão não é apenas uma aplicação mecânica da lei preexistente. A decisão cria direito novo ao escolher um dentre os vários sentidos possíveis da norma jurídica válida”⁵⁰.

Por não ser possível à Constituição descrever um único sentido correto para a lei infraconstitucional, da mesma forma que a lei infraconstitucional não pode descrever um único sentido correto para um contrato, o magistrado, segundo Kelsen, cria a norma jurídica individual que é aplicada ao caso.

A decisão judicial proferida por órgão jurisdicional com competência constitucional e legal para decidir (interpretação autêntica), na concepção de Kelsen, é uma norma, uma norma jurídica individual que é a continuação do processo de criação jurídica. Na teoria pura do Direito não há diferença entre criação e aplicação do Direito. Todo ato de aplicação do Direito é, ao mesmo tempo, um ato de criação do próprio do Direito⁵¹.

Portanto, a teoria pura de Kelsen rompe com o silogismo exegético. Direito e norma jurídica não se confundem com o texto legal. A norma jurídica é a resultante da interpretação de um texto, sendo que, na hipótese de interpretação autêntica, o juiz competente cria a norma jurídica individual para o caso.

Apesar de sua importante e inegável contribuição, na tentativa de manter “pura” a sua ciência do Direito, Kelsen cria outro problema, o da discricionariedade e da arbitrariedade na decisão judicial, uma vez que deixa a critério do julgador a livre escolha da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, questão que é objeto da contemporânea filosofia do Direito e que abre espaço para a concepção proposta por Ronald Dworkin e sua teoria da integridade.

⁵⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 205.

⁵¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 205-207.

1.3 A concepção da norma jurídica para Ronald Dworkin. Argumentos de Princípio *versus* Argumentos de Política

A tradição romano-germânica tem forte e inegável influência no sistema jurídico brasileiro, em especial, no que se refere ao direito escrito e a influência do positivismo, tanto exegeta como normativista. No Brasil, não superamos o positivismo na aplicação do texto normativo.

Tal panorama se tornou ainda mais latente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando houve uma abertura principiológica do Direito brasileiro, na busca em dar um fundamento legitimador à nova ordem constitucional, considerando-a uma estrutura normativa que incorpora os princípios de uma comunidade histórica.

Esta abertura, por sua vez, naturalmente incita novas compreensões de uma Constituição viva, cuja principiologia permite que se feche, observando a sua história, mas também se abra e se expanda diante da complexidade social.

No entanto, muito diversamente do que se propaga no Brasil, um ordenamento jurídico formado em especial por princípios fundamentais de grande densidade hermenêutica, não atribui ao órgão jurisdicional liberdade semântica de atribuir ao texto constitucional, às leis e aos precedentes, a interpretação que lhes sejam mais convenientes de forma instrumental-estratégica.

Com a abertura e amplitude do catálogo de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, com princípios de grande densidade hermenêutica, o juiz não mais se afigura como a boca da lei. Isto, no entanto, não significa que o juiz possa criar o direito, atribuindo ao texto normativo a interpretação que lhe pareça a mais conveniente ao caso, utilizando-se dos princípios como “trunfos ou cartas nas mangas”, para direcionar a decisão judicial para critérios pessoais de justiça e equidade, sem observar a sua história institucional, ainda que esta observação seja realizada para modificar a própria história institucional.

Ocorre que enquanto o texto constitucional determina a efetivação dos princípios como direitos fundamentais, a jurisprudência e a dogmática jurídica

mostram-se confusas ao tratar os direitos fundamentais como bens, que podem ser ponderados de acordo com a sua conveniência⁵².

Ainda nesse contexto, e frente à atitude cada vez mais interventiva do judiciário na tentativa de aplicação dos direitos sociais fundamentais, geralmente diante da flagrante omissão do executivo e do legislativo, tem-se uma situação na qual não há praticamente nenhum assunto pertinente ao convívio social no qual o órgão jurisdicional não emita juízos, circunstância que acarreta uma mudança no peso e no valor das decisões judiciais, cujos efeitos podem alcançar não apenas as partes diretamente envolvidas no processo, mas toda uma parcela da sociedade⁵³.

Como consequência, é cada vez mais comum o questionamento acerca da legitimidade das decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial nos chamados casos de difícil resolução, bem como os limites da atividade do judiciário em relação às demandas sociais.

O positivismo normativista, quando do tratamento das “contradições” e “conflitos” entre as normas jurídicas, indica pontos como a eliminação ou a derrogação de uma das regras em contradição no ordenamento orientadas pelos critérios – já conhecidos dos juristas – de cronologia, hierarquia e especialidade.

No entanto, diante de casos em que inexiste regra conclusiva – os chamados casos difíceis, mas não só estes, uma vez que regras também retiram sua legitimidade dos princípios fundamentais que lhe direcionam –, não há outra opção, em virtude da proibição do *non liquet*, senão a “criação”⁵⁴ de uma nova regra

⁵² CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 9, p. 45-66, jan.-jun., 2009.

⁵³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 9, p. 45-66, jan.-jun., 2009.

⁵⁴ Segundo Dworkin: “Quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como um poder legislativo segundo. Eles criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daquelas que levariam a instituição superior a criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Este é um nível mais profundo de subordinação, pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo. Essa subordinação mais profunda é, portanto, simultaneamente conceitual e política. Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecimento pressuposto de que eles estão legislando quando vão além das decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política [...]. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129).

que, por sua vez, é, notadamente, carregada de um *déficit* democrático na medida em que seja realizada por um órgão não eleito, como se dá no caso brasileiro⁵⁵.

A saída do legislador, que se vê diante de tais dificuldades, é a positivação de princípios e conceitos abertos e indeterminados, o que permite, pelo menos em tese, uma estabilização do Direito na medida em que este se torna capaz de minimizar os riscos de contradições.

Contudo, tal estabilidade, se não estiver ancorada em uma teoria jurídica da decisão, acarreta um aumento do poder discricionário e até mesmo arbitrário dos juízes que passam a estabelecer, de forma estratégica-instrumental, a partir de critérios pessoais e de políticas públicas, o conteúdo dos princípios jurídicos. Natural e conseqüentemente, ocorrerão divergências na concretização destes signos, resultando em nova fonte de instabilidade⁵⁶.

E é justamente nesse contexto que tem lugar os métodos interpretativos sugeridos por Ronald Dworkin, na busca pela melhor aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, evitando-se a tomada de decisão judicial fundamentada na preferência pessoal do julgador, em detrimento da racionalidade que deve pautar a prestação jurisdicional.

Dworkin se destaca como um dos mais importantes defensores da teoria dos princípios, mas cabe destacar que a sua adequada compreensão somente pode ser realizada no contexto mais amplo da sua teoria do Direito como integridade, na qual os princípios exercem um papel indispensável, especialmente na solução dos casos difíceis.

Na sua teoria do Direito, Dworkin propõe uma nova compreensão do Direito fundada em distintos tipos de normas jurídicas – regras e princípios, estes, os princípios, divididos em princípios morais (*principles*) e objetivos políticos (*policies*) – para solucionar casos difíceis para os quais o positivismo não consegue encontrar uma resposta adequada⁵⁷.

⁵⁵ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446>. Acesso em maio 2015.

⁵⁶ PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446>. Acesso em maio 2015.

⁵⁷ Dworkin entende que o positivismo parte de uma compreensão do direito como um sistema de regras jurídicas em que não há espaço para os princípios ou para *policies*: “Quando os positivistas analisam os princípios e as políticas, eles os tratam como regras *manque*. Eles assumem que se eles

Em Dworkin, apenas as regras não são suficientes para solucionar todos os possíveis impasses cotidianos que a sociedade venha a apresentar, por isso, os princípios precisam ser estudados como pontos norteadores indispensáveis. Segundo Carvalho Netto:

Para ele [Dworkin], a unicidade e a irrepetibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para esse caso específico, irrepetível por definição. Em outros termos, todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um *hard case*⁵⁸.

Em seu posicionamento, Dworkin estabelece uma distinção importante entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Os princípios, para Dworkin, não são espécies do gênero norma, mas sim, são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis, ou em precedentes, como se dá no caso do *Common Law*⁵⁹, a ser discutido mais adiante.

Dworkin observa que na prática das decisões judiciais e especialmente nos casos difíceis, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do Direito positivo. Especialmente nos casos em que não há uma solução fácil no Direito positivo, as decisões jurídicas muitas vezes recorrem a padrões normativos exteriores ao Direito positivo. E geralmente estes padrões exteriores ao Direito positivo são princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes⁶⁰.

Aqui, cabe destacar que, embora os padrões morais, políticos e religiosos, dentre outros, tenham sido afastados do Direito por serem questões de política jurídica (o que se deu depois da teoria pura do Direito de Hans Kelsen), tais padrões são utilizados na prática das decisões jurídicas, especialmente nas decisões sobre casos difíceis ou casos que não têm uma resposta simples do direito positivo⁶¹.

são padrões jurídicos devem ser regras, e então eles os compreendem como diretrizes que estão tentando ser regras.” (DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). **The philosophy of law**. London and New York: Oxford University Press, 1977, p. 59-60).

⁵⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Jurisdição e hermenêutica constitucional. Coordenação de Marcelo Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 123.

⁵⁹ SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

⁶¹ BREYER, Stephen. Introduction: the “international” constitutional judge. In: HERSHOVITZ, S. (Ed.). **Exploring law’s empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 03.

Por conseguinte, e para poder lidar com tais padrões, tradicionalmente externos ao Direito, em uma teoria jurídica mais abrangente, é que Dworkin traça a distinção entre regras jurídicas, princípios e políticas públicas.

Logo, regras são as normas jurídicas do Direito positivo, isto é, os textos normativos escritos, que impõem direitos e obrigações – ou em termos de lógica modal, normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. Ou a regra é válida ou não é. Não há meio-termo, não há gradação. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é válida, é cumprida ou é descumprida. Uma regra não aceita medidas ou graus de cumprimento. Ou se observa totalmente a regra ou ela é violada. Um exemplo de regra é aquela norma que define o limite de velocidade nas estradas. Ou está dentro ou está fora do limite. Não há meio-termo⁶².

Ainda no tocante às regras, Dworkin traz que, diante de problemas de colisão, estes se resolvem mediante a criação de exceções ou mediante critérios que permitam decidir qual das regras é inválida, como é o caso das regras de aplicação da lei no tempo e no espaço.

Além disso, o próprio Direito positivo também pode criar regras que, por sua vez, criam exceções à aplicação de outras regras mais gerais, por exemplo, prevendo circunstâncias especiais que diferenciam o caso de aplicação da regra geral e o caso de aplicação da regra de exceção, de modo que um enunciado correto da regra, quer dizer, uma interpretação correta da regra, tem que levar em consideração não apenas a regra, mas também todas as exceções, quer dizer, todas as demais regras que formam o instituto jurídico em questão. E, para isso, as teorias jurídicas criaram os tradicionais métodos de interpretação jurídica, em especial a interpretação conhecida como sistemática⁶³.

Já no que se refere aos princípios, estes abrangem todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao Direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos a que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do Direito positivo⁶⁴.

⁶² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

⁶³ SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

Importante destacar desde logo, que quando Dworkin se refere a padrões de moralidade transcendentais ao Direito positivo, não está dizendo que os princípios fundamentais sejam questões externas ao Direito, mas apenas que o seu conteúdo normativo transcende ao Direito positivado no texto.

Segundo Carvalho Netto e Guilherme Scotti “é precisamente o conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, funcionando como Direito e não mais como moral”, proposta por Dworkin, “que garante o pluralismo e crescente complexidade da sociedade moderna”⁶⁵.

Um bom exemplo disso é o princípio do contraditório, objeto central deste trabalho. Não há na Constituição um texto normativo delimitando o conteúdo do princípio do contraditório. Nem por isso, esta indeterminação permite ao órgão jurisdicional que possa lhe atribuir qualquer sentido, sem observar a sua história institucional. Tampouco, permite ao órgão jurisdicional deixar de aplicar referido princípio, em uma determinada circunstância por questões estratégicas-instrumentais.

Aqui está o cerne da questão, que muitas vezes é mal compreendida pelos leitores apressados de Dworkin: a diferenciação fundamental que o autor faz entre princípio de moralidade política (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Como se verá adiante, os princípios de moralidade política não são questões morais que o juiz se baseia para decidir, mas sim questões morais que foram incorporadas ao Direito, por uma comunidade histórica.

Para Dworkin, os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do Direito positivo e, justamente por isso, são diferentes das regras em vários aspectos, pois não estabelecem as condições prévias de sua aplicação. E, por isso, os princípios não são questões de tudo ou nada. Ou seja, o seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos, mas, sim, questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada. Princípios prevalecem ou não prevalecem⁶⁶.

⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

⁶⁶ SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

Indo mais além, Dworkin aponta que os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e a argumentação jurídica para certa direção. Não são questões de certo e errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou outra decisão⁶⁷.

Assim, princípios não são regras contrafáticas, mas sim, pontos de vista para uma interpretação adequada destas regras. Os princípios conferem uma posição especial que justifica a interpretação adequada do Direito, indo além das regras jurídicas, mostrando-se relevantes não apenas para a aplicação de regras “abertas”, mas também para a interpretação de todas as regras do Direito, inclusive daquelas consideradas “fechadas”, “pois mais do que trunfos ou cartas na manga para casos difíceis no nível das regras, os princípios constituem os fundamentos para a justificação adequada de qualquer decisão jurídica”⁶⁸.

Finalmente, quanto às políticas públicas (*policies*), Dworkin traz que, uma vez que os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos do governo, é natural que, dentro do gênero princípios, existam duas espécies muito importantes na prática das decisões judiciais e que são bastante recorrentes nas decisões sobre casos difíceis: o uso de argumentos baseados em princípios morais e o uso de argumentos baseados em objetivos de políticas públicas do governo, as *policies*⁶⁹.

No Direito e na política brasileira, os objetivos políticos do governo (*policies*), podem ser identificados genericamente como políticas públicas, tais como as políticas econômicas, afirmativas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário etc. Estes objetivos políticos não são regras jurídicas, mas padrões que, de fato, as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões⁷⁰.

E é justamente ao lado dos argumentos baseados nos objetivos das políticas públicas, que Dworkin observa também o uso de princípios morais, tais como as

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. ***Taking rights seriously***. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

⁶⁸ SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. ***Taking rights seriously***. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22.

⁷⁰ SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

exigências de justiça e equidade. O importante aqui é que estes princípios vão desempenhar um papel muito importante para a concepção de Direito como integridade de Dworkin, pois os princípios morais constituem os fundamentos que permitem uma decisão adequada e justificada em favor de uma solução jurídica. Ou seja, aqui, os princípios morais são convicções que permitem, inclusive, explicar uma conduta⁷¹.

Desta forma, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Noutros termos, os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos⁷².

A importância da distinção entre princípios morais e políticas públicas está no fato de que, a partir dela, é possível tanto interpretar uma lei quanto vê-la como expressão de um princípio moral e de uma política pública. Esta decisão depende de uma atitude fundamental do intérprete: considerar o Direito de modo instrumental-estratégico, como uma ferramenta da política do governo para o bem-estar geral, e ajustar a interpretação a estas políticas públicas, ou considerar o Direito em sua integridade e coerência com princípios de moralidade política, para ajustar a interpretação do Direito àquilo que revela o seu melhor valor, a sua maior virtude⁷³.

Segundo Dworkin:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção era proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio⁷⁴.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 165.

⁷² BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **8. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas**: Revista Jurídica do Cesusa, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013, p. 141-142. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 25 Jul. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i2.439>.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 23.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129-130.

Em casos de fácil solução, segundo Dworkin “as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política”⁷⁵.

Para exemplificar, Dworkin cita a seguinte hipótese:

Suponhamos que um fabricante de aviões mova uma ação para receber o subsídio que a lei prevê. Ele invoca seu direito ao subsídio; sua argumentação é um argumento de princípio. Ele não argumenta que a defesa nacional seria melhorada com o subsídio que lhe fosse concedido; poderia, inclusive, admitir que a lei estava politicamente errada quando foi adotada, ou que, por razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo. Seu direito a um subsídio não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio⁷⁶.

Porém, de acordo com Dworkin, no julgamento de casos difíceis “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas”⁷⁷. Para exemplificar, Dworkin cita o julgamento do caso *Spartan Steel*, no qual:

Os empregados do réu haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia elétrica que fornecia energia ao autor da ação, e a fábrica deste foi fechada enquanto o cabo estava sendo consertado. O tribunal tinha de decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia chegar à sua conclusão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política⁷⁸.

Ao citar o exemplo, Dworkin afirma que se os juízes fossem legisladores segundos – criassem as leis – o tribunal deveria estar preparado para tomar qualquer uma das duas decisões. “É isso, imagino, o que significa a ideia corrente

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130-131.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129-131.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129-131.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129-131.

de que um tribunal deve ser livre para decidir um caso como *Spartan Steel* em bases políticas”⁷⁹.

As decisões judiciais, segundo Dworkin, devem se basear em argumentos de princípios (princípios morais da comunidade) e não em argumentos de política (políticas públicas de governo), pois, embora nos chamados “casos difíceis” os argumentos de política possam justificar de forma convincente determinada decisão jurídica, os argumentos de princípio sempre deverão prevalecer: “a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”⁸⁰.

A partir do momento em que o Constitucionalismo contemporâneo aceita que a função jurisdicional deve tomar decisões políticas importantes, na visão de Dworkin estas decisões devem ser decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral⁸¹.

Trata-se de atribuir ao Judiciário a tarefa de zelar pelo caráter democrático de uma comunidade, notadamente, no que toca ao resguardo da igualdade de poder político. Percebe-se que um Estado assim constituído sob os direitos e garantias fundamentais encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de princípios⁸².

A tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito do modo como os juízes utilizam o precedente nos casos difíceis, uma explicação melhor do que a oferecida por qualquer teoria que atribua um lugar mais proeminente à política (*policy*)⁸³.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 131-132.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132.

⁸¹ BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **8. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas**: Revista Jurídica do Cesusa, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013, p. 142. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 25 Jul. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i2.439>.

⁸² BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **8. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas**: Revista Jurídica do Cesusa, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013, p. 142. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 25 Jul. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i2.439>.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

Os juízes estão sujeitos a “tomar decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”⁸⁴.

Segundo Dworkin “as políticas são agregativas em sua influência sobre as decisões políticas, e uma estratégia responsável para se atingir um objetivo coletivo não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira”⁸⁵. Assim, “não depreende, portanto, que se o legislativo conceder um subsídio a um fabricante de aeronaves um dia, ele deva conceder um subsídio a outro fabricante no dia seguinte”⁸⁶.

No caso dos princípios, porém, para Dworkin se exige a “aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não se admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício”⁸⁷.

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular [...] somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas o argumento não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política. Neste caso eles teriam liberdade para dizer que uma determinada política pode ser adequadamente sustentada [...] precisamente quando se concede, por exemplo, o subsídio necessário a alguma indústria com problemas, de sorte que nem as decisões anteriores, nem as hipotéticas decisões futuras precisem ser compreendidas como uma sustentação da mesma política. Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio⁸⁸.

Portanto, segundo Dworkin “os argumentos de princípio tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou grupo mostrando que eles têm direito ao benefício”⁸⁹. Por sua vez, “os argumentos de política tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política”⁹⁰.

Isto não quer dizer, porém, que Dworkin esteja “engessando” o Direito, apenas que os juízes ao decidirem devem estar atentos à história institucional e

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137-138.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138-139.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 452.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 452.

também à moralidade política daquela sociedade, ainda que esta atenção seja direcionada para se mudar os próprios rumos da história.

Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quanto um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra⁹¹.

Sobre este ponto, Simioni esclarece a proposta de Dworkin de que o juiz deve “interpretar a história do direito que encontra, não inventar uma história melhor”⁹², arrematando que o juiz:

como um parceiro em um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz hoje. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque ele tem uma responsabilidade de fazer avançar o empreendimento que tem em mãos e não partir para alguma nova direção⁹³.

Portanto, na visão de Dworkin “o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”⁹⁴.

Sobre esta premissa de que as decisões judiciais devem se basear em argumentos de princípios, em especial nos princípios constitucionais fundamentais, é que se desenvolverá o estudo nos próximos capítulos.

O contraditório, como garantia fundamental de participação, influência e não surpresa, tomado como um princípio constitucional fundamental, não pode ser afastado na aplicação do precedente judicial, ainda que a sua observância contrarie de alguma forma as políticas institucionais dos Tribunais brasileiros, que, diga-se de

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136-137.

⁹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 384-385.

⁹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 385.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 101.

logo, parecem estar muito mais preocupados com as estáticas numéricas (pensamento estratégico-instrumental) do que com a qualidade de suas decisões⁹⁵.

Antes, porém, de tratar do princípio do contraditório na aplicação do precedente judicial, matéria central deste trabalho, é preciso apresentar as bases de um sistema de precedentes judiciais, que, como se verá, não pode simplificar a aplicação do Direito. O texto do precedente judicial não pode pasteurizar ou enjaular o Direito e os fatos e resolver as questões complexas das atuais sociedades por simples subsunção dos fatos ao texto, numa nova Escola da Exegese.

Como o Brasil adotou historicamente o sistema de *Civil Law*, é necessário um estudo histórico deste sistema e, principalmente, do sistema de *Common Law*, a fim de se apontar a evolução histórica e também pontos de contato e distinções destes sistemas jurídicos, para, ao final, demonstrar que, seja na aplicação do texto legislativo, seja aplicação do precedente judicial, sendo o contraditório um princípio fundamental, enquanto garantia de participação, influência e não surpresa será sempre inafastável, ainda que contrarie políticas públicas dos Tribunais.

⁹⁵ Sobre este ponto, interessante a resenha crítica de Lênio Streck, segundo o qual: “Nos últimos anos, vem crescendo a busca de “efetividades quantitativas” em *terrae brasiliis*. Não se fala de outra coisa. Passamos a abstratalizar os casos, transformando-os em teses. Esquecemo-nos que a Constituição estabelece que, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça julgará “causas” e não enunciados ou teses, como bem vem alertando o Professor mineiro Alexandre Bahia. Além disso, nos Tribunais, o juízo monocrático passou a ser a regra. Sob pretexto de descomplexizar o sistema, tornamo-lo mais complexo ainda, porque essa “descomplexização” gerou um efeito perverso, uma vez que passamos a condição de reféns de estatísticas. Na verdade, o juiz, para cumprir as “metas”, passou a – grosso modo – “livrar-se do processo” (Senso Incomum: Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecer-lei-ministra-nancy-andrighi#author>>. Acesso em: 21 abr. 2015).

2. NORMA JURÍDICA NOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

No ordenamento jurídico contemporâneo, se observam cinco sistemas jurídicos: o Direito Romano-Germânico (*Civil Law* ou *Continental Law*), a *Common Law*, o Direito Consuetudinário, o Direito Muçulmano e o Sistema Jurídico Misto (*Common Law* aliada à *Civil Law*), sendo que os sistemas de maior destaque e de maior aplicação são o *Common Law* e o *Civil Law*.

Os sistemas de *Civil Law* e *Common Law* decorrem de circunstâncias políticas e culturais distintas o que, natural e conseqüentemente, levou à formação de tradições jurídicas também distintas, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos referidos sistemas, que, por um processo histórico, são dotados de conceitos e institutos próprios, mas que possuem certa afinidade.

Assim, enquanto o sistema de *Civil Law* adota a lei como fonte primeira do Direito, o modelo de *Common Law* adota a jurisprudência como fonte primordial.

O ordenamento jurídico brasileiro, que segue o sistema de *Civil Law* desde sua colonização por Portugal, nos anos de 1500, tem sentido cada vez mais as transformações que este sistema jurídico vem sofrendo e se aproximando do sistema de *Common Law*.

O resultado disso é a evidência indiscutível das transformações que se operaram em ambos os sistemas. No *Common Law* com cada vez mais normas escritas. No *Civil Law* com a utilização cada vez maior dos precedentes judiciais. Exemplo disso no Brasil é a Lei nº 13.105, publicada em 16 de março de 2015, que trata do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que trata da aplicação e interpretação do precedente judicial⁹⁶.

A busca por maior segurança nas decisões judiciais e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica tem levado vários sistemas jurídicos a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência⁹⁷.

⁹⁶ A matéria será melhor trabalhada no item 4.3. deste trabalho, mas a título de exemplo, o art. 926 do novo CPC afirma que: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93.

Indo mais além, essa busca pela segurança jurídica explica os motivos pelos quais advogados e juízes discutem tanto a aplicação do precedente em decorrência de uma razão de justiça, em que se deve tratar igualmente casos que tenham semelhanças relevantes⁹⁸, representando um sistema jurídico imparcial, que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem sejam as partes envolvidas⁹⁹.

Antes de se discutir a legalidade nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law* faz-se necessário destacar o embasamento histórico e jurídico destes sistemas, que, inevitavelmente ao se tratar da *Civil Law* remeterá o leitor ao estudo desenvolvido no item 1.1. deste trabalho, uma vez que a Revolução Francesa, o Código de Napoleão e a Escola da Exegese, são marcos fundamentais deste sistema jurídico.

Por outro lado, como o Brasil adotou o sistema *Civil Law* e o ponto central deste trabalho é o princípio do contraditório na aplicação do precedente judicial, neste capítulo haverá uma preponderância de tratamento do Sistema de *Common Law*.

2.1 O princípio da legalidade no sistema de *Civil Law*: a tripartição de funções do Estado

Segundo Wambier, é em Bolonha que ocorre o primeiro dos momentos históricos significativos para demonstrar o que sempre se pretendeu criar com os sistemas de *Civil Law*, pois lá, no século XI, foram reestudados os textos romanos¹⁰⁰.

Na Universidade de Bolonha, estes textos foram objeto de refinado processo de estudo, cujo objetivo fundamental era o de transformá-los num todo, o quanto possível, coerente. Tarefa árdua, já que os textos encontrados eram decisões judiciais, textos de leis, textos doutrinários, alguns recentes, outros bem antigos. Portanto, num esboço do que poderia vir a ser o pensamento “sistemático”,

⁹⁸ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

⁹⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

conceberam-se técnicas para gerar coerência e harmonia entre textos que, originalmente, não eram rigorosamente, nem coerentes, nem harmônicos¹⁰¹.

Parece claro que a intenção destes estudiosos, que iam a Bolonha, vindos de muitas partes da Europa, era a de 'por ordem', 'criar segurança', gerando uma certa situação 'confortável' de coerência, a ponto de se chegar a chamar o conjunto de textos encontrados de *Corpus Juris Civilis* – quando este conjunto de textos, na verdade, nunca foi um código¹⁰².

Nesse cenário, observa-se que foi a partir do século XI que o direito romano passou a ser estudado como uma importante fonte para o Direito, e que isto se deve a diversos motivos, tais como a multiplicidade de fontes, as incoerências dentro do próprio sistema e a hierarquia de textos que nem sempre eram claras aos leigos. Ademais, o Direito romano, no Absolutismo, servia aos interesses dos senhores feudais e da monarquia.

Mais tarde, com a Revolução Francesa, teve lugar um segundo momento de destaque na história do *Civil Law*. Na ocasião, por receio da submissão do sistema jurídico a um dos poderes e pelos resquícios de arbitrariedade e excessiva autoridade que permaneciam oriundos do chamado Antigo Regime, privilegiou-se a codificação, a fim de garantir que a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica decorressem da observância do texto da lei. Aqui, segundo Wambier:

O segundo dos momentos importantes na formação do sistema de *Civil Law* foi justamente quando esta concepção ruiu: a Revolução Francesa. Trata-se de um movimento social, político e jurídico que ocorreu no final do século XVIII. O centro de poder, pela via da revolução sangrenta, se transferiu para o povo. A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou este movimento, inspirada nas ideias de Hobbes, Rousseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi neste momento histórico, em que, como numa traição à ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria a “boca da lei”. Robespierre dizia: “a palavra jurisprudência deve ser apagada da nossa língua”¹⁰³.

Tem-se então que o sistema de *Civil Law* teve sua origem na forma como se nota nos ordenamentos jurídicos das nações, sob os respaldos jurídicos do Estado Liberal, seguido pelo advento dos ideais levantados pela Revolução Francesa,

¹⁰¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2008, p. 97.

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2008, p. 98.

levada a efeito pela burguesia no ano de 1789, e que, sobrepondo-se ao Absolutismo, deu início ao denominado Constitucionalismo¹⁰⁴.

Dado o momento histórico em que se vivia, no qual a sociedade visava, sobretudo, impedir o Absolutismo, limitando o poder estatal, surgiu a necessidade de se instituir um formalismo jurídico onde as normas legais fossem fixadas de forma indubitável, e onde a hermenêutica interpretativa do texto legal não fosse passível de desvirtuá-lo, sob pena de um autoritarismo político e/ou jurídico se impusesse à sociedade¹⁰⁵.

Traduzia-se numa ruptura com a concepção do direito (“*Ancien Régime*”) que só pode ser entendida se observados alguns dos seus pressupostos mais relevantes, a radicarem no contexto cultural e político jurídico francês imediatamente anterior e imediatamente consequente à Revolução de 1789¹⁰⁶.

Diante de tal panorama, é possível apontar que o sistema jurídico de *Civil Law* tem como característica principal o fato das leis serem o fundamento da igualdade e da liberdade - uma vez que proíbe ao julgador de lançar interpretação sobre a letra da lei -, fornecendo, para tanto, o que se considera como sendo uma legislação clara e completa.

Assim, a questão da estabilidade e da segurança jurídica surge como premissa básica do *Civil Law*, uma vez que o juiz, ao se manter fiel ao que segue escrito na lei, obtém a segurança jurídica, sendo este um elemento indispensável às decisões judiciais.

¹⁰⁴ Segundo Canotilho: “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo* mas *vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *momentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isto permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*. **Constitucionalismo** é uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 51).

¹⁰⁵ 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**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011, p. 51.

¹⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 181.

Nota-se aí, um ideal de fraternidade – um dos ideais apregoados pela Revolução Francesa – posto que a norma jurídico positivada também não favorece a um dos contendores em detrimento do outro, por ser isonômica e equânime, sendo igual para ambos, independentemente do polo em que se encontram na lide e da condição social que detêm¹⁰⁷.

Montesquieu, o teórico político mais relevante do Iluminismo francês, preconizava o direito do cidadão ao exercício das funções estatais por órgãos distintos, com o objetivo de se garantir os fundamentos da revolução iluminista. Segundo Montesquieu:

A liberdade política, em um cidadão, é essa tranqüilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares¹⁰⁸.

Para Montesquieu a desconcentração de poderes seria necessária para salvaguardar os direitos dos cidadãos perante o seu governo. Havia em Montesquieu um profundo ceticismo na relação homem-poder, pois:

A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder¹⁰⁹.

Assim, esse mecanismo engenhoso de separação de funções se mostrava eficaz o bastante para frear o ímpeto do poder estatal, que à época, era exercido

¹⁰⁷ 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. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011, p. 53.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis.** Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis.** Trad. e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 165.

soberanamente pelo monarca que, invariavelmente, o ostentava com propósitos despóticos.

Das três funções que atribui ao Estado, a doutrina de Montesquieu confere ao primeiro dos poderes a função de estabelecer as regras e os direitos gerais e impessoais a que todos, inclusive e especialmente o rei, devem obediência. Portanto, tem enorme destaque no sistema da *Civil Law* a separação de poderes ou, como parece mais adequado, a tripartição de funções do Estado¹¹⁰.

O que se nota então é que a tripartição de funções, ainda que tenha sido aclamada na época, possui nítida preponderância da função legislativa sobre as demais, na medida em que o legislativo impunha limites através da lei às demais funções.

A mesma Revolução Francesa que instaurou o movimento constitucionalista moderno (junto com o movimento pela independência política dos EUA), fez da separação das funções estatais “pedra-de-toque” do chamado Estado Constitucional, a ponto de, no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, afirmar que o Estado em que não fosse separado o exercício de funções estatais, não haveria verdadeira constituição¹¹¹.

Com efeito, a Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “os tribunais judiciais não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12)¹¹².

O reflexo disto é que o órgão jurisdicional tinha que obedecer ao que ditava o legislador, pois se acreditava que o juiz apenas declarava o Direito por meio da aplicação da lei ao caso concreto. Sobre este ponto, Wambier considera que:

¹¹⁰ Preferimos o termo função, ao invés de poder, pois como adverte Celso Ribeiro BASTOS ao afirmar a incongruência de se pretender dividir o poder estatal: “Vale, entretanto, notar que, qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo. Saraiva, 2001, p. 351).

¹¹¹ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

Esse desejo de certeza, estabilidade, previsibilidade também é evidentemente sentido pelas nações de *Civil Law*. Talvez o fato de contarmos com legislação escrita, possa gerar a ilusão de que só esta circunstância seria capaz de gerar todos esses efeitos. É interessante observar-se, aqui, que o papel da doutrina nos países de *Civil Law* deve ser o de que se chegue num nível desejável de uniformidade na jurisprudência¹¹³.

No entanto, ao proceder dessa forma e primar pela estabilidade e pela segurança do cumprimento do texto da lei, o sistema de *Civil Law* idealizou que o texto poderia ser claro e completo e dizer e dar, de antemão, todas as respostas, possuindo o texto em si mesmo um significado.

Atuando o juiz conforme o texto normativo e a vontade do legislador, presumia-se que o cidadão teria segurança jurídica e da previsibilidade no tocante às relações sociais, originárias da segurança de ter o juiz togado como mero aplicador de todas as respostas dadas previamente pelo texto positivado e codificado¹¹⁴.

Desse modo, as leis escritas e devidamente positivadas passaram a ser o mecanismo pelo qual todo o ordenamento jurídico se pautava, cabendo aos juízes a mera subsunção do texto legal aos fatos e, posteriormente, lhes sendo permitida a consulta ao legislador¹¹⁵.

No cenário da época tal entendimento era pertinente, a fim de se interpor uma desvinculação para com o ranço medieval existente, uma vez que as castas sociais na Idade Média faziam com que o Direito não fosse considerado como um conjunto de normas abstratas e gerais, válido para todos, mas sim, como aponta Carvalho Netto, como um “ordenamento sucessivo e excludente entre si, consagrador dos privilégios de casta e facção de casta, consubstanciado em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais”¹¹⁶.

¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). 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.

¹¹⁴ 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**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011, p. 53-54.

¹¹⁵ 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**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011, p. 54.

¹¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 30.

O Constitucionalismo liberal francês, porém, não negou o Direito natural, pois admitia que os códigos seriam elaborados de modo racional e, portanto, representariam a face humana do Direito natural. A legislação seria elaborada num sistema normativo codificado, visando garantir os direitos subjetivos do homem, que, por sua vez, estavam pressupostos nas normas da natureza¹¹⁷.

Os códigos elaborados de modo racional eram a expressão humana do Direito natural, por isso o estudo do direito deveria se reduzir a mera exegese dos textos legais. Os franceses pretendiam a construção de um sistema normativo estruturado de acordo com as normas da natureza, que assegurasse os direitos subjetivos fundamentais do homem, que lhe eram inerentes.

O legalismo admitia uma compreensão jusnaturalista, uma vez que a conformidade da lei positiva à justiça é considerada um pressuposto adquirido. A lei representava a razão positivada da justiça, embora seja inegável que, após a Revolução e a sua obra legislativa, o jusnaturalismo se reservava para a concepção filosófica do direito, enquanto o legalismo passou informar o seu entendimento estritamente jurídico. À medida que o momento histórico do surto jusnaturalístico da legislação revolucionária e da codificação ia ficando para trás, o que juridicamente avultava era tão somente o legalismo¹¹⁸.

O Direito passa a ser a direta expressão do legalismo pressuposto e que se enunciava na identificação do direito manifestar-se unicamente nas leis e não haveria outro direito além daquele que as leis prescrevessem¹¹⁹.

Segundo Castanheira Neves, a ideia de código, no seu sentido cultural e juridicamente específico, implicava que um código não fosse mera coletânea de leis, mas um corpo legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário,

¹¹⁷ Além do fundamento político da lei escrita fundamentado no modelo de Estado da época, adverte Simioni que: "Naturalmente, um fundamento político é insuficiente para constituir um pano de fundo dos discursos práticos que seriam necessários à aplicação do direito pelas decisões jurídicas. A fundamentação de uma decisão jurídica exige mais fundamentos prévios. A fundamentação de uma decisão jurídica exige mais fundamentos prévios. Uma fundamentação política dos textos legais deixa aberto um espaço muito grande para argumentações. E por isso o fechamento dessa rede de pré-fundamentações foi realizada com base nos ideais filosóficos do jusnaturalismo iluminista, que pregava a existência de um direito natural-racional superior, o qual foi colocado como fundamento metafísico dos textos legais. Quer dizer: um direito natural-racional metafísico, colocado como pano de fundo dos textos legais, para cobrir qualquer aresta eventualmente aberta por perguntas sobre os motivos da decisão por uma e não por outra resposta do direito" (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34).

¹¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 183.

¹¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.183.

a regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva, de um certo domínio jurídico¹²⁰.

Ao comparar a o *Code Civil* francês a outros códigos da época, Castanheira Neves explica que a ideia de rompimento na França, diferentemente de outros países, fez desenvolver a premissa (crença) da completude pelo legislador como forma de libertação do regime autoritário anterior:

É certo que os códigos de Setecentos ou moderno – iluministas não revolucionários – os códigos tanto do absolutismo moderno como do despotismo esclarecido, os códigos bávaros, o código geral da Prússia e os códigos austríacos (sobre esta codificação, pode ver – se G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna – I: Absolutismo e codificazione Del diritto*) – estavam longe, não obstante o seu jusnaturalismo, de uma total ruptura com a tradição histórica, nem deixavam de admitir expressamente a sua incompletude, ao reconhecerem – se com lacunas e ao remeterem para fontes subsidiárias de integração. E ainda que a fonte subsidiária por excelência devesse ser também o direito natural – assim desde logo no código civil austríaco, § II, numa formulação que o nosso código de SEABRA ainda repetiria: recurso aos princípios de direito natural (*natürliche Rechtsgrundsatze*) atentas as circunstâncias do caso -, aquele mesmo direito natural que se postulava em último termo na origem desses códigos e como seu fundamento, não é menos certo que a possibilidade de hetero – integração abria um espaço para a subsistência da jurisprudência (no seu sentido tradicional), para decisória concreta. Outro tanto não acontecia, porém, com o *Code civil*, pois que este, se não era exatamente o código radical pretendido por algumas correntes da Revolução – grande parte do direito anterior ia nele assimilado -, nem por isso era menos uma sua consequência (consequência de uma revolução que rompia com o passado) e para ser tido como expressão acabada da razão jurídica, como a jurídica *raison écrite* (não obstante também o *discours préliminaire* de PORTALIS). Que tanto é dizer: um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio. E nesse sentido, exactamente, foi desde logo entendido o seu decisivo art. 4 (*le juge qui refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*). No que, poderá dizer – se, iam já in nuce todos os postulados de l'exégèse¹²¹.

Mas a teoria da normatividade jurídica não se limitava a identificar em geral o direito com a lei ou em ver unicamente nesta a normatividade juridicamente vinculante, considerava ainda que tão somente no conteúdo normativo oferecido pela lei se teriam os critérios das decisões jurídicas, sendo certo que estes postulados não se confundiam¹²². O que este postulado afirmava era justamente a exclusividade do conteúdo normativo da lei como critério jurídico, recusando quer a

¹²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 181-183.

¹²¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 182-183.

¹²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 184.

validade, quer a necessidade de apelo a quaisquer outros critérios para além dela. A lei é não só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo¹²³.

Era essa mesma pretensão da exclusividade normativa da lei que levou Montesquieu a exigir uma estreita fidelidade ao “*texte de la loi*” ou a “*lettre de la loi*” – os juízes não deveriam ser senão “*La bouche qui prononceles paroles de la loi*”. Este pensamento concorreu para a instituição do Tribunal de Cassação¹²⁴, o qual, na sua intenção originária, deveria ser “menos juiz dos cidadãos do que o protetor das leis” e com o objetivo de censurar a “*contravention expresse au texte de la loi*”¹²⁵.

O decidir exclusivamente segundo o critério normativo da lei não assegura só por si a prévia existência de lei (a existência de critério jurídico-legal aplicável) para todos os casos a serem decididos. Esta diferença chegou inclusive a ter repercussão institucional, no instituto do *refere legislatif*. A lei deveria ser o critério jurídico exclusivo, mas, caso houvesse dúvida sobre o seu sentido ou se verificasse

¹²³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 185.

¹²⁴ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Este tribunal foi instituído em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento. É possível dizer que a *Cassation* foi instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo. Porém, talvez já se vislumbra-se a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição das suas dúvidas ao legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas. Embora chamada de Corte, esse órgão não fazia parte do Poder Judiciário, constituindo instrumento destinado a proteger a supremacia da lei. Esta primeira natureza – não jurisdicional – da Cassação era compatível com a sua função de apenas cassar ou anular as decisões judiciais que dessem á lei sentido indesejado. Sem obrigar o juiz a requerer a devida interpretação, impedia-se que as decisões que não se limitassem a aplicar a lei tivessem efeitos. Em vez de se utilizar o instrumento da “consulta interpretativa autorizada”, preferia-se algo mais factível, isto é, cassar a interpretação equivocada. Frise-se que a *Cour de Cassation* foi instituída unicamente para cassar a interpretação incorreta, e não para estabelecer a interpretação correta ou para decidir em substituição à decisão prolatada pelo juiz ordinário. Lembre-se que ela não era sequer considerada um órgão jurisdicional e, por isso, não podia decidir. Dessa forma, a *Cassation* não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para afirmar como a lei não deveria ser interpretada. O tempo fez sentir que o momento para afirmar como a lei não deveria ser interpretada também seria oportuno para afirmar como a lei deveria ser interpretada. Ou seja, a história mostra como a Cassação, de órgão destinado a simplesmente anular a interpretação errada, passou a órgão de definição da interpretação correta. Tal evolução igualmente obrigou á mutação da feição do órgão estatal, que assumiu a natureza jurisdicional, de órgão incumbido de participar do processo de produção de decisões judiciais. Ademais, a Corte de cassação não apenas adquiriu o semblante de órgão jurisdicional, mas passou a constituir o tribunal de cúpula do sistema, sobrepondo-se aos tribunais ordinários” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59).

¹²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 184.

a sua falta, o julgador deveria interpelar o legislador para que este desse a solução ao problema¹²⁶.

A essência do constitucionalismo liberal no seu momento inicial foi, portanto, a segurança nas relações jurídicas e a proteção do indivíduo contra o Estado. Não havia uma conexão entre constitucionalismo e democracia. Se a democracia é hoje elemento essencial para o constitucionalismo, no início do constitucionalismo liberal ela parecia incompatível com a essência deste¹²⁷.

Segundo Canotilho a ideia de Estado de direito no constitucionalismo francês assentou-se na construção de um *État Légal* concebido como uma ordem jurídica, que tinha no seu vértice da pirâmide hierárquica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto 1789, que, simultaneamente era uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição” porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria Constituição, promulgada em 1791. Pré-constituição, porque, cronologicamente, a precedeu. A Constituição situava-se num plano imediatamente inferior à Declaração¹²⁸.

A consagração da igualdade formal, a garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, eram medidas vitais para coroar a ascensão social da burguesia em substituição à nobreza. Dentro deste paradigma os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados¹²⁹.

O Estado constitucional francês, com hierarquia de normas, de acordo com Canotilho, seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, adverte o autor, que o Estado constitucional se transmutou em simples Estado legal,

¹²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.185.

¹²⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII, p. 92-101. P. 93. Verificar forma de citação. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>.

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 95.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – Pós Modernidade Constitucional? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 382.

afirmando-se a soberania ou primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa¹³⁰.

O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político sob um duplo ponto de vista: os cidadãos têm a garantia de que a vontade só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral (art. 6º da Declaração de 1789) e em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior e, como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais, garantindo, deste modo, a observância do princípio da igualdade e conseqüente repúdio ao regime anterior¹³¹.

A limitação do poder pelo direito acabaria, na França, numa situação paradoxal. A supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei. O Estado de Direito francês foi um Estado de legalidade eficaz no cumprimento do princípio da legalidade, mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da Constituição. Não sem razão, se fala de um constitucionalismo francês como um constitucionalismo sem constituição¹³².

A premissa segundo a qual a Constituição do Estado de Direito deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo, que detém o monopólio do poder, e as pessoas privadas desarmadas¹³³.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo, viu-se que o Estado Constitucional não é, nem deve ser apenas um Estado de Direito. Se a princípio o Estado de Direito se revelou como uma linha divisória entre Estados que possuem uma constituição e Estados que não a possuem, isso não significa que o Estado Constitucional contemporâneo possa limitar-se a ser apenas um Estado de Direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de Direito Democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 95-96.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 95-96.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 96.

¹³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 304.

Estado Constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos¹³⁴.

O Estado Constitucional contemporâneo é mais do que Estado de Direito, sendo que o elemento democrático não apenas representa uma limitação ao exercício do poder, mas também reclama a necessidade de legitimação do mesmo poder, noutros termos, o Estado Constitucional só é constitucional se for democrático¹³⁵.

Daí que tal como a vertente do Estado de Direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado Democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de Direito. Tal qual só existe Estado de Direito Democrático, também só existe um Estado Democrático de Direito¹³⁶.

A articulação das dimensões de Estado de Direito e de Estado Democrático no moderno Estado Constitucional Democrático de Direito proclama a tensão entre constitucionalistas e democratas, entre Estado de Direito e Democracia. Saber se o governo de leis é melhor do que o governo de homens ou vice-versa é hoje uma questão, se não superada, mal posta, pois o governo de homens é sempre um governo sob as leis e através das leis. É um governo de homens segundo a lei constitucional¹³⁷.

A junção entre democracia e constitucionalismo ocorre na segunda fase do Estado Liberal. A ideia de que a vontade da maioria não pode tudo e que um governante não pode alegar o apoio da maioria para fazer o que bem entender decorre dessa conexão importante para a teoria constitucional democrática¹³⁸.

Sendo assim, a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a

¹³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 98.

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 100.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 231.

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Almedina: 2003, p. 231.

¹³⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII**, p. 92-101. P. 93. Verificar forma de citação. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>.

democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio¹³⁹ consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do art. 1º, da Constituição brasileira; arts. 3º e 10 da Constituição portuguesa; e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha)¹⁴⁰.

Com o constitucionalismo liberal se observou que o absolutismo da maioria é tão perverso quanto o absolutismo de um grupo. Logo, a democracia constitucional liberal, construída por força do movimento operário e dos partidos de esquerda no século XIX, demonstrou que a vontade da maioria não pode ignorar os direitos da minoria ou mesmo os direitos de um só. Os limites à vontade da maioria são impostos pelo núcleo duro, intocável dos direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, que na época do liberalismo eram reduzidos apenas aos direitos individuais de proteção contra o Estado¹⁴¹.

Neste contexto, o princípio da prevalência da lei ou reserva da lei, seja no sistema de *Civil Law* ou no *Common Law*, diante da supremacia e da força normativa da Constituição, passam a ser compreendidos como vinculação ao ordenamento jurídico e ao Estado Democrático de Direito. A expressão lei passa a ter significado de ordenamento jurídico, na sua total extensão, isto é, o conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema¹⁴².

¹³⁹ Segundo Habermas [...] “o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. [...] Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada — através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. [...] o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 304).

¹⁴⁰ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 102.

¹⁴¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII**, p. 92-101. P. 93. Verificar forma de citação. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>.

¹⁴² BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131.

Isso significa que os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem perder de vista a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrinjam¹⁴³.

Neste contexto, no constitucionalismo atual dizer que os juízes devem fundamentar as suas decisões na lei, significa que devem fundamentar as suas decisões no ordenamento jurídico, cujo norte fundamental é a Constituição.

O princípio da legalidade passa a ter outro significado, deixando de ter conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. O princípio da legalidade passa a se ligar ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais¹⁴⁴.

Porém, não se trata apenas de afirmar que houve um deslocamento da lei ordinária para a “lei maior” (Constituição), mas que este deslocamento implicou até mesmo no conceito de jurisdição, pois o juiz do *Civil Law* passou a exercer papel de juiz constitucional, em especial no caso brasileiro, onde todo o magistrado exerce controle de constitucionalidade de forma incidental.

Diante disso é evidente que o juiz que controla a constitucionalidade de leis, não está subordinado à lei inconstitucional e, desta maneira, não está subordinado ao legislador, neste aspecto. Porém, isso não significa que o juiz possa afastar a aplicação da lei sem declará-la inconstitucional ou atribuir-lhe sentido diverso daquele contido nas decisões judiciais anteriores, sem fundamentar a sua decisão na Constituição.

Dada a complexidade das atuais sociedades e densidade hermenêutica dos princípios fundamentais, não é mais possível – e nunca foi mesmo, salvo no imaginário positivista exegeta – estabelecer uma pré-interpretação ou uma interpretação do texto sem os fatos.

Isso não autoriza, porém, que os juízes possam interpretar a Constituição ao seu bel prazer, sem estar vinculados a uma história institucional, sem observar a coerência e a integridade das decisões que antecederam cada novo julgamento, ainda que esta observância ocorra para superar a própria interpretação anterior.

¹⁴³ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

Aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei devem buscar coerência e integridade. Os juízes devem conceber o ordenamento jurídico como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com o interesse meramente estratégico¹⁴⁵.

O caráter normativo dos princípios jurídicos, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados ao Direito¹⁴⁶.

O uso dos princípios não pode ser discricionário, pois não podem ser entendidos como meras convicções pessoais a respeito do que seria um ideal de justiça, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas do governo¹⁴⁷.

Exige-se, portanto, que os magistrados mantenham a coerência tanto em relação às convicções políticas do passado quanto aos princípios fundamentais, perguntando-se sempre qual é a interpretação que melhor revela o projeto político que a inclui e que a justifica¹⁴⁸.

Neste contexto, a questão da legalidade, no atual constitucionalismo, é um problema, adiante-se de logo, tanto do sistema de *Civil Law* como de *Common Law*, é o problema da tensão constante entre constitucionalismo e democracia. A legalidade se desloca para a legitimidade e a democracia majoritária sempre encontrará limites nos direitos e garantias fundamentais.

Todavia, como se disse, este não é um problema – ou melhor, uma questão - exclusiva do sistema de *Civil Law*, mas do constitucionalismo atual, que, qualquer sociedade constituída como um Estado Democrático de Direito terá que conviver, noutros termos, constitucionalismo e democracia estarão sempre em tensão, não importa se o sistema jurídico preponderante de determinado Estado é da *Civil Law* ou da *Common Law*.

¹⁴⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 156.

¹⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60.

¹⁴⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 336.

¹⁴⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 377 e 374.

Da mesma forma que, concluindo-se que texto normativo e norma jurídica não são a mesma coisa, tanto o texto do precedente judicial quanto o texto da lei editada pelo parlamento, sempre exigirá interpretação, interpretação que, repita-se, em qualquer Estado constitucional estará sujeita à supremacia da Constituição.

2.2 O princípio da legalidade no sistema de *Common Law*: a formação do precedente judicial

Tal como na discussão acerca do sistema de *Civil Law*, também com o sistema de *Common Law* faz-se necessário, antes de tudo, remontar suas bases históricas e jurídicas, a fim de facilitar o seu entendimento.

Antes de qualquer coisa, porém, é preciso deixar claro que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estado Unidos são regras editadas pelo legislativo ou pelo executivo. Inclusive, nos Estado Unidos, chega-se a falar de fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal¹⁴⁹.

O que ocorre é que tradicionalmente o *common law*, principalmente o Direito inglês, tem considerado o direito legislado (*statute law*) como algo secundário, a partir do qual não se deveriam buscar os princípios gerais do direito¹⁵⁰.

Na Inglaterra, as leis oriundas do Parlamento, em regra, têm efetividade, todavia, a aplicação que os tribunais fazem dessas leis é literal e restritiva, sempre que a lei não é considerada como via normal de manifestação do Direito, senão como algo corretivo ou excepcional¹⁵¹.

¹⁴⁹ STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

¹⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

O *Common Law* inglês viveu no século XVIII a era dourada do direito dos juízes, momento em que se comungava a ideia de que a criação do direito deveria ser atividade do Judiciário, e não do Parlamento¹⁵².

Neste contexto, qualquer tentativa de legislar/codificar o direito “não escrito” inglês era vista como uma forma de descartar uma das maiores vantagens que os ingleses, historicamente, usufruíram em seu sistema, que era justamente a aptidão de possuir aplicação flexível¹⁵³.

Dito isto, segundo Bobbio a separação entre a formação do sistema de *Common Law* e dos demais sistemas europeus continentais está diretamente ligada ao processo de formação dos Estados modernos, após a dissolução das sociedades medievais, assim como na própria dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. E ainda destaca que a principal característica das sociedades medievais era a pluralidade ou ausência de unidade jurídica, sendo que cada uma das formações sociais concretas dispunha de um corpo de normas que lhes era próprio¹⁵⁴.

Assim, dentre os já citados sistemas jurídicos que compõem o Direito contemporâneo, o sistema de *Common Law* surge relacionado ao Direito inglês, pois abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que, embora possuam peculiaridades em razão de seus aspectos históricos, são baseadas no Direito casuístico, ou *Case Law*¹⁵⁵.

O contexto histórico da formação do sistema de *Common Law* remete, mais especificamente, à época que abrangeu os anos de 1066 e 1485 na Inglaterra, marcada conquista normanda em 1066, o que levou o país a um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia”¹⁵⁶.

A conquista normanda é o marco de surgimento propriamente dito do sistema de *Common Law*, a “lei comum”, que substituiu os sistemas tribais, destacando-se a atuação dos Tribunais Reais de Westminster. Conforme Soares:

¹⁵² STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

¹⁵³ STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito.** Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

¹⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo.** São Paulo: Lex, 2010, p. 215.

¹⁵⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo.** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 358.

Após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado Common Law (corruptela da expressão dita na língua do rei: *commune ley*) em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pelas County Courts, e que logo seriam suplantados¹⁵⁷.

De maneira geral, o sistema de *Common Law* tem como principal fonte do Direito, os costumes firmados pelos precedentes dos tribunais ingleses, estes, caracterizados pelo fato de que na ausência de norma escrita, os juízes tinham que formular uma decisão para o caso concreto¹⁵⁸.

Logo, diferentemente da família romano-germânica que originou o sistema de *Civil Law*, na Inglaterra, a fonte principal do Direito eram os costumes observados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto¹⁵⁹.

No que se refere ao desenvolvimento da atividade jurisdicional no sistema de *Common Law*, este se deu no período de Henrique II (1154-1189), em que praticamente inexistia qualquer direito escrito e que era costume do rei enviar juízes por todo o reinado e que, de forma itinerante, julgavam as causas que lhes eram trazidas. Sua atribuição obrigava-os a aplicar decisões para os casos concretos baseadas em *rules of law*, apoiadas, de um lado, no direito consuetudinário que, por sua vez, surge das relações sociais e, de outro, no senso individual de *equity*¹⁶⁰ ou *fairness* dos juízes. Aqui, as regras criadas pelos juízes, para os litígios em concreto, uma vez reconhecidas como justas e razoáveis, passavam a ser adotadas pelos juízes em outras jurisdições, nos casos similares¹⁶¹.

¹⁵⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 275.

¹⁵⁸ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

¹⁵⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁶⁰ Aqui, cabe destacar que o conceito de *equity* não corresponde inteiramente ao conceito de equidade dos sistemas romano-germânicos, sendo que tal conceito melhor se traduz pelas expressões sinônimas, *fairness* ou *good conscience*. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28-29).

¹⁶¹ Já neste ponto, é importante fazer uma distinção de grau entre o *Case Law* e o *Common Law*. Embora haja vários traços de semelhança apontados pela doutrina, como a observância à regra do precedente (*stare decisis*), a ampla discricção judicial no que compete à interpretação da lei, e o fato de ambos se constituírem em um *judge-made law*, o *Common Law* surge em um espaço onde inexistem normas jurídicas preestabelecidas, isto é, perante uma situação de completa ausência de qualquer direito positivado. (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29).

Ainda nesse contexto e paralelamente à atividade dos juízes itinerantes, havia sido instituída a jurisdição dos Tribunais Reais, presididos, inicialmente, pelo próprio monarca e que se limitavam à “alta justiça”.

Somente os litígios de maior importância e as apelações eram levados ao conhecimento do Rei. Os interessados podiam se dirigir aos Tribunais Reais por um procedimento que se iniciava com uma petição dirigida ao Rei, sempre com a seguinte epígrafe: “*to do what is right for the Love of God and in the way of charity*”¹⁶².

Embora fosse de competência do próprio Rei o julgamento no Tribunal Real, com o crescimento do número de petições que lhes eram endereçadas, o chanceler passou a se encarregar desse tipo de jurisdição. Assim, caso o julgasse suficientemente fundamentado, expedia uma ordem (*writ*¹⁶³) ao xerife ou *lord* local, determinando que este exigisse do réu o cumprimento do pedido formulado ou o fizesse explicar, perante o Tribunal, a razão pela qual entendia que não deveria fazê-lo¹⁶⁴.

O resultado disso é que, com o passar do tempo, o sistema de *Common Law* aplicado pelos juízes tornou-se um tanto quanto técnico, gerando inúmeros casos de decisões injustas e insatisfação dos litigantes. Além disso, os juízes, embora nomeados pelo rei, haviam se tornado bastante independentes em sua atividade. Com a ação do Parlamento para fazer cessar a atividade jurisdicional do Rei e dos Tribunais Reais, os súditos clamavam diretamente ao Rei, para que, naquele caso específico, abrisse uma exceção. O Rei, então, delegava ao seu Chanceler o exame do caso. Este o analisava com base na equidade, originando os Tribunais de Chancelaria ou Tribunais de *Equity*¹⁶⁵.

Os chanceleres, por sua vez, tinham formação em Direito romano e Direito canônico. A coexistência destas duas fontes, associada ao interesse do rei em

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 31.

¹⁶³ A cada *writ* correspondia um procedimento judicial específico, de acordo com a natureza da ação proposta. Assim, o escopo dos *writs* era fundamentalmente processual, vindo a marcar a fase inicial do *Common Law* com esta característica (*remedies precede rights*), ou seja, mais importante do que o conteúdo material da atividade jurisdicional era a forma pela qual a ação era desenvolvida (*form of action*). (DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 371).

¹⁶⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 372.

¹⁶⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 373.

manter sob seu direto controle a atividade jurisdicional, fez com que, após os conflitos entre o Parlamento e aquele, no século XVII, se institucionalizassem duas formas distintas de jurisdição: a *equity* e a *Common Law*¹⁶⁶.

A fusão formal dos dois tipos de jurisdição somente se deu no fim do século XIX, quando ocorreu, pelos *Judicature Acts*, uma profunda reforma na organização judiciária da Inglaterra, preservando-se, porém, as peculiaridades processuais de cada um deles. A *equity* foi de inestimável utilidade para a evolução do Direito inglês¹⁶⁷.

Além disso, tanto no campo do processo, quanto do direito material, a superioridade dos princípios trazidos do Direito romano eram superiores às fórmulas arcaicas que haviam congelado o *Common Law*¹⁶⁸.

A partir daí, vários foram os princípios gerais de Direito incorporados ao Direito inglês pela via da *equity*, atendendo ao clamor geral pela justiça e pelo atendimento aos interesses sociais em jogo. Os juízes e os Tribunais Reais foram, desta forma, os grandes instrumentos de desenvolvimento do sistema de *Common Law*. E, portanto, vários foram os efeitos desta peculiar evolução histórica do sistema de *Common Law*, merecendo destaque os seguintes pontos: em primeiro lugar, a atenção dos juristas fixou-se primordialmente nas questões processuais; em segundo lugar, estas circunstâncias obstruíram sobremodo a recepção do Direito romano e, por último, praticamente inexistiu diferença entre o direito público e o direito privado¹⁶⁹.

Nesse ponto cabe destacar que, embora os primeiros juízes da *Common Law* tenham aplicado regras de origem germânica – princípios que serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês¹⁷⁰ – verifica-se que “o sistema de *Common Law*, desde sua formação inicial, era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social do seu tempo”¹⁷¹.

¹⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 373-374.

¹⁶⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 374.

¹⁶⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 375.

¹⁶⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 376.

¹⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 152.

¹⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 150.

Essa realidade, por sua vez, era contrária à “unidade jurídica, à configuração geográfica, à centralização judiciária e à homogeneidade da classe forense” que, por sua vez, “justificam a recepção falhada das fontes do Direito romano-germânico na Inglaterra”¹⁷².

Tal postura é corroborada pelos primeiros comentaristas da *Common Law*, que já haviam demonstrado uma nítida preocupação com a questão dos julgamentos contraditórios, surgindo estudos sobre a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos¹⁷³. Por isso, David René lembra que: “a *Common Law*, criada pelos Tribunais Reais de Westminster”, representa, portanto, um direito jurisprudencial¹⁷⁴.

Dessa forma, verifica-se que, desde sua formação, a *Common Law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *Case Law*, pois, embora ainda não houvesse um efeito vinculante ao precedente, os operadores do Direito inglês já ressaltavam a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao Direito¹⁷⁵.

Isso porque, no sistema de *Common Law*, operadores do Direito, ao se depararem com um caso concreto, podem e devem recorrer às leis codificadas, analisando a que melhor se adequa, para que esta seja aplicada, sendo que os princípios do Direito, neste sistema, são elementos objetivos advindos da lei, aplicada com o intuito de assegurar um direito subjetivo.

Ademais, e diante de seu histórico, o sistema de *Common Law* tem como característica primeira o fato de que o Direito surge criado e aperfeiçoado pelos tribunais e operadores do Direito, mediante a consideração das decisões tomadas pelos tribunais em casos anteriores e para a aplicação em novos casos que se apresentam ao Poder Judiciário, sendo que, caso inexista um precedente a ser considerado, os magistrados detêm a prerrogativa e autonomia de estabelecer um precedente.

¹⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 151.

¹⁷³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 153.

¹⁷⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 428.

¹⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 154.

Logo, desde o seu início, o sistema de *Common Law* foi orientado pelo *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente”¹⁷⁶.

Assim, sem dúvida alguma, no sistema de *Common Law*, a formação do precedente judicial é um dos seus principais pilares.

No entanto, antes de aprofundar o tema da formação do precedente judicial no sistema de *Common Law*, cabe esclarecer que, muito embora possa haver ligação direta entre o sistema de *Common Law* com o sistema de precedentes, estes não se confundem, pois, ao se mencionar o sistema de *Common Law*, estar-se-á se referindo ao modelo de Direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema de *Common Law*, conferindo certeza a esta prática. É o denominado sistema de precedentes, que surgiu apenas no século XVI¹⁷⁷.

Dessa forma, a teoria do *stare decisis et non quieta movere* – que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto – está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes¹⁷⁸.

Contudo, tal noção do direito jurisprudencial de respeitar os precedentes lógicos nem sempre possuiu o mesmo grau de certeza e de segurança e isto se deve ao fato de que foi somente após a primeira metade do século XIX, que a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores¹⁷⁹.

Esse efeito vinculante foi reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo Lord Campbell. Neste caso, restou determinado que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos, e que:

¹⁷⁶ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

¹⁷⁷ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁷⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 162.

¹⁷⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 428.

O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade¹⁸⁰.

O que se pode assinalar daí é que, conforme aponta sua base histórica e jurídica, a teoria dos precedentes tem origem no costume, antiga base do sistema de *Common Law*¹⁸¹.

E é justamente por isso que o sistema de *Common Law* não se confunde com o sistema de precedentes, já que este é elemento que agregou operacionalização ao sistema de *Common Law*, conferindo certeza a esta prática. Ademais, é importante ainda destacar que, além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), o sistema de *Common Law* também possuiu uma hierarquia funcional muito bem articulada¹⁸².

Dessa forma, “o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere”¹⁸³.

Nesse sentido, as decisões vinculam a própria corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Indo mais além, neste sistema, pela técnica do precedente obrigatório, é necessário que a corte ou o juiz, ao decidir um caso concreto, fundamente sua decisão em uma decisão anterior ou em uma jurisprudência de tribunal superior¹⁸⁴.

Aqui, cabe esclarecer qual a parte do precedente realmente vincula, “pois afirmar que precedente vincula, na verdade, é dizer pouco”¹⁸⁵.

Assim, para que se saiba qual a parte vinculante do precedente, devem ser separadas duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (ou razões de decidir) e a *obiter dictum* (ou dito para morrer, literalmente). Cabe neste apontar que grande parte da doutrina brasileira e estrangeira que se dedicou a

¹⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 220.

¹⁸¹ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 223.

¹⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 223.

¹⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex, 2010, p. 223.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 168.

escrever sobre tema é unânime em afirmar que apenas a *ratio decidendi* vincula, “pois as questões de fato não se constituem em precedentes”¹⁸⁶.

Ainda assim, Nogueira ressalta que: “encontrar a *ratio decidendi* em um precedente não é tarefa nada fácil”¹⁸⁷, acrescentando, ainda, que se considera “*ratio decidendi* a regra ou proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, enquanto *obiter dictum* seria tudo o que não está contido na *ratio decidendi*”¹⁸⁸.

Outro ponto que merece destaque na discussão acerca do precedente no Direito inglês é a distinção entre as principais regras sobre a aplicação deste no sistema de *Common Law*: *overruling* e *distinguishing*.

Enquanto que pela técnica do *distinguishing*, o juiz deve aproximar elementos objetivos dos casos que serviram como precedentes potencialmente e o caso em que pretende utilizá-los, o que, por sua vez, permite ao juiz averiguar se o dado precedente pode ser utilizado no caso concreto a ser analisado, valorizando-se, por conseguinte, a *ratio decidendi* do precedente, que servirá para permitir sua aplicação ao caso concreto, caso existam semelhanças que justifiquem sua aplicação, já a técnica do *overruling* permite a atualização do precedente, pois o precedente que se mostrar ultrapassado com os fatos da sociedade ou equivocado pode ser substituído (*overruling*) por um novo precedente¹⁸⁹.

Portanto, “fazer o *overruling* significa que o tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente”¹⁹⁰ e a substitui.

Quanto às distinções entre o sistema de *Common Law* nos Estados Unidos e na Inglaterra, como os Estados Unidos são o resultado da colonização inglesa, o sistema de precedentes adotado possui semelhanças ao modelo inglês.

Mesmo assim, é possível apontar diferenças no sistema de *Common Law* americano e inglês, devido, em grande parte, à estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes¹⁹¹.

¹⁸⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 168.

¹⁸⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 169.

¹⁸⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 170.

¹⁸⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁹⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

¹⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 165-166.

Isso porque “os Estados Unidos se compõem uma federação, o que demanda uma rede judiciária extremamente intrincada, à maneira como se formou o Judiciário Brasileiro”¹⁹².

Dessa maneira, tem-se que, nos Estados Unidos há uma forte dicotomia entre a justiça dos Estados e a justiça federal, onde cada estado conta com uma estrutura judiciária independente. Além disso, no sistema judiciário norte-americano, o precedente sempre se forma nos tribunais, seja dos estados, seja da federação e cada precedente é sempre formado por uma decisão majoritária do referido tribunal. Se não houver decisão da maioria, tem-se apenas um precedente persuasivo e não vinculante¹⁹³.

Indo mais além, o precedente apenas vincula a própria corte que o formulou e os órgãos hierarquicamente subordinados a ela, já que o precedente sempre se formará nas cortes de segunda instância. O único precedente que vincula todas as cortes americanas, em todas as instâncias inferiores, é o da Suprema Corte, por constituir a corte mais alta do país¹⁹⁴.

Logo, nos Estados Unidos as fontes do Direito não são apenas as regras herdadas do sistema de *Common Law*, mas também a Constituição, as leis federais e estaduais¹⁹⁵.

Ademais, os tribunais norte-americanos aplicam com menor rigidez a regra do *binding precedent*, pois eles, inclusive a própria Suprema Corte, reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados¹⁹⁶.

No sistema de *Common Law*, ainda, havendo discordância entre as partes, o tribunal no qual a ação está em curso, busca uma solução precedentemente manifesta pelos tribunais competentes. Assim, caso um precedente seja encontrado, o tribunal é impelido a seguir o raciocínio usado na decisão anterior, segundo o já mencionado *stare decisis*. Caso contrário, diante de uma possível disparidade entre o caso em análise e os preceitos e jurisprudências anteriormente julgados, o tribunal

¹⁹² SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁹³ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁹⁴ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

¹⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 166.

¹⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 167.

deverá julgar o caso como sendo um caso inteiramente novo, decidindo como um *matter of first impression* (assunto de primeira impressão), que servirá, a partir de então, como um precedente a ser seguido¹⁹⁷.

Diante de tais distinções, enquanto observa-se uma flexibilização das regras do Direito inglês adotadas pelo sistema norte-americano, destacando-se que o sistema norte-americano “é mais aberto à revisão dos precedentes”, pois o juiz pode optar por não aplicar um precedente, “o que facilita as mudanças inerentes à evolução da sociedade”, tem-se que, por outro lado, o sistema inglês é muito mais rígido, não havendo tal opção ao juiz de escolher se aplica ou não um precedente; uma vez que o “*stare decisis* na Inglaterra é tão conservador que há notícias de aplicação de precedentes de quatrocentos anos”¹⁹⁸.

Daí poder-se apontar que o sistema de precedentes característico do *Common Law* efetivamente confere uma maior previsibilidade e estabilidade ao Direito,consequentemente, uma maior segurança jurídica à sociedade.

Isso porque, no sistema de *Common Law*, as leis codificadas e positivadas não representam o único ponto a ser considerado quando da decisão, o que, por sua vez, permite uma maior mobilidade interpretativa, onde as regras são adaptadas aos fatos expostos e às razões alcançadas tanto pelos operadores do Direito e pelas partes, como mediante o debate, o discurso e as teses elaboradas por advogados, promotores e magistrados.

Ademais, o que se observa no sistema de *Common Law* é que os costumes vigentes na sociedade se tornaram uma espécie de pilar, e, portanto, se tornaram normas de condutas, e, consequentemente, leis, cuja aplicabilidade não se vê exclusivamente vinculada à sua positivação.

Como se verá a seguir, a interpretação e aplicação do precedente judicial podem ser muito mais complexas do que a aplicação e interpretação do texto editado pelo parlamento, a começar pela extensão dos textos que se tem em mãos para ser interpretados.

Um bom exemplo disso são as súmulas vinculantes editadas no Brasil pelo STF. Para se interpretar uma súmula não basta ler o seu texto, mas sim, é necessário saber qual foi o *ratio decidendi* que gerou aquele enunciado normativo.

¹⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 168.

¹⁹⁸ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

Neste contexto, muitas vezes será necessário verificar os casos do passado e cada um dos votos de cada um dos ministros.

Como se pretende demonstrar adiante, a aplicação e a interpretação do precedente judicial exigem enorme esforço hermenêutico, que da mesma forma que a interpretação e aplicação do texto legal, no Estado Democrático de Direito, apenas pode ser dar no âmbito do devido processo legal, com a possibilidade de participação das partes em contraditório e com a obrigação do órgão jurisdicional de explicar as razões pelas quais: (i) aplica o precedente; (ii) deixa de aplicar o precedente, porque o caso é diferente (*distinguishing*); (iii) rejeita o precedente, superando-o (*overruling*).

Noutros termos, o contraditório dinâmico e participativo no âmbito do devido processo legal apenas se desloca do texto legal, para o texto do precedente, sendo direito fundamental das partes envolvidas no processo judicial argumentarem as razões pelas quais entende deve o precedente ser ou não aplicado àquele caso.

Por sua vez, a fundamentação se desloca primeiro para o dever de se encontrar no precedente a sua *ratio decidendi*, e, a seguir, explicitar as razões pelas quais se deve ou não aplicar o referido precedente. De toda sorte, a própria identificação da *ratio decidendi* não é tarefa fácil, muitas vezes exigindo do interprete grande esforço hermenêutico.

A empreitada de se aplicar e interpretar o precedente judicial, não é simples como muitas vezes se divulga no Brasil, como já mencionado, o precedente judicial na atual quadra história tem por fundamento a previsibilidade e a segurança jurídica, mas não pode simplificar o Direito.

Isto é o que se pretende demonstrar a seguir, ao se tratar da interpretação e aplicação do precedente judicial, para se concluir, mais adiante, porque não se admite na atual quadra histórica do Constitucionalismo e da Democracia, que qualquer texto normativo, seja de um precedente judicial, seja uma da norma editada pelo parlamento, tem a sua aplicação submetida ao princípio do contraditório e, portanto, ao prévio debate entre as partes, com a garantia de influência e não surpresa.

2.3 O precedente judicial como texto normativo: interpretação e aplicação

O precedente judicial possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. Desta forma, a aplicação não se dá automaticamente, sempre devendo ser examinado se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*¹⁹⁹.

Como bem esclarecem Lênio Streck e Georges Abboud “também nos EUA – não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa”²⁰⁰. Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante. “O *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião. Mas o mais importante a dizer é que os precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental”²⁰¹.

Segundo vem sendo apresentado, a interpretação daquilo que o legislador propõe está diretamente ligada tanto a sua aplicabilidade quanto à construção do próprio Direito, visto que interpretar significa construir a norma, uma vez tomado como fato que a norma não reside no texto legal, mas que é dele extraída justamente por meio da interpretação.

O Direito, portanto, passa a ser construído tanto pelas leis como pelos precedentes, sendo estes verdadeiros instrumentos de revelação do Direito ao representarem a “desconstrução” da lei como única fonte formal do Direito.

¹⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

²⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

²⁰¹ Segundo Lênio Streck e Georges Abboud: “[...] o senso comum teórico predominante reproduz uma espécie de ‘ideologia-do-conceito-com-pretensões-de-aprisionar-os-fatos-de-antemão’. Trata-se de uma pretensão metafísica. A dogmática jurídica inserida no senso comum teórico pretende dar respostas antes das perguntas. Essa pretensão deita raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua versão germânica: o pandectismo. No fundo, portanto, quando se faz uma súmula ou uma “ementa”, busca-se seqüestrar todas as possíveis contingências que venham a irritar “o sistema”. Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão como viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação. E, quando o intérprete faz o mesmo, isto é, quer antever todas as hipóteses futuras, faz uma “pós-lei”, um produto com sentido antecipado, uma espécie de tutela dos sentidos possíveis e imagináveis” (STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31).

Aqui, faz-se imprescindível, antes de se definir o precedente judicial, esclarecer a distinção existente entre este, decisão judicial, jurisprudência e súmula.

Dessa forma, tem-se que a decisão judicial e o precedente não se confundem, uma vez que o precedente é a decisão judicial, caracterizada pela potencialidade de se estabelecer como paradigma, no sentido de orientar juízes e litigantes. Portanto, mesmo que todo precedente derive de uma decisão, nem toda decisão gera um precedente.

Quanto às diferenças entre precedente e decisão judicial, Marinoni especifica que:

[...] para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente²⁰².

Realmente, algumas decisões tratam apenas de questão de fato ou seguem julgado que as consolidou. Portanto, e devido à extensão do conteúdo, não se pode considerar decisão judicial e precedente como sinônimos.

A jurisprudência, por sua vez, é considerada como uma série de decisões sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais, que se baseiam nas normas jurídicas vigentes no Direito, servindo estas decisões de orientação para o magistrado no instante da interpretação e aplicação do caso concreto. Para Souza:

[...] o termo jurisprudência é usado, no linguajar jurídico, em pelo menos quatro sentidos: a) como sinônimo de filosofia ou ciência do Direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial “isolada”²⁰³.

Nesse sentido, cabe também esclarecer que a jurisprudência seria reiterada decisões judiciais sobre um mesmo ponto, ou melhor, um elemento que é formado por um conjunto de elementos, o que a difere do precedente judicial. Este último, não prescinde de um conjunto de acórdãos para se extrair o preceito jurídico

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

²⁰³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 41.

orientador da interpretação, podendo ser obtido individualmente, em apenas um julgado. O precedente judicial, então, é espécie do gênero jurisprudência.

Já no que se refere à súmula, esta permite identificar o entendimento de um tribunal sobre questão jurídica. Sifuentes explica que:

No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência refere-se a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos²⁰⁴.

Cabe destacar ainda que os enunciados, utilizados como se fossem a própria súmula, são, na verdade, textos resultantes da uniformização jurisprudencial inseridos no corpo da súmula o qual recebe uma numeração. Sobre isso, Sifuentes traz que:

As palavras súmula e enunciado, embora tenham significados diferentes, acabaram por serem usadas, indistintamente, de modo que, por súmula, atualmente entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada²⁰⁵.

Daí ser possível afirmar que, enquanto a súmula é o mecanismo utilizado para aferição da uniformização jurisprudencial de uma corte, os enunciados decorrem de textos retirados das teses jurídicas pacificadas por um tribunal.

Tanto os enunciados quanto as súmulas seguem inseridos no Código de Processo Civil vigente, no Capítulo da uniformização da jurisprudência, previsto dos artigos 476 ao 479, o qual objetiva a pacificação de divergência interna.

Ainda sobre a súmula, vale destacar que nem toda jurisprudência tem condição de integrar súmula de um tribunal, precisando, antes, preencher os pressupostos normativos estabelecido nas regras de organização daquela corte para ser sumulada²⁰⁶.

Ademais, também existe diferença, entre súmula e precedente judicial, principalmente quando se trata de precedente com força obrigatória, uma vez que as súmulas não obrigam o julgador, além de não haver uma uniforme metodologia para

²⁰⁴ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 237-238.

²⁰⁵ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p.237-238.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-216.

sua revogação ou modificação²⁰⁷. No entanto, cabe destacar que apesar de no Brasil existem súmulas com efeito vinculante, devendo-se ter sempre em mente que a súmula e o precedente não são iguais.

Nos precedentes, a tese jurídica extraída na sua decisão é necessariamente relacionada aos acontecimentos do caso, sendo que, quando não presente esta relação, pode ocorrer a não aplicação do precedente²⁰⁸.

Já as súmulas procuram a adequada delimitação de um enunciado jurídico, neutralizando as circunstâncias do caso que gerou sua edição. De certo modo, quando o julgador aplica a súmula, não há preocupação em analisar a demanda ou demandas que motivaram a confecção da súmula, o que difere do estudo realizado pelo magistrado no momento da utilização do precedente²⁰⁹.

Os precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras: as súmulas (ou ementários em geral), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à “solução de casos futuros”²¹⁰.

O precedente, assim, é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos, cabendo lembrar que não é qualquer decisão judicial que se encaixa neste conceito, mas somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.

Conforme Taruffo, precedente judicial é a decisão de natureza jurisdicional e universalizável emanada pelo Judiciário, para que se retire norma jurídica a ser aplicada pelo órgão que o proferiu ou por outros, nos casos futuros similares a serem julgados²¹¹.

Para constituir precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de Direito do caso concreto, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. O precedente

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-216.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-216.

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-216.

²¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-31.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212-216.

é, então, a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina²¹².

Daí que o fundamento do precedente está em produzir uma norma jurídica com potencial de ser aplicada a uma infinidade de casos análogos futuros, visando assegurar maior previsibilidade e segurança na realização do Direito e tratamento isonômico aos jurisdicionados, ou melhor, tratar da mesma forma os casos iguais.

O precedente é decisão judicial passível de ser utilizada em casos análogos, conferindo segurança e previsibilidade às decisões, sendo realidade que não pode ser afastada do sistema jurídico brasileiro²¹³. De acordo com tais definições, o precedente, dentro do ordenamento jurídico, pode ter eficácia normativa, impositiva intermediária e persuasiva²¹⁴.

Assim, quanto ao precedente com eficácia normativa, Mello aponta que:

Os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos. Eles projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes. (...). São assim fontes formais do Direito²¹⁵.

A eficácia normativa, portanto, pode ser vista nas decisões em que o controle de constitucionalidade é emanado do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como na criação de súmula vinculante, anteriormente mencionada (art. 102, §2º da Constituição de 1998).

Já quanto ao precedente de eficácia intermediária impositiva, este não possui obrigatoriedade de aplicação, mas expressa decisão razoável tomada pelas Cortes Superiores, ou seja, não se atribuirá eficácia normativa, mas a este se reconhecerá “outros efeito impositivos mais brandos, para além do processo”²¹⁶.

O precedente de eficácia intermediária impositiva é uma categoria muito comum em países que adotam o sistema de *Civil Law*, como o Brasil, e isto se dá quando há jurisprudência dominante sobre determinada matéria (*line of precedents*).

²¹² TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007, p.10.

²¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. v. 02. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 387-388.

²¹⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 62.

²¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 63.

²¹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 64.

Nesta hipótese, é usual o reconhecimento de maior força impositiva ao entendimento consagrado nos tribunais, seja em virtude do grau de estabilidade que alcançou, seja ante a necessidade de promover a uniformização das decisões judiciais²¹⁷.

Finalmente, quanto à eficácia meramente persuasiva do precedente, este se constitui como fonte real do Direito, ao estar presente sempre que a invocação de um determinado julgado se der apenas para fins de persuasão do magistrado, não tendo a aptidão de jungi-lo a seus termos²¹⁸.

A eficácia meramente persuasiva do precedente constitui a regra no sistema de *Civil Law*, estando presente também no *judge made law*, no que se refere, por exemplo, a decisões de primeira instância, a entendimentos consagrados por cortes inferiores, quando invocados nos tribunais superiores, e a julgados de outras jurisdições²¹⁹.

Tanto a eficácia normativa como a impositiva intermediária e a persuasiva do precedente podem ser exemplificadas no atual ordenamento jurídico brasileiro. Assim, enquanto a súmula vinculante funciona como precedente de eficácia normativa, um exemplo de impositiva intermediária encontra-se em alguns preceitos do Código de Processo Civil vigente, tais como o art. 475, *caput* e § 3º, o art. 475-L e §1º, o art. 479, *caput*, art. 557, §1º7. A eficácia persuasiva, por sua vez, se destaca na medida em que a decisão inicial de um caso vai sendo sufragada pelas instâncias recursais, até chegar nas cortes superiores²²⁰.

De todo o exposto, tem-se que o precedente atua como paradigma no Direito, devido ao fato de ser a primeira decisão de um órgão jurisdicional o qual, por sua vez, servirá de referência para decisões posteriores em casos semelhantes, sem estar reproduzindo julgamento de outro órgão jurisdicional ou do mesmo.

Logo, na análise do uso ou não de um precedente no caso em julgamento, o juiz irá investigar que fatos foram relevantes para resolução da lide do precedente e identificar se existe similitude entre ambas, sem que haja a obrigação de que sejam iguais, utilizando-se, para tanto, da *ratio decidendi* e do *obter dictum*.

²¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 65.

²¹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 66.

²¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 66.

²²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008, p. 67-68.

A correta identificação da *ratio decidendi* é de suma importância para o precedente judicial, uma vez que esta é a parte do julgado que determina o julgamento de casos posteriores similares. A definição de *ratio decidendi* surge da necessidade de evidenciar a porção do precedente, principalmente aquele com efeito vinculante, no qual os juízes devem respeitar nos julgamentos futuros²²¹.

Tal necessidade se deve ao fato de não haver uma unanimidade quanto à definição da *ratio decidendi*, em razão da dificuldade encontrada no Judiciário de países como os Estados Unidos e Inglaterra em identificá-la na decisão judicial. Na doutrina do *stare decisis* (precedentes obrigatórios), diz-se que os juízes e tribunais devem seguir os precedentes existentes, mas na realidade, eles devem seguir a *ratio decidendi* (razão de decidir) dos precedentes. Por este motivo, se torna muito importante identificar a *ratio decidendi* porque apenas ela tem o efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-la nos julgamentos futuros.

Assim, a fim de entender a maneira como é identificada a *ratio decidendi* tem lugar as teorias de Wambaugh, de Oliphant e de Goodhart.

A teoria de Wambaugh, considerada como clássica, afirma que a *ratio decidendi* de um caso é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa e propõe um teste, de acordo com o qual se deve alterar o conteúdo da premissa para verificar se a decisão se mantém ou não a mesma. Assim, se a decisão sofrer mudança, a premissa era realmente necessária e se constituía *ratio decidendi*. Por outro lado, se a decisão permanecesse inalterada, a premissa era mero *obiter dictum*²²².

Quanto à teoria de Oliphant, esta rejeita a busca da *ratio decidendi* no raciocínio do juiz para chegar à decisão, pois entende que a opinião do tribunal é uma racionalização preparada depois da decisão que dá boas razões, mas não, as razões reais. Assim, sugere que os fatos levados ao tribunal sejam considerados como estímulos a uma resposta. Neste entendimento, a combinação dos estímulos e a resposta são a *ratio decidendi*, que é a decisão real do caso²²³.

Já a teoria de Goodhart consiste, essencialmente, na determinação da *ratio decidendi* de um precedente mediante a consideração: a) dos fatos tidos como

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.220.

²²² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 5reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96.

²²³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 5reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 96-97.

fundamentais, na ótica do juiz do precedente, e, b) da decisão do juiz baseada nesses fatos. Sua fundamentação está no fato de que, no julgamento de um caso, o Direito é analisado pelo juiz ou por qualquer outro intérprete, levando em consideração os fatos do caso, e restando, por conseguinte, que o peso das proposições afirmadas pelo julgador com base nos fatos fundamentais é sempre maior do que o peso de qualquer outra coisa que o juiz afirme²²⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, onde a força dos precedentes não se relaciona obrigatoriamente à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução das questões versadas nos casos, mesmo que estas não sejam necessárias ao resultado da causa. Desta forma, cada um dos motivos determinantes, suficientes para decidir as múltiplas questões jurídicas, constitui-se em *ratio decidendi* e, portanto, pode vincular futuras decisões relativas à análoga questão de Direito²²⁵.

Tal afirmação não deixa dúvidas quanto à importância de se identificar a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão que, por sua vez, consiste em encontrar a parte do precedente que vai servir de paradigma para os casos posteriores, garantindo previsibilidade e segurança na realização do Direito.

Esclarecido – e levando em consideração – esse ponto, em relação ao conceito propriamente dito da *ratio decidendi*, Didier Júnior, Braga e Oliveira trazem que esta consiste no:

(...) conjunto de fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo julgador no caso concreto²²⁶.

Tucci, por sua vez, considera importante enfatizar que a *ratio decidendi* de uma decisão:

(...) não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como

²²⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 5reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 97.

²²⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 179.

²²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. v. 02. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 381.

precedente, extrair a 'norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta²²⁷.

Segundo suas definições, Chiassoni apresenta a *ratio decidendi* de acordo com o tipo de objeto designado e quanto ao grau de especificação do objeto designado. Assim, na primeira classificação, leva-se em consideração o conteúdo da decisão, enquanto que na segunda classificação, considera-se a opinião do juiz que proferiu o precedente, do juiz sucessivo e da doutrina jurídica²²⁸.

De maneira mais específica, na primeira classificação, a *ratio decidendi* pode significar: a) a norma jurídica geral que representa a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa sobre a qual se funda a decisão do caso concreto (perspectiva normativa abstrata); b) a norma jurídica geral contextualizada, usada por um juiz para justificar a decisão de um caso concreto (perspectiva normativa concreta); c) elemento de argumentação criado pelo juiz para motivar a decisão²²⁹.

Já na segunda classificação, a *ratio decidendi* pode ser: a) elemento da motivação que é necessário para a decisão de um caso; b) princípio de direito que é suficiente para a decisão de um caso concreto; c) argumentação necessária e suficiente para decidir um julgamento; d) norma (regra ou princípio) que constitui, alternativamente, condição não necessária, mas suficiente, ou necessária, mas não suficiente de uma decisão; e) norma que o tribunal tem efetivamente estabelecido ou seguido; f) norma que o tribunal afirma expressamente ou acredita ter estabelecido ou seguido; g) norma tratada explícita ou implicitamente como necessária para a decisão do caso; h) norma que deve ser considerada pelo tribunal para que decida adequadamente a controvérsia; i) norma que, segundo um juiz sucessivo, deveria ter sido estabelecida pelo julgador anterior; j) norma que, segundo um juiz sucessivo, foi, de fato, estabelecida pelo julgador anterior; l) norma que, segundo um juiz sucessivo, deve ser considerada como estabelecida pelo julgador anterior²³⁰.

²²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

²²⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015, p.81.

²²⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto**. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015, p. 81.

²³⁰ CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto**. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015, p. 82-83.

Diante de tal classificação, Chiassoni considera que a *ratio decidendi* é um enunciado formulado numa decisão, que, à luz da estrutura lógica da fundamentação (aspecto objetivo) e segundo a opinião do juiz que prolatou a decisão (aspecto subjetivo), não pode ser retirada da fundamentação de uma decisão, sem que prejudique a sua norma jurídica geral²³¹.

Para Chiassoni, portanto, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral de uma decisão judicial, entendida como precedente²³².

Também por causa da sua definição e classificação, a *ratio decidendi* está ligada aos fundamentos jurídicos, à opção hermenêutica ou à tese jurídica que, por sua vez, sustentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada daquela maneira. Ademais, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral que, construída por um órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, pode servir como diretriz no julgamento de demandas semelhantes²³³. “A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal”²³⁴.

Conforme os conceitos acima apresentados, e ainda que não haja unanimidade, a *ratio decidendi* pode exercer duas funções: uma primeiramente interna, e uma segunda, externa. A função interna da *ratio decidendi* é revelada na medida em que a norma jurídica geral, localizada na fundamentação da decisão, serve de fio condutor à norma jurídica individual, constante de seu dispositivo, que rege determinado caso. Já a função externa da *ratio decidendi* é extraída da potencialidade de a norma jurídica geral se desprender do caso específico no âmbito do qual foi construída e ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi originariamente formulada. A *ratio decidendi*, considerada em sua função externa, é o elemento do precedente judicial que tem

²³¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto*. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015, p. 83-87.

²³² CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: ter esercizi di disincanto*. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015, p. 83-87.

²³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 427-428.

²³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175-176.

aptidão para ser universalizado, razão pela qual tem a potencialidade de operar vinculação²³⁵.

Assim, segundo sua classificação e função, uma decisão pode conter mais de uma *ratio decidendi*, o que pode se dar em duas situações: ou quando o julgador aponta mais de uma razão de decidir como fundamento para a norma jurídica individual, ou quando a decisão emana de órgão colegiado no bojo da qual existem votos com fundamentos distintos que conduziram à mesma norma jurídica individual²³⁶.

Além disso, existem ainda as decisões das quais é extremamente difícil ou impossível extrair a *ratio decidendi*, por serem decisões desprovidas de razão de decidir e que apresentam defeito na sua fundamentação²³⁷.

Também como elementos característicos da *ratio decidendi*, tem-se que o julgador não precisa indicar na decisão judicial qual é a *ratio decidendi*, cabendo ao órgão responsável por sua aplicação a sua identificação, bem como a sua interpretação diante dos casos em julgamento²³⁸.

Ainda assim, a *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), mas é formulada a partir destes elementos, sendo que os fatos narrados no relatório, a moldura jurídica eleita pelo magistrado na fundamentação e a norma jurídica individual indicada no dispositivo servem também na identificação da *ratio decidendi*²³⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a *ratio decidendi* também é chamada de motivo determinante de uma decisão. O motivo determinante, entendido como *ratio*, é a premissa sem a qual não se chegaria àquela decisão específica. É o motivo (ou são os motivos, já que se admite a existência de mais de uma *ratio*) suficiente e imprescindível à decisão que foi tomada²⁴⁰.

²³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

²³⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p.138.

²³⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 139.

²³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 223.

²⁴⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

É o motivo determinante de uma decisão, entendido como *ratio decidendi*, que pode gozar da chamada eficácia transcendente da fundamentação. A eficácia transcendente da fundamentação, portanto, equivale à eficácia vinculante da norma jurídica geral extraída do precedente judicial²⁴¹.

Continuando no contexto jurídico brasileiro, cabe destacar que nem sempre a *ratio decidendi* é estruturada a partir dos fatos, tal como acontece nos Estados Unidos e na Inglaterra. Logo, há decisões que se destinam apenas a interpretar questões relativas à lei federal (decisões proferidas em recurso especial) e à Constituição Federal (decisões proferidas em recurso extraordinário) e a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional (decisões proferidas em controle de constitucionalidade)²⁴².

Baseado no sistema de *Civil Law*, e diferentemente do que acontece no sistema de *Common Law*, em que a *ratio decidendi* é o fundamento sem o qual a decisão do caso não teria sido proferida como foi, no ordenamento jurídico brasileiro, a todas as questões envolvidas num processo jurisdicional pode corresponder uma razão de decidir²⁴³.

Logo, a *ratio decidendi* tanto pode ser extraída de questões preliminares, necessárias para se chegar à análise de mérito ou do próprio caso, como de questões resolvidas em favor da parte que, ao final, restou vencida, além de pedidos cumulados e de múltiplas causas de pedir²⁴⁴.

Por fim, se no sistema de *Common Law* não se exige a indicação da *ratio decidendi* pelo julgador, no sistema de *Civil Law*, a *ratio decidendi* deve ser indicada na decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, do Código de Processo Civil vigente), o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482, do Código de Processo Civil vigente) e o julgamento por amostragem de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil vigente)²⁴⁵.

²⁴¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 259.

²⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p.433-434.

Os demais elementos componentes da decisão que deu origem ao precedente, tais quais os que não possuem influência direta no provimento decisório, que são apenas argumentos de passagem, ou, conforme definição de Tucci, que retratam apenas as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, constituem o chamado *obter dictum*²⁴⁶.

O *obter dictum*, então, é justamente o inverso da *ratio decidendi*, ou seja, é a proposição constante no julgamento, mas não necessária à decisão. Conforme Dias: “se uma proposição ou regra de Direito, constante de um caso ou questão não faz parte da *ratio decidendi*, é *obter dictum*, não obrigatória”²⁴⁷.

Para Marioni, *obter dictum* está relacionado às proposições relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu, sobre fatos hipotéticos ou questões que a decisão não esteja julgando. E acrescenta que, comumente, “o *obter dictum* não gera amplo debate entre os julgadores do colegiado, sendo um fundamento desnecessário para solucionar a questão proposta”²⁴⁸.

Apesar de ser elemento secundário do precedente judicial, prescindível para a norma jurídica individual, o *obter dictum* pode desempenhar três papéis, num ordenamento em que se adotam precedentes. O primeiro é de auxílio, não essencial e prescindível, na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão. O segundo é de sinalização de futura orientação do Tribunal ou de diretriz para o julgamento de questões que venham a ser suscitadas no futuro. O terceiro é de instrumento que pode conduzir à superação de um precedente judicial²⁴⁹.

A superação do precedente judicial do *obter dictum* decorre sua eficácia persuasiva que, por sua vez, varia conforme o tribunal de onde provém, do respeito de que goza o julgador na comunidade jurídica, da força dos argumentos utilizados e do grau de relação do *obter dictum* com a questão principal²⁵⁰.

Outra função do *obter dictum* no sistema jurídico brasileiro é servir de instrumento para a elaboração de recurso fundado em controvérsia. É dizer, o voto

²⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

²⁴⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140.

²⁴⁸ MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 279.

²⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, p. 430.

²⁵⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p.88.

vencido num julgamento colegiado – típico *obiter dictum*, já que é tese jurídica que não conduziu à norma jurídica individual –, serve para a elaboração do recurso de embargos infringentes (arts. 530 a 534, do Código de Processo Civil vigente)²⁵¹.

Dessa feita, uma vez apresentados os aspectos relativos ao conceito e interpretação do precedente judicial, tem lugar a discussão acerca de sua aplicabilidade.

A aplicação do precedente somente estará avalizada pelo sistema no qual se enquadra, a partir do momento em que se constatar a identidade entre o objeto das demandas. Neste sentido, Porto traz que:

O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional²⁵².

Ainda, diante da necessidade de que se caracterize uma clara identidade entre as demandas para que haja a aplicação do precedente, Souza aponta que:

Em linhas gerais, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos. Consequentemente, o precedente não será seguido²⁵³.

Por fim, é importante destacar que o fato de haver um precedente condicionando, a princípio, o julgamento de um caso posto à apreciação do Judiciário, não significa que o juiz se transforme em um mero instrumento de justiça, isto é, a quem simplesmente incumbiria dizer aplicável determinado precedente, encerrando o caso, se assim fosse, de forma singela. Neste sentido, Didier Júnior, Braga e Oliveira apontam que:

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou

²⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, p. 431.

²⁵² PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Portoformatado.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

²⁵³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 143.

afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional. Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*²⁵⁴.

Assim, quanto às técnicas de aplicação e superação do precedente judicial, têm-se o *distinguishing*, o *overruling* – que são as técnicas principais –, o *sinaling*, a *transformation*, o *overriding* e o *drawing of inconsistent distinctions*.

No tocante ao *distinguishing*, esta representa uma técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente, sendo utilizada para os casos em que houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma (precedente invocável), seja por ausência de coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e os que serviram de base à *ratio decidendi* constante do precedente, seja porque, ainda que exista certa aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento permite o afastamento da aplicação do precedente²⁵⁵.

A técnica do *distinguishing* característica do sistema de *Common Law*, mas, ainda assim, vem abrangendo cada vez mais os demais domínios e tradições jurídicas, sendo evidente que, quanto mais rígida for a aderência ao precedente judicial, mais frequente será o seu emprego²⁵⁶.

No sistema de *Common Law*, quando da aplicação da *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso que a originou com o caso sob julgamento, analisando-se as circunstâncias de ambos. Esta diferenciação ou distinção de casos assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação de precedentes, ou seja, o *distinguishing*, pois, expressa a distinção entre demandas judiciais para o efeito de se subordinar ou não o caso sob julgamento a determinado precedente²⁵⁷.

Em situações de *distinguishing*, o caso a ser julgado apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal. Assim, embora possa permanecer inalterada a norma de interpretação, que

²⁵⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144-145.

²⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 392.

²⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470.

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 326.

é a norma jurídica em si mesma, a norma de decisão não reproduz a literalidade da primeira, o que ocorre em razão de determinadas circunstâncias fáticas que recomendam o afastamento da regra, situações estas, por vezes, nem mesmo previstas no âmbito do precedente²⁵⁸.

De maneira prática, o *distinguishing* pode se manifestar de duas formas: pelo reconhecimento de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada, justificada por circunstâncias especiais no caso em julgamento; ou pelo estabelecimento de uma exceção indireta (*indirect exception, circumvention* ou *fact-adjusting*), hipótese em que os fatos do caso presente são reclassificados como algo diferente, com o fito de evitar a aplicação do precedente judicial. Trata-se, portanto, de um só ato de distinção baseado nos elementos fáticos do precedente, diferenciando-se as exceções entre direta e indireta, tão somente, no plano da estratégia argumentativa, tendo em vista a ênfase que é dada, no primeiro caso, à premissa maior (normativa) e, no segundo caso, à premissa menor (fática), do silogismo jurídico²⁵⁹.

A técnica do *distinguishing* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida, mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza um argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido ao precedente. No primeiro caso (redução teleológica), opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento a contrario), a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências não podem ser aplicadas aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência²⁶⁰.

Dentre as técnicas utilizadas para evitar a aplicação de um precedente, a da distinção entre os casos (*distinguishing*) é a mais comum, uma vez que se encontra relacionada à noção de fatos fundamentais (*material facts*), na medida em que, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de

²⁵⁸ LAGO, Rodrigo. **O *distinguishing* e a preservação da jurisprudência no julgamento do mensalão**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-distinguishing-e-a-preservacao-da-jurisprudencia-no-julgamento-do-mensalao>>. Acesso em: 30 de mai. 2015.

²⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

²⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 473.

generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior (em julgamento), os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos, com o consequente afastamento do precedente. Ademais, o que é razoável distinguir em cada caso, contudo, depende da análise da demanda em particular²⁶¹.

Quanto aos fundamentos da utilização do *distinguishing*, tem-se que:

A partir do momento em que os precedentes vinculam, a única chance que a parte tem de se sagrar vencedora quando um precedente está na “contramão” da sua pretensão é demonstrando que o seu caso difere substancialmente dos precedentes; daí resulta claro a importância do processo de distinção. (...) O fato é que nenhum caso é igual a outro, e, se forem iguais, existem mecanismos legais que impedem o re julgamento do segundo, de modo que estamos tratando de casos que se assemelham, mas entre os quais existe uma diferença que torna o precedente inaplicável. (...) Todos os casos submetidos ao Judiciário contêm diferenças entre si, vez que, se forem idênticos, estaremos diante do fenômeno da duplicidade de ações (litispendência), porém os casos, quando postos em comparação, podem conter semelhanças que justifiquem a aplicação ao caso que está sendo julgado *da ratio decidendi* precedente. Não há uma fórmula que identifique com precisão que tipo de diferenças podem justificar a não aplicação do precedente, cabendo a cada juiz fazer a sua análise e ao tribunal que elaborou o precedente verificar, quando cabível, se o *distinguishing* foi corretamente feito²⁶².

A importância do *distinguishing* está no fato de que, para a aplicação de qualquer texto jurídico, incluindo os formalmente legislativos, há a necessidade de um contínuo trabalho de diferenciação ou distinção entre os fatos concretos e o suporte fático da norma que se pretende subsumir.²⁶³

Assim, se determinada hipótese fática ou certa tensão principiológica não foi resolvido *a priori* pelo legislador, o tribunal, ante a vedação ao *non liquet* e o dever funcional de solucionar a conflito social encerrada no litígio, a partir de um esforço hermenêutico e democrático-dialético, pautado no contraditório, criará a norma jurídica aplicável, a qual forma a *ratio decidendi* do precedente, cuja eficácia é, no mínimo, persuasiva em relação ao próprio tribunal e à jurisdição inferior. Por conseguinte, no nível do precedente, a distinção dos fatos (ou *distinguish*) alcança

²⁶¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 142-143.

²⁶² NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito brasileiro e comparado**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 212.

²⁶³ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare decisis* e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30051/stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico/1>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

muito maior relevância, vez que a norma jurídica de base jurisprudencial é bem mais específica e delimitada que a regra de direito de origem doutrinária ou legislativa²⁶⁴.

Também tem relevância mencionar que o *distinguishing* corre o risco do mau uso, quando do afastamento inadequado de precedentes que deveriam ser aplicados. Logo, se é cogitável que um precedente tem cabimento no caso em julgamento, é bastante provável que os fatos da espécie e do paradigma não ostentem grande diferença. A distinção, então, quase sempre decorrerá de nuances ou especificidades fáticas presentes nas circunstâncias, e não nos fatos fundamentais, já que, se este fosse o caso, muito provavelmente, o paradigma sequer seria invocado. Isto demonstra o nível de cautela que precisa ser adotada na utilização do *distinguishing* que, se deixado de lado quando necessário, nega à decisão conformidade com a justiça distributiva, ao passo que, se aplicado fora das hipóteses legais, viola frontalmente o princípio da igualdade²⁶⁵.

Diante de tal cenário, Souza faz referência a um “poder de distinguir” concedido aos magistrados, o qual é necessário para conferir flexibilidade ao sistema e permitir a realização da “justiça no caso concreto”. Porém, este poder, se “levado ao extremo”, tem o condão de “ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia”, além de conduzir a um estado de dúvida relativamente à real vinculação dos juízes e tribunais aos precedentes obrigatórios, o que, por sua vez, pode ocasionar a falência do sistema²⁶⁶.

Para Marinoni:

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm. Ademais, reconhece-se, na cultura do *Common Law*, que o juiz é facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes. Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto,

²⁶⁴ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare decisis* e teoria do precedendo judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30051/stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico/1>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁶⁵ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare decisis* e teoria do precedendo judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30051/stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico/1>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁶⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 2reimpr. Curitiba: Juruá, 2013, p. 145.

há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente²⁶⁷.

Ademais, é necessário saber que, cada vez que um precedente é afastado, há a edição tácita de um adendo ou emenda que restringe ainda mais o seu âmbito de aplicação. E sobre isso, Lima afirma que, embora não altere o precedente tal como o *overruling*, que efetivamente revoga ou reforma o entendimento jurisprudencial consolidado, o *distinguishing* é uma técnica de “quase superação” da *ratio decidendi*, na medida em que “a não incidência do precedente a um determinado caso retira-lhe uma margem de aplicação que pode enfraquecê-lo”, sobretudo quando há distinção reiterada entre o paradigma e os casos confrontados²⁶⁸.

Por conseguinte, ainda conforme Lima, a distinção entre os casos deve ostentar relevo suficiente para autorizar a Corte a não seguir o precedente, “sob pena de a irregular operação de confronto entre os casos ser facilmente apontada pelos advogados e por outros julgadores, prejudicando consideravelmente a reputação do julgador”²⁶⁹.

Já no que se refere ao *overruling*, esta é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*, representado, assim, não somente a aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais, como também a superação do precedente. Tal como a revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o tribunal manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito²⁷⁰.

A justificativa da superação do precedente pelo *overruling* se dá diante de uma série de razões que importam em inequívoca injustiça da *ratio decidendi*

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-326.

²⁶⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209-210.

²⁶⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

²⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 395.

vigente, forçando o tribunal a uma revisão no entendimento, tais como a modificação das condições econômicas, políticas, culturais e sociais de determinado povo²⁷¹.

Além dessas, a mudança de composição do tribunal que elaborou o precedente e a alteração dos valores sociais também são elementos que ocasionam a substituição do julgado paradigma²⁷².

Pode ocorrer, ainda, de um provimento posterior do Poder Legislativo (lei em sentido estrito) revogar dispositivo normativo que servia de base à interpretação jurisprudencial, ou, até mesmo, contrariar frontalmente o conteúdo de determinado precedente, uma vez que, inclusive na Inglaterra, “o precedente está subordinado à legislação como fonte do Direito”, de sorte que “um *statute*²⁷³ pode sempre ab-rogar os efeitos de uma decisão judicial, e os tribunais se consideram obrigados a cumprir a legislação”²⁷⁴.

Assim, na sistemática do *stare decisis*, a mudança de orientação jurisprudencial exige sempre motivação pela corte, a qual, quando se abstém deste dever, é usualmente tachada de autoritária pelas instâncias sociais.

Outro ponto importante acerca do *overruling* é que este não é sinônimo de *overriding*, que será apresentado adiante.

Conforme Lima, “o *overriding* refere-se à prática de restringir o âmbito de aplicação de um precedente judicial em julgamento posterior”, pelo que se assemelha a uma revogação parcial da orientação jurisprudencial pretérita, limitando-se o alcance da *holding* extraída no primeiro julgamento²⁷⁵.

Cabe ainda mencionar a distinção entre o *overruling* e o *reversal*. Neste caso, não há propriamente revogação do precedente, mas reforma pelo órgão ad quem da decisão prolatada pela instância inferior, a qual aplicou equivocadamente a ordem jurídica ao caso – hipótese que ocorre, no mais das vezes, para adequar o

²⁷¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

²⁷² NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito brasileiro e comparado**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 199-200.

²⁷³ *Statute*, na Inglaterra, refere-se a um dos nomes conferidos ao ato normativo emanado do Poder Legislativo.

²⁷⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito brasileiro e comparado**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 193-194.

²⁷⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

juízo de primeiro grau aos precedentes emanados pela corte revisora²⁷⁶.

Por fim, registra-se a distinção entre *overruling* e conflito de precedentes (*conflict over time*). Aqui, enquanto o *overruling* é uma mudança de opinião consciente feita pelo tribunal que leva a sério a função dos precedentes, o *conflict over time* decorre normalmente da “falta de conhecimento acerca da existência de um precedente em sentido contrário ou da falta de consideração acerca do papel que precedentes consistentes têm em um sistema legal”²⁷⁷, circunstâncias muito comuns nos tribunais brasileiros.

Apresentadas as duas principais técnicas de superação e aplicação do precedente judicial, tem-se os casos em que o tribunal, ainda que não revogue o precedente, também não realiza um adequado *distinguishing*, deixando evidente que o caso em julgamento não se diferencia, em essência, dos que já haviam sido apreciados para a formação da jurisprudência vigente, como é o caso da denominada “técnica da sinalização” (*signaling*).

Nesta técnica, o tribunal reconhece que o conteúdo do precedente está equivocado ou, pelas mais diversas razões, não mais deve subsistir. Apesar disso, em respeito à segurança jurídica, a corte aplica a interpretação do julgado anterior e deixa de revogá-la, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para sua futura revogação²⁷⁸.

Ainda segundo Marioni:

Nesta situação, o tribunal tem consciência de que o *distinguishing* não é possível, pois a solução que se pretende dar à questão é logicamente incompatível com a *ratio decidendi* do precedente. A exceção que derivaria do *distinguishing* não guardaria lógica com a manutenção do precedente. Não obstante, também sabe a corte que a revogação do precedente, diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada à comunidade. Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide de que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época²⁷⁹.

²⁷⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209.

²⁷⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito brasileiro e comparado**. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, p. 198.

²⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

Assim, de acordo com o *signaling*, o tribunal comunica à sociedade e, sobretudo, aos advogados, que o precedente que até então orientava a atividade dos jurisdicionados e a estratégia dos agentes do Direito será revogado. O resultado disso é procurar evitar que alguém atue em conformidade com o Direito jurisprudencial e, ainda assim, seja prejudicado em sua esfera patrimonial.

Essa sistemática permite que os litigantes não sejam surpreendidos pela mudança de orientação da corte, já que a decisão do caso em apreço será pautada pela *ratio decidendi* em vias de revogação, ficando as partes e a comunidade jurídica cientes de que, para os casos futuros, deve-se levar em consideração a superação do precedente sinalizado.

Marinoni completa que, embora parte da doutrina sustente que o objetivo maior do *signaling* seja tutelar a justificada confiança da população na previsibilidade das decisões judiciais, ante a sistemática do *stare decisis*, tal objetivo poderia ser alcançado com a mera atribuição de efeitos puramente prospectivos ao *overruling*²⁸⁰.

Com efeito, os tribunais norte-americanos, de fato, já se utilizaram da faculdade de conferir à superação dos precedentes efeitos exclusivamente futuros: mantém-se, no julgamento em apreço, a *ratio decidendi* vigente, ao passo que se declara, desde já, a revogação do acórdão enquanto paradigma. Defensores da técnica da sinalização, contudo, afirmam que esta permite uma melhor modulação futura dos efeitos do *overruling*, na medida em que se torna possível observar o impacto da sinalização no plano social²⁸¹.

Ainda seguindo a noção intermediária de técnica de superação e aplicação do precedente judicial, por não se classificar nem como *distinguishing* e nem como *overruling*, a *transformation* é uma modificação substancial no conteúdo do precedente desprovida de manifestação expressa do tribunal no sentido da revogação e que consiste na imputação de relevância aos fatos que, no precedente, foram considerados apenas de passagem, atribuindo-lhes nova configuração²⁸².

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 340.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 341.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 346.

Por essa característica, “tanto a *transformation* quanto o *overruling* envolvem a completa revogação de um precedente”, sendo que “a distinção entre os dois modelos é frequentemente mais formal do que substantiva”²⁸³.

Indo mais além, enquanto no *overruling*, há uma incontestável revogação do precedente, fundada na absoluta incompatibilidade da decisão que está sendo prolatada com a decisão-paradigma, na *transformation*, por sua vez, tenta-se, no mais das vezes, compatibilizar o precedente com o resultado alcançado no caso sob julgamento, daí poder-se apontar que o *overruling* se apresenta como uma mudança de posicionamento mais drástica que a qualificada como *transformation*. Fala-se, assim, não em revogação do precedente, mas em atualização, conformação, releitura ou “transformação” do julgado, pelo que o instituto se revela menos gravoso que revogação abrupta que caracteriza o *overruling*²⁸⁴.

Logo, quando a comparação é feita com base na revogação do paradigma, a *transformation* tem a vantagem de conferir uma maior estabilidade ao sistema de precedentes, na medida em que não implica o reconhecimento necessário da ocorrência de erro no julgamento anterior. Na verdade, no *overruling*, a corte admite não apenas um equívoco na tese jurídica que embasou as decisões pretéritas, mas, também, uma verdadeira falha nos julgamentos efetuados, cujo resultado poderia ter sido inverso se inexistente a *ratio decidendi* superada. Na *transformation*, diversamente, limita-se o tribunal a adequar a tese constante do precedente ao resultado do julgamento que pretende prolatar, deixando de negá-la por completo (caso do *overruling*) e tampouco abrindo uma exceção pautada em critérios estritamente fáticos (hipótese do *distinguishing*)²⁸⁵.

Ainda assim, a técnica da *transformation* tem, como inconveniente, o fato de dificultar o entendimento, por parte das cortes inferiores, do novo significado outorgado ao precedente, e isto se dá na medida em que se modifica o resultado do julgamento sem negar vigência ao antecedente, cria-se um estado de indefinição que faz tormentosa a tarefa de interpretar o paradigma. Segundo Marinoni, tal

²⁸³ EISENBERG, Melvin, citado por MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 342.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 343.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 344.

problemática resulta precisamente da “artificialidade” da *transformation*, consistente na falsa ideia de que o respeito ao precedente ainda estaria sendo preservado²⁸⁶.

Anteriormente mencionado, o *overriding* – predominante em países como os Estados Unidos – refere-se à técnica mediante a qual o tribunal, sem adotar uma revogação expressa, limita ou restringe o âmbito de incidência de determinado precedente²⁸⁷.

Essa técnica é similar a uma revogação parcial, mas não se constitui efetivamente em uma, uma vez que não se cogita da invalidação do precedente, mas, sim, da inaplicabilidade da integralidade do paradigma a determinado caso concreto, tendo em vista a existência de novas condicionantes sociais²⁸⁸.

A aplicação de um precedente, sem que este seja revogado, é o que mais aproxima o *overriding* do *distinguishing*, sendo que a diferença entre estas duas técnicas está que, no *overriding*, o julgador não se pauta por distinções factuais, mas, sim, baliza sua decisão em lei ou entendimento superveniente fundado em proposições sociais incompatíveis com as que, outrora, justificaram a formação do precedente.

Isso quer dizer que não se nega a validade do precedente à luz do estado de coisas vigente ao momento de sua edição, assim como também não se declara a impropriedade da *ratio decidendi* e muito menos a incorreção dos julgados pretéritos que nela se baseiam. Afirma-se, então, que, no estágio de desenvolvimento social ao tempo do segundo julgamento, e tendo em vista a atual concepção moral que comporta a sociedade, é de se superar parte do entendimento constante do paradigma para um julgamento eficaz do conflito sub examine.

Segundo Marinoni:

O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado. A distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente. Como explica Eisenberg, em teoria, o *overriding* poderia ser visto apenas como um caso especial de desvinculação

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 344.

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 346.

²⁸⁸ LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

(*hivingoff*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente. Portanto, há nova situação e novo entendimento no plano dos tribunais ou da academia, capaz de não permitir que caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma. A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. É por isso que, embora o *overriding* não signifique revogação, o seu resultado, do mesmo modo que aquele a que se chegou com o *overruling*, é incompatível com o precedente²⁸⁹.

Ainda quanto ao *overriding*, este é uma forma de analisar uma questão não abordada no precedente, de maneira independente, e considerando-se as condições sociais que inspiraram a adoção da *ratio decidendi*. Na prática, porém, verifica-se que as cortes, muitas vezes, revogam parcialmente uma doutrina sob as mesmas condições sociais vigentes quando da edição originária do precedente. Nestas circunstâncias, o *overriding* nada mais se revela do que uma revogação parcial e implícita do precedente²⁹⁰.

Finalmente, quanto à técnica de superação e aplicação do precedente judicial conhecida como *drawing of inconsistent distinctions*, tem-se que esta se dá no âmbito dos procedimentos de interpretação, aplicação e superação de precedentes, estando relacionada ao artifício pelo qual o tribunal, sem revogar o precedente que o obriga, deixa de aplicar parte de determinado entendimento, à semelhança do que ocorre com o *overriding*.

A diferença, aqui está no fato de que a tese que se adota no julgamento corrente não é compatível com a *ratio decidendi* do paradigma, precisamente porque inexistem novas condicionantes sociais ou legais. E é justamente por isso que se diz que a distinção suscitada pela corte é “inconsistente”, vez que não resiste a uma análise de compatibilidade entre os valores fundantes da distinção e aqueles que inspiraram o precedente²⁹¹.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 346.

²⁹⁰ EISENBERG, Melvin, citado por PORTES, Maira. **Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de Common Law**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 349.

Levando-se em conta que a consistência é um atributo desejável para os precedentes, a utilização de distinções inconsistentes pode parecer inadequada, devendo as cortes se limitar a aplicar os precedentes de forma coerente, ampliando seu alcance pelo uso de uma interpretação extensiva ou afastando sua aplicação mediante técnicas de diferenciação (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*).

Nesse ponto, Marioni lembra de Ronald Dworkin, ao apontar que este, quando da elaboração da teoria do Direito como integridade, sustenta que as proposições jurídicas são verdadeiras quando comportam ou derivam de princípios de justiça, isonomia e constituem o devido processo pelo qual proveem a melhor construção interpretativa da prática jurídica da comunidade²⁹².

Por tudo que foi dito, se tem uma clara diferenciação entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*, pois países que adotam a *Civil Law*, como o Brasil, por exemplo, apresentam uma tendência a sistematizar os princípios morais de seu povo, codificando-os e convertendo-os em leis escritas, em especial na Constituição, com um rol extensivo de princípios e garantias fundamentais.

Por sua vez, nas nações onde a *Common Law* é sistema adotado, inexiste a necessidade premente de se positivar e codificar estes princípios, bastando que eles existam, para serem considerados pelos tribunais.

Apesar das diferenças entre os sistemas, na atual quadra história do constitucionalismo e da democracia, o que se tem, seja no *Civil Law*, seja no *Common Law*, é a necessidade de proteção à segurança e à previsibilidade, valores fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Esta previsibilidade e segurança jurídica, todavia, não advém de um legalismo exegeta, uma vez ser inegável que o texto normativo, seja o texto da lei editada pelo parlamento ou o texto do precedente judicial, não pode ser aplicado e interpretado sem os fatos, motivo pelo qual em qualquer um dos sistemas a interpretação é questão fundamental na obtenção da norma jurídica individual para o caso²⁹³.

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 350.

²⁹³ Como bem observam Lênio Streck e Georges Abboud, ao tratar da *ratio decidendi*: “Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ele deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que a solucionou (STRECK, Lênio Luiz. ABBOD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43).

A aplicação e reconhecimento do precedente judicial no Brasil mostram-se como um grande avanço, em especial pelo respeito devido à história institucional de uma comunidade. Este respeito é que garantirá a previsibilidade e segurança jurídica.

Porém, o que não se pode admitir é a ideia recorrente de que o precedente judicial poderia simplificar o Direito, “pasteorizando” a sua interpretação e aplicação, numa nova escola da exegese, agora fundamentada no “texto judicial” pronto, acabado e completo, para ser aplicado por simples subsunção aos fatos da vida.

A seguir, o trabalho apresentará as bases atuais do princípio do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, e que estes são indissociáveis, na aplicação e interpretação do texto normativo, inclusive do precedente judicial, posto se tratar de um texto.

Mais adiante, no item 4 deste trabalho, pretender-se-á entrelaçar (fundir) os referidos princípios – contraditório e fundamentação - à teoria da integridade proposta por Ronald Dworkin, com o objetivo de que desta imbricação se desvirtue a “síndrome” da discricionariedade judicial na aplicação e interpretação do precedente judicial.

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Antes de introduzir especificamente o tema do devido processo constitucional e sua relação com o precedente judicial, tendo como base os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, faz-se necessária uma observação no que se refere à opção metodológica adotada no presente estudo.

Dessa feita, é importante destacar que, neste estudo, e conforme já mencionado, não se toma como marco teórico para as conclusões a que se pretende chegar, a teoria procedimentalista de Jünger Habermas²⁹⁴, mas sim, a teoria substancialista e construtivista de Ronald Dworkin²⁹⁵. Ademais, cabe ressaltar que o estudo não intenta discutir procedimentalismo *versus* substancialismo, sendo tal discussão algo que foge aos limites do presente trabalho.

O que se pretende, ao final, é estabelecer que o contraditório, na qualidade de princípio jurídico (*principles*), na concepção de Dworkin, não pode ser abortado, afastado, por razões instrumentais-estratégicas, seja na aplicação do texto da lei ou do texto do precedente judicial.

Ainda assim, as concepções de Jünger Habermas acerca do Estado Democrático de Direito e da construção da norma jurídica pelos seus destinatários, de forma procedimental e participativa (co-originalidade), são importantes na definição do modelo constitucional de processo, em especial para estabelecer o conteúdo do princípio do contraditório.

As ideais de Habermas interessam ao presente trabalho, no desenvolvimento do conteúdo e da substância do princípio do contraditório, em especial como direito fundamental das partes processuais na construção do provimento que lhes afetará, de forma participada e discursiva.

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Ressalte-se que Dworkin, ao desenvolver a sua teoria da integridade do Direito, estabelece entre uma das suas as quatro virtudes, além da coerência, integridade e igualdade, a virtude do devido processo legal.

Ao identificar, em sua teoria, tais virtudes, Dworkin considera que a igualdade constituiria “uma questão de encontrar os procedimentos (...) que distribuem o poder político da maneira adequada”, isto é, permite que os cidadãos tenham “mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam”²⁹⁶.

O devido processo legal para Dworkin, diz respeito a certos procedimentos pré-definidos para o julgamento de qualquer cidadão, ou seja, “que os tribunais [...] usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas [...] como devem ser tratadas as pessoas em tal situação”²⁹⁷.

A teoria habermasiana defende os procedimentos de criação democrática do Direito, protegendo o direito de todos participarem de forma igualitária da discursividade produtora dos sentidos jurídicos²⁹⁸. Assim, é indispensável a institucionalização de espaços imparciais, a partir de um procedimento que permita a inclusão de todos os cidadãos nos ambientes discursivos. Deste modo, a fundamentação das normas jurídicas é resultado de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do Direito.

Transferida a concepção discursiva habermasiana para o procedimento judicial de produção da norma jurídica (sentença), a sua ideia de participação e co-originalidade se identificam com a concepção contemporânea do princípio do contraditório, em especial suas vertentes de influência e não surpresa. Mais especificamente ao presente trabalho, a importância de se garantir um procedimento discursivo na criação, aplicação e interpretação do precedente judicial.

Para Habermas a participação cidadã e o diálogo são fundamentais para a formação e justificação do Direito, sendo intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que evoque para si a tarefa de

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 201.

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

legislador político, limitando, desse modo, as potencialidades da sociedade civil de fazer chegar as suas demandas ao sistema político²⁹⁹.

O procedimento discursivo proposto por Habermas é, portanto, relevante para o presente estudo na medida em que apresenta fundamentos para constituir o conteúdo do princípio do contraditório, conteúdo este que está atrelado ao espaço de fala no processo judicial e, mais do que isso, de ter os seus argumentos levados em consideração, ainda que para rejeitá-los.

Neste sentido vale destacar que ambas as teorias concebem a decisão judicial como um problema democrático, a ser resolvido, de formas diferentes, mas com a mesma leitura forte dos princípios constitucionais³⁰⁰.

Uma compreensão contemporânea do processo jurisdicional democrático deve instituir e garantir uma ordem jurídica principiologicamente coerente e íntegra (Dworkin) e, ao mesmo tempo, viabilizar a participação, assegurando que as partes atuem, decisivamente, para a construção do provimento jurisdicional (Habermas)³⁰¹.

A partir do contraditório e do dever de fundamentação, com conteúdo discursivo, se garante às partes o direito de apresentar argumentos pelos quais entendem não ser aplicável ao caso o precedente ou que o mesmo deve ser superado, e ao mesmo tempo, garante que a decisão judicial levará em consideração tais argumentos, ainda que para rechaçá-los, sempre observando a história institucional da comunidade de princípios.

Portanto, não se desconhece as distintas bases das teorias de Dworkin (substancialismo) e Habermas (procedimentalismo), porém, nos limites deste trabalho, se pensa não haver incompatibilidade entre estes marcos teóricos, advertindo-se, novamente, que é a partir da concepção do que sejam argumentos de princípio (*principles*) e da integridade do Direito, propostas por Ronald Dworkin e

²⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29.

³⁰⁰ BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **8. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas**: Revista Jurídica do Cesusa, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013, p. 136. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 25 Jul. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i2.439>.

³⁰¹ BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **8. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas**: Revista Jurídica do Cesusa, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013, p. 136-138. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 25 Jul. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.17793/rjc.v1i2.439>.

discutidas nos itens 1.3. e 4.1. deste trabalho, que o estudo pretende apresentar as suas conclusões.

3.1 O princípio do contraditório: o processo como procedimento realizado em contraditório

Antes de se adentrar em uma perspectiva mais contemporânea e constitucional do princípio do contraditório, é preciso delinear as bases sobre as quais o mesmo se assentou e ainda encontra fundamento no Direito processual, isto porque, é a partir da teoria do processo que se define a concepção do princípio do contraditório.

Escapa aos limites do presente estudo, todavia, a pretensão de analisar os pensamentos dos autores clássicos do Direito processual como Carnelut, Calamandrei, Chiovenda, Couture e outros mais.

Porém, para delimitar o tema e direcionar a pesquisa, é preciso realizar uma pequena digressão cujo marco histórico basilar é a teoria da relação jurídica processual desenvolvida por Oscar Von Bülow³⁰², uma vez que é a partir desta teoria que se desenvolve o estudo do Direito processual com autonomia científica³⁰³ e didática³⁰⁴.

Segundo a teoria da relação jurídica de Bülow, o processo é entendido como um meio ou método de aplicação da jurisdição, esta, por sua vez, fundamentada no poder do Estado-juiz de dizer o direito no caso concreto, construída a partir da presunção de que o magistrado seria um sujeito possuidor de nobres qualidades³⁰⁵.

³⁰² BÜLOW, Oscar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 04.

³⁰³ Há quem afirme inexistir cientificidade na teoria de Bülow. Conforme LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

³⁰⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

³⁰⁵ Segundo Nunes: “O juiz, para Bülow, é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo *contra legem*”. (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102).

O processo em Bülow é um instrumento a serviço da jurisdição, ou seja, o processo é apenas um meio utilizado pelo Estado para a aplicação e criação do Direito a partir da clarividência do julgador:

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o Tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica [...] Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública³⁰⁶.

Apesar de demonstrar evidências do seu pensamento ainda em 1868, quando publicou a sua teoria das exceções dos pressupostos processuais, segundo André Leal, foi em obra publicada anos depois, em 1885, que Bülow³⁰⁷ deixa clara a sua ideia de discricionariedade e arbitrariedade da decisão judicial, colocando o processo a serviço da jurisdição estatal:

É a leitura, portanto, de *Gesetz und Richteramt*, de 1885, que permite entender, em sua integridade, a proposta de Bülow, cujo núcleo já estava presente em seu texto sobre as exceções processuais de 1868, mas que, não obstante, só fora exposta de forma sistemática, dezessete anos depois. Somente a partir dessa última obra é que Bülow se deixa compreender amplamente, tendo em vistas suas cogitações sobre a importância da magistratura na criação do direito a justificar o necessário reforço do poder da classe privilegiada dos juízes, sem os quais não seria possível o resgate da nação alemã da anomia em que se lançara em determinadas fases da sua história. Torna-se compreensível, nesse passo, o motivo pelo qual o processo não poderia mesmo ser abordado por Bülow sob as perspectivas privatísticas do contrato ou quase contrato, mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes. Diante da importância dos

³⁰⁶ BÜLOW, Oscar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003, p. 05-06.

³⁰⁷ Tal posição de Bülow fica evidente em passagem de sua obra citada por André Cordeiro Leal, donde se extrai: “Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à franqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com um selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso não sequer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas.” (LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 61).

magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto. Por esses motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador [...] Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã³⁰⁸.

Para a teoria da relação jurídica, ainda ampla e predominantemente difundida no Brasil, no processo não se estabelece “uma relação de coordenação, mas [...] de poder e sujeição, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução (processual e, pois, pacífica), dos conflitos e controvérsias”³⁰⁹.

Nessa concepção, o processo é um instrumento para a aplicação da jurisdição, ato de poder do Estado, que teria fundamentos metajurídicos (escopos)³¹⁰ de pacificação social³¹¹, hipoteticamente realizáveis por adjetivos pessoais do julgador. O magistrado, na aplicação do Direito, vale-se de “ideários axiológicos (bom senso, prudente arbítrio, relação adequada, justa causa, dentre outros)”³¹², para definir, segundo os seus juízos de convicção, quais seriam as aspirações sociais tuteladas e reveladas pelas decisões judiciais.

Daí ser possível afirmar que os escopos metajurídicos ou pré-jurídicos foram agregados ao processo e à jurisdição, cuja finalidade é veicular ideologias, na medida em que seus objetivos foram erigidos à margem do ordenamento jurídico. Para Gonçalves:

Os fins metajurídicos do processo não possuem critérios objetivos de aferição no Direito Processual Civil. Se o exercício da função jurisdicional se

³⁰⁸ LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 59-66.

³⁰⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

³¹⁰ As críticas de Fazzalari e Gonçalves à teoria de Bülow também se aplicam ao instrumentalismo processual de Dinamarco, que da mesma forma estabelece um protagonismo judicial, reforçando a atuação do juiz no processo, com possibilidade de fundamentar as suas decisões em escopos metajurídicos (fora do direito).

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

³¹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 112.

manifesta sob a disciplina do ordenamento jurídico, e nos limites por ele definidos, qualquer fim do processo só pode ser jurídico³¹³.

As críticas à teoria da relação jurídica, ainda antes da Constituição Federal de 1988, foram apresentadas à comunidade jurídica, principalmente por Elio Fazzalari³¹⁴ e a sua teoria do processo como procedimento realizado em contraditório que, no Brasil, foi difundida por Aroldo Plínio Gonçalves³¹⁵.

As críticas apresentadas por Fazzalari e Gonçalves são importantes para o presente estudo porque se desenvolvem a partir da redefinição do contraditório³¹⁶, que deixa de ser entendido como o simples direito formal de dizer e contradizer (bilateralidade formal), que, segundo os referidos autores, poderia ser a sua matéria, o seu conteúdo possível, mas não a sua essência.

Segundo Fazzalari e Gonçalves, o contraditório deveria ser entendido como o direito a igualdade de oportunidade no processo, que se fundaria na liberdade de todos perante a lei³¹⁷. Esta igualdade de oportunidade, por sua vez, é que comporia a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Constitui-se, necessariamente, da igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade que compõe a essência do contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo³¹⁸.

A assertiva parece conduzir à impensável possibilidade de uma parte estar no processo judicial em estado de sujeição perante a outra parte ou estado-juiz, uma vez que se encontram e devem estar em condições de igualdade.

³¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195.

³¹⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução de Eliana Nassif. Campinas: Brokseller, 2006.

³¹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 201.

³¹⁶ Vale destacar que o contraditório, nas concepções de Gonçalves e Fazzalari não possuía característica de princípio constitucional fundamental, pois a teoria de Gonçalves foi publicada no Brasil antes da Constituição de 1988 e de Fazzalari, em fase ainda embrionária do constitucionalismo contemporâneo. Por isso, a utilização nesta parte do trabalho do termo “contraditório” e não “princípio do contraditório”.

³¹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120.

³¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

Esse aspecto da concepção fazzalariana possui relevância na medida em que a teoria da relação jurídica tem a sua base fundada na ideia de direito subjetivo material, que foi transportada por Bülow para o direito processual (teoria da relação jurídica processual).

A relação jurídica de direito material – direito subjetivo – pressupunha um estado de sujeição de uma parte em relação à outra, podendo a primeira exigir da segunda um determinado comportamento. Transposta esta teoria para o direito processual, através da teoria Bülow, existiria no processo uma relação jurídica de subordinação entre as partes e entre estas e o magistrado no exercício da função jurisdicional³¹⁹. Daí as indagações de Gonçalves:

Que ser humano possui poder sobre a conduta de outro ser humano? Que pessoa tem poder sobre o ato de pessoa? Que vínculo pode conferir a um ente que o Direito reconhece como livre, tratando-o como sujeito de direitos e deveres, ao lhe reconhecer a personalidade, poder sobre outro ente igualmente livre, porque também dotado de personalidade, que também o torna igualmente sujeito de seus atos, agente e não instrumento do querer de outrem? [...] A doutrina contemporânea reconhece que o único ato imperativo que pode incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa é o ato imperativo do Estado, proferido segundo um procedimento regulado pelo Direito, que disciplina o próprio exercício do poder, manifeste-se ele no cumprimento de qualquer das funções do Estado, legislativa, administrativa ou jurisdicional. [...] Sublinhe-se que esse reconhecimento não tem como consequência a negação de direitos, que existem no plano da norma jurídica material, ou substancial, direitos que dela decorrem e se manifestam, se realizam nas situações jurídicas. É a força imperativa de uma vontade particular sobre o ato de outrem que se contesta. É por isso que a função jurisdicional é dita substitutiva. Por ela, a atividade do Estado se substitui à atividade do particular, quando um direito deve ser garantido, ou quando sua própria existência, perante o ato de outrem (ação ou omissão), deve ser apreciada e declarada. A atividade do Estado se substituiu à do particular quando um dever deve ser coativamente exigido e uma medida reparatória deve ser aplicada. O ato imperativo do Estado, o provimento, pode reparar direitos lesados, mas nenhum particular tem poder para, através do predomínio de sua vontade, vincular outro sujeito. Só ao ordenamento jurídico se pode reconhecer a força de atos de império, só pelos procedimentos, por ele definidos e regulados, tais atos podem ser admitidos. [...] faculdades e poderes não significam faculdades e poderes de um titular de direitos sobre atos de outras pessoas, mas são prerrogativas que derivam da norma e qualificam o ato do próprio agente em relação à sua própria conduta. Uma faculdade é a posição de vantagem do sujeito em relação a um bem e realiza-se pelo simples ato (conduta) sem necessidade

³¹⁹ Segundo Buzaid, a partir de Bülow, “o processo passa a ser considerado como relação jurídica, que se forma entre as partes e o juiz, investidos de direitos e sujeitos de obrigações; e, sendo o processo civil o instrumento de que serve o Estado para administrar a justiça, desloca-se do direito privado para o direito público. (BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87).

de prévias declarações de vontade, sendo que esta constitui a consciente determinação para o ato³²⁰.

A ideia de direito subjetivo, segundo Fazzalari e Gonçalves, seria incompatível com o processo judicial, uma vez que as partes em juízo deveriam ser tratadas a partir do princípio da isonomia, o que Fazzalari denominou de “paridade de armas” ou “simétrica paridade”:

A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação³²¹.

Segundo Fazzalari e Gonçalves, não existiria subordinação de uma parte em face da outra ou do Estado-juiz no âmbito do processo jurisdicional, sendo que, a negligência da parte à prática do ato processual no espaço procedimental fixado pela lei ou pelo magistrado (quando autorizado pela lei), se converteria em ônus processuais em seu desfavor:

[...] não há como admitir que no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo. No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. [...] Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão³²².

Nessa perspectiva, o que existiria no procedimento seriam ônus processuais das partes, diante da negligência da prática do ato processual no espaço-tempo

³²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 93-98.

³²¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 97.

³²² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 98-99.

fixado, mas não vínculo de subordinação que permitisse uma parte exigir da outra a prática de um determinado ato:

Tal estrutura [procedimento] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolha, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados³²³.

Fazzalari, então, propõe uma distinção lógica³²⁴ entre os conceitos de processo e procedimento: o processo é espécie do gênero procedimento, e o que irá distingui-los é a presença do contraditório³²⁵.

O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possuiu sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto³²⁶.

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas. [...] No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade

³²³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução de Eliana Nassif. Campinas: Brokseller, 2006, p. 119-120.

³²⁴ Segundo Gonçalves: “Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68).

³²⁵ FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

³²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112.

desse ato e, conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento³²⁷.

Por sua vez, o processo é o procedimento qualificado pela presença do contraditório. Logo, haverá processo, sempre que na estrutura procedimental estiver presente o contraditório, ou seja, a oportunidade de participação em simétrica paridade. “A estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”³²⁸ que define o processo.

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão os seus efeitos³²⁹.

Essa estrutura dialética do processo consistiria:

[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados³³⁰.

Fazzalari, ao propor uma distinção lógica entre processo e procedimento, desenvolve também uma teoria do provimento judicial como a resultante da atuação do processo³³¹. Nessa perspectiva, a validade do provimento passa a estar subordinada à observância do procedimento. Fazzalari apreende que todo provimento estatal tem origem no procedimento (ou no processo, se o procedimento é realizado em contraditório) que o prepara³³²:

³²⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 108-110.

³²⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução de Eliana Nassif. Campinas: Brokseller, 2006, p. 119-120.

³²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

³³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112.

³³¹ LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 113.

³³² LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 113.

O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ele estabelece. [...] O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum iuris* dessas pessoas³³³.

É exatamente deslocamento do eixo central dos estudos da ciência processual da jurisdição para o processo, a maior contribuição de Fazzalari, pois:

Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo, portanto, o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão autores da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as consequências da decisão) na revelação do sentido da Constituição³³⁴.

Daí que a grande atributo da teoria fazzalariana foi a de deslocar o eixo do estudo do Direito processual, na teoria de Bülow centrado na jurisdição, para o processo, este concebido como um procedimento realizado em contraditório, no qual o contraditório significa o direito de participação procedimental em simétrica paridade nos atos que preparam o provimento jurisdicional.

³³³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 112.

³³⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 63.

3.2 A perspectiva contemporânea do princípio do contraditório: o direito de influência e de não surpresa

Com a publicação da Constituição de 1988, na qual o povo consagrou o Estado Democrático de Direito³³⁵, as ideias de Fazzalari e Gonçalves³³⁶ foram sendo encorpadas por novas bases estruturantes do princípio do contraditório, a partir do modelo constitucional de processo.

Segundo o que vem sendo apresentado, o Estado Democrático de Direito pode ser entendido, desde uma perspectiva discursiva, como a institucionalização jurídica de canais de comunicação público-política a respeito de razões éticas, morais, pragmáticas e de coerência jurídica, cujo fluxo comunicativo conformará e informará o processo legislativo de justificação e o processo jurisdicional de aplicação imparcial do Direito democraticamente fundado³³⁷.

Nesse modelo³³⁸, o Direito realiza a sua pretensão de legitimidade e de certeza, através, por um lado, da reconstrução argumentativa no processo da

³³⁵ De acordo com Bahia: “O Estado Democrático de Direito pode ser entendido, desde uma perspectiva discursiva, como ‘a institucionalização jurídica de canais de comunicação público-política a respeito de razões éticas, morais, pragmáticas e de coerência jurídica. É precisamente esse fluxo comunicativo que conformará e informará o processo legislativo de justificação e o processo jurisdicional de aplicação imparcial do Direito democraticamente fundado’” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315).

³³⁶ Vale lembrar que os autores escreveram suas obras em uma fase muito diversa da difusão em nível mundial das teorias contemporâneas do constitucionalismo e democracia.

³³⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. *Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315.

³³⁸ Preferimos o termo “modelo” ao invés de “paradigma” diante da necessidade de maiores esclarecimentos sobre este segundo termo, que fogem aos limites deste trabalho. Todavia, há quem identifique o Estado Democrático de Direito como um paradigma, cuja utilização do termo é assim justificada: “uma conexão entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, e também subjetivamente, através da imagem que os juristas fazem dos seus contextos sociais”. Assim, ficaria claro que os teóricos do Direito não somente interpretam as distintas proposições normativas a partir do contexto que essas proposições se encontram no corpus do Direito considerado em conjunto, mas também desde o horizonte de uma pré-compreensão da sociedade contemporânea, a qual resulta retora em todo o trabalho de interpretação. Nesse aspecto, a interpretação jurídica é sempre também uma resposta aos desafios de uma situação social percebida de determinada maneira [...]. Aquilo a que os autores ou agentes realmente respondem e realmente respondem com suas decisões e razões, só poderá ser entendido se se conhecer a imagem que esses autores implicitamente fazem da sua sociedade, se se sabe quais estruturas, operações, resultados, rendimentos, potenciais, perigos e riscos atribuem à sua sociedade, à luz da tarefa que esses autores se propõem, a saber, a tarefa de realizar os direitos e de aplicar o direito. O uso da noção de paradigma jurídico pretende estabilizar a

situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual, dentre as normas jurídicas válidas, é que deve ser aplicada, em razão da sua adequação ao caso concreto³³⁹.

Porém, a argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada, está submetida à garantia processual da participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional, razão pela qual, o contraditório é uma das garantias centrais (eixo interpretativo) dos discursos de aplicação jurídica institucional e condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional sendo o processo um procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de uma decisão compartilhada³⁴⁰.

Nessa perspectiva, o processo como garantidor da geração de uma decisão compartilhada resulta da associação entre a perspectiva reconstrutiva da teoria do

tensão entre realidade e idealidade, pois, segundo tal noção, haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada 'percepção' do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. De toda sorte, de um ponto de vista metodológico, a tensão entre as análises histórica e teórica, entre a perspectiva empírica de um observador/historiador, que buscaria explicar os contextos históricos-sociais subjacentes à prática jurídica, e a perspectiva normativa de um operador/teórico- pragmático, que garantiria no máximo uma 'metodologia sem métodos', pode ter reduzida a sua complexidade através da noção de "paradigma jurídico". As ordens jurídicas concretas representam não só distintas variantes da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas se refletem também paradigmas jurídicos distintos. Entendo como tais as ideias típicas e exemplares de uma comunidade jurídica acerca da questão de como se pode realizar o sistema dos direitos e os princípios do Estado de Direito no contexto efetivamente percebido da sociedade dada em cada caso. Um paradigma jurídico explica, com ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entender-se e "manejar-se" os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto dado as funções que normalmente lhes atribui. Um 'modelo social de Direito' (Wieacker) representa algo assim como a teoria implícita que da sociedade tem o sistema jurídico, quer dizer, a imagem que este se faz do seu ambiente social. O paradigma jurídico indica então como no marco de tal modelo podem entender-se e realizar-se os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito. Porém, esclarece Oliveira que: "A tentativa, todavia, de se reduzir a complexidade da interpretação jurídica através da reconstrução de um paradigma jurídico concreto, como o paradigma liberal e o paradigma social, estabelecendo um horizonte histórico de sentido para a prática jurídica, só retiraria em parte dos ombros do juiz a tarefa hercúlea de pôr em relação os traços relevantes de uma situação concreta, apreendida de forma a mais completa possível, com todo um conjunto de normas em princípio aplicáveis, pois o reconhecimento de que há paradigmas jurídicos que informam e conformam a prática jurídica leva hoje a uma disputa não só teórico-jurídica, mas política acerca de qual dentre eles é o adequado à compreensão do Direito. (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 197-199 e 204-205).

³³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001, p. 336.

³⁴⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315.

direito e da democracia (Habermas) e a tese formulada por Fazzalari³⁴¹, e difundida por Gonçalves³⁴², concebendo o processo³⁴³ como procedimento em contraditório.

Daí que, considerando a vinculação do exercício da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito, mostra-se fundamental assegurar a participação dos sujeitos processuais na construção do provimento, o que se dá através do processo constitucional, permeado, dentre outras garantias, pelo contraditório.

O princípio do contraditório, então, passa a representar a garantia do cidadão de participar como co-autor na construção do provimento e, nesta perspectiva, de influenciar a formação da decisão e de não ser surpreendido por decisão fundamentada em questão que não tenha sido submetida ao prévio procedimento argumentativo e discursivo das partes processuais (partes, juiz, ministério público).

Essa leitura do princípio do contraditório foi amplamente pesquisada por Dierle Nunes³⁴⁴, segundo o qual, a visão do processo constitucional discursivo fundado na comparticipação e policentrismo exige uma leitura do princípio do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo, sendo elemento normativo estrutural da comparticipação.

Exige-se, nessa ordem de ideais, que o juiz³⁴⁵⁻³⁴⁶ leve em consideração as defesas e argumentos apresentados pelas partes³⁴⁷ acerca de determinada

³⁴¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução de Eliana Nassif. Campinas: Brokseller, 2006, p. 71.

³⁴² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 92.

³⁴³ Não se pode deixar de citar a obra de vanguarda no Brasil “Processo Constitucional” publicada por José Alfredo de Oliveira Baracho no ano de 1984, principalmente pela ampla pesquisa que realizou sobre o Processo Constitucional no direito comparado, ainda antes da promulgação da Constituição da República de 1988.

³⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁴⁵ Segundo NUNES: “A democratização necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102).

³⁴⁶ Afirma NUNES, ao tratar do processualismo constitucional democrático, que: “[...] a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo. (HABERMAS, 1994, p. 664). Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõe-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação (HABERMAS, 1994, p. 662)” (NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA,

questão processual e que toda e qualquer matéria objeto de decisão tenha sido submetida à prévia oportunidade de argumentação e discussão pelos destinatários do provimento.

A parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e fundamentos a respeito dos quais não tenha tomado conhecimento (*Überraschungsentscheidung*). Esta conjuntura decorre diretamente da cláusula do devido processo, que integra o princípio do *due process of law* (CF 5.º LIV), e do princípio do contraditório (CF 5.º LV), como proteção das partes contra a decisão surpresa³⁴⁸.

Porém, não obstante a proibição de a decisão-surpresa ser decorrência natural do princípio constitucional do contraditório, inserido na Constituição da maioria dos países democráticos, há Estados que explicitaram aspectos processuais e procedimentais dessa proibição em seus códigos de processo civil³⁴⁹.

O Código de Processo Civil português³⁵⁰, o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês³⁵¹ e o ZPO alemão³⁵², dentre outros³⁵³, são exemplos de como o

Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 359).

³⁴⁷ Sobre o princípio do contraditório na perspectiva aqui tratada, ver também: LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

³⁴⁸ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. Com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

³⁴⁹ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. Com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 227.

³⁵⁰ Art. 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

³⁵¹ Artigo 16: “O juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório” [...] “ele não pode fundar a sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes a apresentar as suas considerações”.

³⁵² § 139 do ZPO, versão de 2001: “(2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado contra ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito de questões a serem consideradas de ofício”.

³⁵³ Segundo Dierle Nunes: “Na Áustria, um dos pontos da reforma do Processo Civil de 2002 (*Zivilverfahrens – Novelle 2002*) foi a proibição, no “§ 182 a”, de decisões de surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimento solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229).

princípio do contraditório deve ser compreendido como o direito de a parte ser ouvida e ter as suas alegações levadas em consideração pelo tribunal, sendo vedado ao órgão jurisdicional decidir sobre questão que não tenha sido levada a prévio debate processual, ainda que se trate das chamadas “normas de ordem pública”, de conhecimento oficioso pelo magistrado³⁵⁴.

A respeito do princípio do contraditório enquanto dever de cooperação³⁵⁵ entre as partes processuais, Miguel Teixeira de Souza, esclarece que no Direito português o princípio se desdobra nos deveres de prevenção³⁵⁶, esclarecimento³⁵⁷, assistência das partes³⁵⁸ e consulta das partes sobre os pontos fáticos e jurídicos que cercam a demanda.

A respeito do dever de esclarecimento, Fredie Didier complementado posição de Miguel Teixeira de Souza, esclarece que:

(...) consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas (art. 266.º, 2)³⁵⁹. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar

³⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-246.

³⁵⁵ Segundo o processualista português José Lebre de Freitas: “A progressiva afirmação do princípio da cooperação, considerado já uma trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar duma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual. Esta nova concepção do processo civil, bem afastada da velha ideia liberal duma luta arbitrada pelo juiz, revela bem a importância do princípio da cooperação. Embora se tenha revelado, na prática, difícil o período de adaptação a ela, a legislação portuguesa decorrente da previsão de 1995-1996 constitui um passo importante no sentido da sua imposição. (LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2009, p. 168).

³⁵⁶ “O dever de prevenção tem uma consagração no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de seus articulados (...) ou das conclusões das suas alegações de recurso (...). Aquele primeiro convite deve ser promovido sempre que o articulado inferir de irregularidades (...) ou mostre insuficiências ou imprecisões na matéria de fato alegada” (SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 86, p. 176--177, abril.-jun. 1997).

³⁵⁷ “Este dever possui dupla característica: 1) (...) o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se configurem pertinentes e dando-se conhecimento a outra parte dos resultados da diligência; 2) (...) as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida” (SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 86, p. 176, abril.-jun. 1997).

³⁵⁸ “(...) sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo” (SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 86, p. 177).

³⁵⁹ Art. 266 do CPC português: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convocando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo não deve o magistrado interferir na petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante. Parece que o dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que este dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Não há necessidade, portanto, de buscar o fundamento do dever de esclarecer as decisões no princípio da cooperação, visto que ele já está muito bem delimitado no dever de motivar, situação jurídica processual já bastante conhecida e desenvolvida ao longo da história. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No direito português, há a regra do art. 511.º, 2, que permite às partes reclamar contra decisão que de modo obscuro selecione a matéria de fato a ser objeto da atividade instrutória. Há, também, a regra que permite a reclamação da parte contra decisões colegiadas obscuras (art. 653.º, 4)³⁶⁰. Há ainda, finalmente, a letra *a* do n. 1 do art. 669.º, que autoriza qualquer das partes a requerer no tribunal que proferiu a sentença “o esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade que ela contenha”. Assim, no Direito português, o dever de esclarecimento foi concretizado em extensão maior do que aquela delimitada por Miguel Teixeira de Souza³⁶¹.

Quanto ao dever de prevenção, de acordo com Didier, no direito processual civil português:

Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção. O dever de prevenção esta concretizado no dever de convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados (arts. 508.º, 1, *b*, 508.º-A, 1, *c*) ou das conclusões das suas alegações de recurso (arts. 690.º, 4, e 701.º, 1). O dever de prevenção tem, porém, um âmbito mais amplo para Teixeira de Souza: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação em favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte. “Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solucionar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro”. O autor adota, aqui, a compreensão do dever de prevenção no direito alemão. Neste

³⁶⁰ Art. 653 do CPC português: “4 – Voltando os juízes à sala de audiência, o presidente à leitura do acórdão que, em seguida, facultará para exame a da um dos advogados, pelo tempo que se revelar necessário para a apreciação ponderada, tendo em conta a complexidade da causa; feito o exame, qualquer deles pode reclamar contra a deficiência, obscuridade ou contradição da decisão ou contra a falta da sua motivação; apresentadas as reclamações, o tribunal reunirá de novo para se pronunciar sobre elas, não sendo admitidas novas reclamações contra a decisão que proferir”.

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 35.

ponto, a sua abordagem destoa do restante de sua análise, pois parece identificar a existência de um dever geral de prevenção, posicionamento ao qual aderimos³⁶².

A doutrina portuguesa se refere a esta perspectiva do princípio do contraditório, onde são fixadas regras proibitivas de certos procedimentos e comportamentos, como princípio constitucional da indefesa³⁶³.

O princípio da indefesa significa que não se pode considerar:

[...] constitucionalmente legítima a actuação de norma processualmente sancionatória, no conforto das partes, sem que lhes seja previamente facultada a oportunidade de defesa, acabando por se ver confrontadas com decisão condenatória cujos fundamentos de facto ou de direito não tiveram qualquer oportunidade de contraditar³⁶⁴.

Na Alemanha, segundo Nelson Neri, a proibição da *Überraschungsentscheidung* foi instituída formalmente no direito positivo pela *Vereinfachungsnovelle*, de 1976, pela redação da ZPO 278, III. O instituto foi aperfeiçoado e está regulado, no ZPO 139, 2, com a redação inicial dada pela reforma de 2001³⁶⁵ e, posteriormente, em 2005.

Ainda de acordo com Nelson Neri, a mudança do texto anterior da ex – ZPO § 278, III, para o atual, vigente ZPO § 139, 2, é significativa. No texto anterior eram objeto da proteção apenas as situação jurídicas, ao passo que na redação atual qualquer situação, de fato ou de direito, é alcançada pela proteção contra decisão-surpresa. Outra alteração é relativa à obrigatoriedade de o tribunal fazer a advertência às partes, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz. Esse dever de advertência não constava da redação revogada, embora tenha sido sempre considerada, tanto pela doutrina como pela

³⁶² DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 36.

³⁶³ REGO, Carlos Lopes do. Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade do ônus e cominações e o regime da citação em processo civil. **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. I, p. 835).

³⁶⁴ REGO, Carlos Lopes do. Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade do ônus e cominações e o regime da citação em processo civil. **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. I, p. 836.

³⁶⁵ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 228.

jurisprudência, como necessária³⁶⁶. O dever de advertência atribuído ao juiz tem sido considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório³⁶⁷.

Tratando do relacionamento entre as partes e o juízo, afirma-se que a atividade jurisdicional de avaliação dos fatos e do direito não deve surpreender as partes, sendo que essa proteção contra a decisão-surpresa do tribunal é um aspecto especial da garantia constitucional do contraditório, no direito processual alemão³⁶⁸.

Semelhante tratamento existe no direito processual civil da França. O artigo 16 do CPC francês proíbe o juiz de fundar suas decisões sobre questões de direito, sem que tenha intimado as partes para apresentarem suas observações³⁶⁹.

Isto significa que o juiz, quando tiver de aplicar regra de direito diferente da alegada pelas partes, deve intimá-las a se manifestar a respeito. A doutrina francesa, segundo Nelson Neri, afirma que não apenas as questões de direito, mas também as de fato que não tenham sido debatidas pelas partes não podem ser levadas em consideração pelo juiz em sua decisão, se não tiver sido dada oportunidade prévia para as partes sobre elas se posicionarem³⁷⁰.

A aplicação desse preceito independe da natureza da questão – se de ordem privada ou de ordem pública –, que pode ser de direito material ou de direito processual, e essa obrigação do juiz de dar oportunidade às partes se afigura como

³⁶⁶ § 139 do ZPO, versão de 05.12.2005: “(1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou não tomar uma posição, só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconventional – sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada oportunidade para exposição. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no que concerne aos pontos que *ex officio* podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca destas instruções Têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade. (5) Se para uma parte não é possível a pronta explicação para uma posição judicial, então deve o Tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito”.

³⁶⁷ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 228.

³⁶⁸ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 228-229.

³⁶⁹ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

³⁷⁰ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

uma “exigência da lealdade processual [boa-fé do Poder Judiciário] e um elemento do devido processo”³⁷¹.

A inexistência técnica nas legislações processuais (no plano infraconstitucional) de regras como as mencionadas nada altera o panorama (talvez mesmo o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões³⁷², motivo pelo qual, mesmo sem que houvesse no direito processual brasileiro norma infraconstitucional neste sentido, do princípio do contraditório (CF 5.º LV) se extrai a vedação da decisão surpresa.

Aliás, vale lembrar que em 08.11.2006, o STF proferiu decisão emblemática no MS 25.787/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cujo voto considerou que o art. 5º, LV, da Constituição de 1988 imprime ao contraditório perfil dinâmico ou substancial, devidamente imbricado com o dever de fundamentação das decisões judiciais:

Em outras ocasiões, tenho afirmado neste Tribunal que a garantia fundamental de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p. 234) (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *anspruch auf rechtliches gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293 (...)). Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*recht auf information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf äußern*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao

³⁷¹ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

³⁷² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 246-247.

dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o direito de tomar conhecimento (*Kenntnisnahme Pflicht*), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).

Todavia, apesar da emblemática decisão a Corte Constitucional brasileira, o mesmo o STF³⁷³ e também o STJ³⁷⁴, vem negando aplicabilidade ao princípio do contraditório enquanto direito de influência e de não surpresa, ao afirmar que o órgão jurisdicional não precisa responder a todas as questões suscitadas pelas partes no processo judicial.

Por tais razões, em boa hora foi publicada a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil³⁷⁵, que positivou no ordenamento jurídico brasileiro o conteúdo principiológico do contraditório como direito de influência e não surpresa, ao afirmar em seus arts. 7º e 10 que:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Com o Novo CPC se constata que o sistema normativo exorciza a incrustada versão que imprime ao princípio constitucional do contraditório essência meramente formal, acomodando as partes e seus advogados em um arranjo afetado e ficcional em que o conteúdo legítimo e democrático de uma decisão soçobra diante das pré-

³⁷³ “[...] O art. 93, inciso IX, da Constituição não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas, sim, que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no Recurso Extraordinário 839.163/DF. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em: 05/11/2014. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28o+juiz+n%E3o+precisa+se+manifestar+sobre+%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ngyzmb3>>.

³⁷⁴ “[...] é sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.174.853/TO. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 19.05.2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=o+juiz+n%E3o+precisa+se+manifestar+sobre&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>.

³⁷⁵ Que permanecerá em *vacatio legis* por um ano, contado da sua publicação, conforme redação do art. 1.045.

compreensões para as quais o decisor obteve (ou não) comprovação nos autos ou que o mesmo gerou ancoramentos e bloqueios ao julgar³⁷⁶.

O princípio do contraditório exigirá do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão: não pode decidir questões de ofício sem consulta prévia às partes; não pode citar leis/precedentes/súmulas sem mostrar como as mesmas se aplicam ao caso; não pode fazer “ponderações” de princípios sem igualmente mostrar sua pertinência às especificidades dos autos³⁷⁷.

3.3 O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais

Nas palavras de Chaim Perelman, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, é uma forma de o magistrado prestar contas do exercício de sua função jurisdicional ao jurisdicionado, aos demais juízes, a todos os participantes do processo e a toda a sociedade³⁷⁸.

Por tais razões, pode-se afirmar que o dever de fundamentar a decisão judicial possui duas funções: uma interna (intraprocessual) e outra externa (extraprocessual).

A função interna direciona-se a convencer as partes de que o juiz apreciou a causa adequadamente, permitindo que o sucumbente elabore conscientemente as

³⁷⁶ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. **Processo e república: uma relação necessária**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>.

³⁷⁷ Segundo Dierle Nunes e Alexandre Bahia: “Busca-se assim publicizar o debate processual entre todos os sujeitos processuais, de forma que o processo deixe de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais e passe a ser o produto da participação dos mesmos na formação do provimento jurisdicional. Reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final. De igual forma, é tempo de o processo ser revestido de seu caráter público, não significando isso apenas estar ligado a uma função do Estado, mas, sim, que seja local público, franqueado a todos; ademais, que em uma sociedade republicana, que reconheçamos que ao lado da necessidade da decisão está, em relação de tensão, o requisito da correção da mesma. Essa equação, como dito, não será resolvida dando-se preferência absoluta à celeridade, ao julgamento de casos como “teses” que podem ser remetidas a uma súmula/precedente, considerados, uns e outros de forma abstrata. Não é essa a leitura “sob a melhor luz” (Dworkin) dos princípios do Estado Democrático de Direito. Cumprir nosso dever constitucional de respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa são as únicas formas de se produzir decisões legítimas; ao mesmo tempo, se tais decisões são o produto não da atividade sobre-humana de um juiz, mas do trabalho participado de todos os sujeitos, logo, pode-se ganhar também em celeridade” (NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. **Processo e república: uma relação necessária**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>).

³⁷⁸ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Trad. por Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 222.

razões de seu recurso, já que a motivação lhe terá permitido a visualização mais precisa das causas que levaram o juiz a decidir de uma ou de outra maneira. Da mesma forma, possibilita aos juízes da instância superior analisar melhor as decisões recorridas e, por conseqüência, apontar na revisão do julgado os motivos pelos quais mantém ou revogam a decisão recorrida³⁷⁹.

A fundamentação tem como função convencer a parte sucumbente de que os argumentos desenvolvidos pelo juiz estão corretos, em consonância com a prova dos autos e com a argumentação desenvolvida por elas e em conformidade com o ordenamento jurídico.

Além disso, ainda quanto à função intraprocessual, a motivação permite o controle de legalidade pelo tribunal, já que o juiz é obrigado a demonstrar, com a fundamentação, o dado objetivo sobre o qual o controle de legalidade será exercido³⁸⁰.

Por sua vez, a função extraprocessual decorre da atribuição de uma função política à motivação da sentença que visa o controle pela sociedade sobre os fundamentos da decisão, a fim de aferir a imparcialidade do juiz e a devida aplicação e interpretação do ordenamento jurídico.

A função extraprocessual busca garantir a participação democrática dos cidadãos, funcionando como uma incessante fiscalização da atuação jurisdicional em conformidade com o ordenamento jurídico, em especial com os princípios e garantias fundamentais. Noutros termos, a fundamentação viabiliza o controle das decisões judiciais pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é proferida, permitindo que este constate a legitimidade da atividade jurisdicional³⁸¹⁻³⁸².

³⁷⁹ Michele Taruffo entende que a função interna da motivação possuiria três funções. A primeira, a de persuadir as partes, em especial, a parte perdedora, da justiça da decisão proferida e de que o juiz considerou os fundamentos por ela apresentados, e os refutou de forma fundamentada, no intuito de convencê-la a não recorrer da decisão. A segunda, garantiria que as partes valorem a pertinência da impugnação, já que quando a decisão está motivada, é mais fácil identificar os seus vícios, que podem constituir motivos de recursais. Por fim, a motivação deve servir à individualização da decisão do caso concreto. (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p.374-375). Além disso, segundo o autor italiano, além da tripla visão, a função endoprocessual, no entendimento do referido autor, é considerada um instrumento destinado a permitir o controle de legalidade pela corte, já que o juiz é obrigado a demonstrar, com a motivação, o dado objetivo sobre o qual o controle de legalidade será exercido (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p.384-385).

³⁸⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p.384-385.

³⁸¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 2., p.320.

Dessa forma, não se pode mais visualizar o dever de fundamentação como um objetivo restrito à possibilidade de impugnação do *decisum* e à delimitação da coisa julgada. A Constituição de 1988 ampliou substancialmente a sua compreensão, permitindo que o controle sobre a atividade jurisdicional seja exercido por toda a sociedade³⁸³, como “*espressione del principio della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*”, conforme definido por Michele Taruffo³⁸⁴.

Neste contexto e no ponto em se chegou o presente trabalho, afere-se que não há mais espaço para um “livre convencimento motivado” no atual Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que o Estado Constitucional exige que a decisão judicial seja produto de um ordenamento jurídico formado por regras e princípios de uma comunidade histórica³⁸⁵, construídos e reconstruído em contraditório, não há espaço para liberdade de convencimento (discricionariedade)³⁸⁶. Assim, as opiniões pessoais existentes na mente do julgador, sob a máxima da autonomia e

³⁸² NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.72.

³⁸³ Neste sentido, Michele Taruffo já pronunciava, antes da promulgação da atual Carta da República, que: “o pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da controlabilidade das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, “a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra a justiça”; e “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida no seu complexo, seja como opinião do *quisquis populo*”. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como ‘privilegio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formular juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório” (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p 409).

³⁸⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p 408.

³⁸⁵ “Dessa premissa não podem partir as partes à espera de uma decisão que venha, exclusivamente, atender aos seus interesses particulares, uma vez que “cabe ao juiz construir racionalmente a sua decisão, de forma a demonstrar que ela se conecta aos princípios morais insculpidos na história institucional de uma determinada comunidade e que, portanto, seus argumentos são aceitáveis” (PASSOS, José Joaquim Calmon. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2000, p. 9).

³⁸⁶ Conforme pondera Streck: “Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!” (STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 87).

discricionariedade de se “decidir conforme a sua consciência” representam verdadeiro retrocesso ao positivismo kelseniano³⁸⁷.

Exatamente porque a decisão judicial deve ser fundamentada em regras e princípios de uma comunidade jurídica, respeitando a sua história institucional, ainda que para superá-la, ou seja, a decisão deve ser uma decisão fundamentada em argumentos de princípios, o convencimento do julgador nunca será livre³⁸⁸.

Não há espaço no Constitucionalismo democrático para a discricionariedade na decisão judicial e, neste aspecto, é que deve ser compreendido o princípio fundamental de todo cidadão brasileiro a obter daquele que exerce a função de julgar, em nome do povo, uma decisão judicial devidamente fundamentada.

Por intermédio de bases racionais, o juiz presta contas de sua atuação jurisdicional fundamentando a decisão de forma que explicita e justifique as razões fáticas e de direito que o conduziram a decidir de uma forma e não de outra, possibilitando às partes e a toda a sociedade o exame da higidez da decisão.

Ao juiz não é permitido fazer escolhas³⁸⁹ - esta a concepção positivista de Kelsen, na conhecida “moldura” -, pois escolhas o levam a arbitrariedades. Na

³⁸⁷ Sobre este ponto, emblemático o voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 319.997-SC, do qual se extraio seguinte trecho: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 319.997-SC. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=526122&num_registro=200101540455&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 25 mai. 2015).

³⁸⁸ Conforme pondera Streck: “Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!” (STRECK, Lênio. **O que é isto:** decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87).

³⁸⁹ Fazer uma escolha significa a maneira prática como definimos as nossas preferências pessoais no dia a dia. Proferir uma decisão significa comprometimento com algo que a ela se antecipa. Segundo Lênio Streck: “Existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quer dizer que a decisão, no caso a decisão jurídica — não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução do caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolha. Antes disso, há um contexto originário que

atividade de interpretação e aplicação do Direito o juiz deve se afastar ao máximo de suas convicções pessoais³⁹⁰ e estar atento à história institucional da comunidade de princípios que deve direcionar toda e qualquer fundamentação³⁹¹. Toda decisão deve ser prolatada em consonância com o ordenamento jurídico democraticamente construído, ou seja, com a Constituição, a qual é resultante da delegação do exercício do poder, que emana do povo e em nome dele deve ser exercido.

Todavia, mesmo diante da obrigação legal do juiz de fundamentar a sua decisão em argumentos de princípio, tais argumentos, em decorrência do princípio do contraditório, não são desnudados ou desvelados a partir do olhar solitário do agente julgador.

Dizer que as partes possuem direito fundamental ao contraditório – direito de influenciar e de não ser surpreendido - participando da construção do provimento, porém, permitir que o provimento seja um ato de conhecimento solipsista, no qual o julgador não está obrigado a explicitar as razões pelas quais acolhe ou rejeita os argumentos apresentados pelas partes, é transformar o contraditório em mero formalismo, inadmissível com o processo constitucional democrático³⁹².

Neste contexto, não há outro caminho para se construir uma decisão judicial fundamentada democraticamente que não seja por intermédio do contraditório, para que seja concretizada a democracia por excelência. Por sua vez, a garantia

impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que simples ato presentificado em uma dada circunstância" (STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89).

³⁹⁰ Segundo André Leal: "[...] o juiz, por maior que seja sua experiência de vida, por mais bem intencionado que possa demonstrar, ele nunca saberá o que é melhor para as partes. Seu julgamento pessoal nunca será suficientemente bom. (...) ele deve se atentar às leis e aos princípios constitucionais para proferir sua decisão. (LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 52).

³⁹¹ "Parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. [...] Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de obedecer a coerência e a integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já apresenta o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição" (STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107).

³⁹² O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual um juiz ou tribunal toma suas decisões: ele cobra a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. [...] ou seja, por um lado, o princípio da certeza requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente; por outro, a pretensão de 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 fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 142-143).

fundamental que os cidadãos têm de exigir e fiscalizar se os seus argumentos foram levados em consideração, ainda que para rejeitá-los, é a fundamentação. Daí a junção indissociável entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.

A fundamentação das decisões pressupõe a existência de um contraditório efetivo. Ao passo que o contraditório é pressuposto para uma fundamentação das decisões de maneira racional e legítima³⁹³.

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão³⁹⁴.

No Estado Democrático de Direito, o contraditório como garantia de influência e de não surpresa, torna-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões³⁹⁵.

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito³⁹⁶, mas o

³⁹³ FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 1, p. 131-132, Abr. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>>. Acesso em: 28 Jul. 2015.

³⁹⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 135-136.

³⁹⁵ FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 1, p. 132, Abr. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>>. Acesso em: 28 Jul. 2015.

³⁹⁶ [...] Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas" (BARROS, Flaviane de

resultado da interpretação compartilhada do texto legal, em contraditório, pois a discussão, aplicação e adequação do caso à própria história institucional de uma comunidade de princípios não recorre nas democracias à clarividência do julgador e seus predicados pessoais³⁹⁷.

O princípio da fundamentação das decisões garante uma decisão fundamentada ou “justificada” através de argumentos jurídicos (argumentos de princípios)³⁹⁸, não podendo o juiz utilizar argumentos metajurídicos ou suas “convicções pessoais” como se ele fosse o intérprete exclusivo no processo³⁹⁹.

O Constitucionalismo democrático exige que a decisão judicial seja produto de um ordenamento jurídico formado por regras e princípios de uma comunidade histórica, construídos e reconstruído em contraditório, motivo pelo qual não há espaço para liberdade de convencimento (discrecionabilidade).

Todavia, o respeito, a aplicação e a interpretação dessa história institucional, no caso específico deste trabalho, o respeito à integridade e coerência em face das decisões que precederam o caso (precedentes) não são tarefas que em uma democracia se realizam pelo solipsismo judicial.

Da mesma forma como não se pode admitir um “decidir conforme minha consciência” quanto ao exame dos autos e dos textos legislativos, também não se pode admitir “um livre convencimento” quanto à interpretação e aplicação do precedente judicial.

Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 135-136).

³⁹⁷ Aqui convém registrar o pensamento de Carlos Eduardo Araújo de Carvalho, para quem “o provimento não pode ser mais entendido como ato de inteligência ou volição, advindo da sensibilidade do julgador, na medida em que a não problematização, pela famosa eureka, o descobrir pelo descobrir, não pode mais ganhar respaldo, sob pena de manter o que não pode ser mantido, colaborando desta forma para a destruição ou autodestruição do próprio sistema jurídico e do próprio homem” (CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos provimentos**. Curitiba: Juruá. 2009, p. 279).

³⁹⁸ Segundo Brêtas de Carvalho Dias: “A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade da sua decisão, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 147).

³⁹⁹ FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 1, p. 130, Abr. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>>. Acesso em: 28 Jul. 2015.

Se por um lado, a história institucional apresenta limites para a discricionariedade judicial, obrigando o juiz a observar os precedentes, por outro, diante do princípio do contraditório e da fundamentação, passa a não ser lícita a aplicação do precedente, sem que antes esta aplicação e interpretação tenha se submetido ao prévio debate entre as partes.

Neste contexto, importante a inovação trazida no preceito normativo do artigo 489 da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), ao dispor sobre a fundamentação das decisões judiciais⁴⁰⁰.

Tem especial relevância para o que propõe este trabalho, a afirmação legislativa de que não se considera fundamentada a decisão judicial que “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”, bem como carece de fundamentação a decisão que “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”.

Destaque-se, ainda, que a aplicação do precedente, segundo o novo texto legislativo, deve observar o princípio do contraditório e da fundamentação (artigos 10 e 489), conforme determina o artigo §1º do art. 927 do Novo CPC⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 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.

⁴⁰¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

4. CONTRADITÓRIO, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1 A integridade e a coerência

Para se tratar da integridade e coerência do Direito, concepções desenvolvidas por Ronald Dworkin, é preciso compreender que em tempos atuais, superado o positivismo jurídico, o legislador e o julgador não possuem discricionariedade, exatamente porque o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios⁴⁰².

Sob essa perspectiva, o ataque dworkiniano aos positivistas concentra-se no poder político que estes atribuem aos juízes, ao admitir a liberdade do julgador e a possibilidade de criação do Direito pelos órgãos judicantes⁴⁰³.

Dworkin mantém uma preocupação constante com a certeza e a segurança jurídicas. Seu esforço concentra-se na demonstração de que existem direitos individuais (argumentos de princípio) que não podem ser afastados pelo Estado, ainda que possuam importância política para a comunidade (argumentos de política) sob pena de perda da legitimidade do Direito.

A metodologia de trabalho utilizada por Dworkin, na busca da justificação da existência de respostas corretas, no sentido de que para cada caso trazido a exame do órgão judicante só há uma decisão a ser tomada, passa por uma leitura moral da Constituição.

Dworkin não nega que exista diferença entre direito e moral, pelo contrário, combina argumentos extrajurídicos (morais, pragmáticos, éticos) à fundamentação das decisões, sem, contudo perder de vista o código próprio do Direito⁴⁰⁴.

⁴⁰² OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 153.

⁴⁰³ LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 52.

⁴⁰⁴ Não nos parece correta algumas críticas apontadas sobre a teoria de Dworkin no sentido de que o autor confundiria direito e moral, pois como afirmam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti: "A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e dos objetivos políticos na linguagem propriamente jurídica, internalizando e ressignificando assim seus conteúdos no direito positivo. A diferenciação

Vê-se que Dworkin religa moral ao Direito, no entanto, ao contrário do que propõem os jusnaturalistas, não busca na razão ou em figuras divinas a fonte dessa moral, mas está sedimentada na história institucional das comunidades (comunidades de princípios), a qual efetivamente vincula os órgãos judicantes⁴⁰⁵.

Segundo Dworkin, os princípios são justificações, fundamentos para as instituições e leis da comunidade. São padrões de moralidade política da comunidade que justificam as suas práticas. Estão na dimensão hermenêutica, na dimensão da prática da interpretação, guiando a interpretação das regras na direção do melhor direito possível para o caso⁴⁰⁶. Para Dworkin “os princípios morais preenchem os vazios de sentido da interpretação do direito [...] e guiam a interpretação jurídica para resultados mais adequados e justificativos”⁴⁰⁷.

O posicionamento teórico de Dworkin, que pretende assegurar direitos fundamentais aos cidadãos - base de sua teoria do direito como integridade – veda que o juiz tenha discricionariedade no ato de decidir, pois a força vinculante dos princípios retira do ordenamento jurídico a inexistência de anomias ou lacunas.

O Direito para Dworkin não se resume a um catálogo de normas e princípios de caráter meramente instrumental, mas como uma estrutura, em que se

interna ao direito entre direitos e políticas, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos argumentos de princípios, que remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos”. (CARVALHO NETTO, M.; SCOTTI, G. 2012. P. 57-58). Ainda sobre este ponto, esclarece Lênio Luiz Streck: “Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de política, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que deve haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc; ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa ‘blindagem’ contra a discricionariedade é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os *hard cases*” (STRECK, L. L. **O Problema do “Livre Convencimento” e do “Protagonismo Judicial” nos Códigos Brasileiros: A Vitória do Positivismo Jurídico**. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. (Coord.). *Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 63-64).

⁴⁰⁵ LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 60.

⁴⁰⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 336.

⁴⁰⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 372.

sedimentam historicamente princípios morais de uma comunidade que devem ser respeitados⁴⁰⁸.

O direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito de decisões, mas também o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção⁴⁰⁹.

Segundo Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti “é precisamente o conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, funcionando como Direito e não mais como moral”, proposta por Dworkin, “que garante o pluralismo e acrescente complexidade da sociedade moderna”⁴¹⁰.

Segundo Dworkin:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade⁴¹¹.

A história institucional que se cristaliza no Direito deve ser levada em consideração, quando proferida uma decisão judicial. Mas não só ela, porque se assim fosse, nenhuma inovação teórica se poderia atribuir a Dworkin, que ficaria, nessa hipótese, aprisionado ao texto, retomando o pensamento exegeta⁴¹².

Por isso, segundo Dworkin, é preciso sempre estar atento à história institucional, ainda que este olhar sirva para mudar os rumos da própria história. O que não se pode, porém, é pretender alterá-la de forma incoerente, esquecendo que antes de qualquer decisão judicial há um complexo jurídico a ser observado.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado

⁴⁰⁸ LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 59.

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273-274 e 263-264.

⁴¹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

⁴¹¹ DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 272-273.

⁴¹² LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 59.

quanto para o futuro. Interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tento em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas⁴¹³.

Para demonstrar a sua ideia de direito como integridade, em especial a integridade na aplicação do Direito, Dworkin idealizada o que denomina de “romance em cadeia”, segundo o qual cada novo capítulo de uma obra deve ser escrito em coerência e levando em consideração os capítulos anteriores, porém, não apenas os repete. Leva em consideração a história, ainda que o faça para mudar a própria história.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁴¹⁴.

Porém, a decisão jurídica para saber quais direitos e deveres decorrem de decisões políticas anteriores, muitas vezes precisa recorrer tanto ao conteúdo explícito dessas decisões políticas, quanto à moral popular de uma comunidade, que abrange, segundo Dworkin, a moral pessoal (conjunto de opiniões sobre justiça e outras virtudes políticas pessoais vistas como opiniões pessoais) e a moral política⁴¹⁵.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 272-273.

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. Tradução: Luís Carlos Borges. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

⁴¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 372.

A moral pessoal, para Dworkin, é uma moral privada, particular, que espera que as pessoas próximas a nós se comportem com coerência. Não demanda que todos se comportem da mesma forma, ou seja, respeita as divergências individuais, porém, exige uma coerência de comportamento⁴¹⁶.

Por sua vez, a moral pública espera o comportamento coerente por parte do Estado e da comunidade. Da mesma forma que a moral pessoal, a moral pública também admite graus de discordância, não se exigindo que todos os cidadãos ou grupos de cidadãos pensem da mesma maneira. Porém, apesar das divergências, exige-se que o Estado ou a comunidade atuem segundo um conjunto único e coerente de princípios, ainda que os cidadãos sobre eles divirjam.⁴¹⁷

Segundo Dworkin, as convicções de moralidade pessoal, altamente fragmentadas, podem ser integradas por convicções substanciais de moralidade política, encontrando na unidade de princípios substanciais de moralidade política um ponto de vista comum, para manter de modo íntegro a diversidade de convicções de moralidade pessoal. Este ponto de vista comum é a integridade⁴¹⁸, que, para Dworkin, pode ser dividida em integridade na legislação e integridade na aplicação.

A integridade na legislação exige que o legislador, ao criar as leis, mantenha a coerência em relação aos princípios morais, ou seja, deve manter o conjunto de leis moralmente coerente. Aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com os princípios subjacentes que lhe fundamentam.

A integridade na aplicação, por sua vez, requer que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a sua integridade. Isso explica porque os juízes devem conceber o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com o interesse meramente estratégico⁴¹⁹.

⁴¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 372.

⁴¹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 373.

⁴¹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 373.

⁴¹⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 156.

A virtude da integridade na interpretação das leis exige que os magistrados mantenham a coerência tanto em relação às convicções políticas do passado quanto aos princípios morais, perguntando-se sempre qual é a interpretação que melhor revela o projeto político que a inclui e que a justifica⁴²⁰.

Para Dworkin, a integridade é uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que se interprete o direito sem um compromisso substancial com a integridade dos princípios de moralidade política⁴²¹.

O uso desses princípios não pode ser discricionário, pois não podem ser entendidos como meras convicções pessoais a respeito do que seria um ideal de justiça, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas do governo⁴²².

O princípio da integridade propõe um programa interpretativo onde se identificam os direitos e deveres legais a partir do pressuposto de que foram criados por um único autor, a comunidade de princípios, que expressa uma coerente concepção de justiça e equidade.

Os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados⁴²³.

Para desenvolver este ponto da sua teoria, Dworkin apresenta três formas (modelos) segundo as quais as pessoas se associam: o modelo acidental, o modelo de regras e o modelo de princípios.

No primeiro modelo de associação, o acidental, os membros de uma comunidade pensam que se encontram associados por um incidente, um evento, que decorre de circunstâncias históricas, geográficas, etc. Nesta associação, os

⁴²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 377.

⁴²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 374.

⁴²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 336.

⁴²³ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254-255.

membros se mantêm vinculados enquanto a associação for benéfica a todos, podendo abandoná-la sempre que não mais for conveniente⁴²⁴.

No segundo modelo de associação, o das regras, os membros de uma comunidade estão unidos porque aceitaram obedecer regras decorrentes de uma negociação, sem, porém, se importar com a circunstância de que estas regras são fruto de princípios comuns que lhes garante a integridade e coerência. Não se considera os princípios subjacentes às regras como fontes diretas das obrigações. Cumprem-se as regras baseadas em um modelo contratual, porque são o produto, o resultado de negociações.⁴²⁵

No terceiro, o modelo baseado em princípios, os membros da comunidade aceitam que são governados por regras, mas que também são vinculados por princípios comuns, que fundamentam as regras. Neste modelo, cada membro da comunidade se encontra em um campo de debates sobre quais os princípios e quais as convicções merecem ser compartilhados pela comunidade⁴²⁶.

Este terceiro modelo de comunidade, a comunidade baseada e unida por princípios, segundo Dworkin, é a que melhor se ajusta às sociedades plurais e complexas da contemporaneidade, garantindo o engajamento necessário que reflita a sua integridade política⁴²⁷.

Para Dworkin é tarefa de uma comunidade densificar e interpretar reflexivamente esses princípios, não podendo compreender-se mais como um grupo de pessoas associadas somente por razões acidentais, externas e incontroláveis, históricas ou territoriais, tampouco como um grupo de pessoas vinculado pela submissão às mesmas regras, decorrentes de um procedimento aceito, a partir de um suposto acordo prévio⁴²⁸.

Segundo Menelick e Scotti:

Uma verdadeira comunidade, que Dworkin denomina de princípios, é uma comunidade especial. Além de compartilhar esses princípios comuns, eles a

⁴²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 376.

⁴²⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 376.

⁴²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 376.

⁴²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: 2014, p. 376-377.

⁴²⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

compreendem como uma comunidade de princípio, pois seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é construtiva. Não se obedece a essas normas como realização de uma justiça global, universal. Tais obrigações nascem justamente desse senso de pertencimento a uma comunidade que compartilha os mesmos princípios⁴²⁹.

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado⁴³⁰.

O caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados ao Direito⁴³¹.

Segundo Simioni, referindo-se às idéias de Dworkin, “é esse modelo de associação política, baseado em princípios, que garante o engajamento necessário para refletir a integridade política de uma comunidade moralmente plural” e arremata:

“[...] a moral política é um modo de interpretação de nossa prática política, de nossa cultura política, que melhor revela o valor das nossas práticas. Ela tanto se ajusta às nossas descrições, quanto convém às nossas recomendações. E por isso ela é poderosa tanto na primeira quanto na segunda dimensão da interpretação, que são as dimensões da adequação e da justificação do modelo interpretativo às nossas práticas. A integridade política é o modelo de interpretação que melhor revela o valor das nossas políticas em sociedades plurais.

O direito como integridade exige coerência de princípio ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. O direito contém não

⁴²⁹ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 63.

⁴³⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 156.

⁴³¹ CARVALHO NETTO, Menelick. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.

apenas o limitado conteúdo explícito de decisões, mas também o sistema de princípios necessários a sua justificativa⁴³².

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção⁴³³.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que "lei é lei", bem como o cinismo do novo realismo⁴³⁴.

Diante disso, vale lembrar, como visto no item 1.3 deste trabalho, que Dworkin concentra-se na demonstração de que existem direitos individuais (argumentos de princípio) que não podem ser afastados pelo Estado, ainda que possuam importância política para a comunidade (argumentos de política) sob pena de perda da legitimidade do Direito.

A ideia de integridade desenvolvida por Dworkin previne a discricionariedade na decisão judicial, uma vez que os critérios pessoais do juiz (livre convencimento"), bem como os critérios referentes as metas do Estado (*policies*) são afastados da fundamentação, que deve se basear em argumentos de princípios.

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da

⁴³² DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273-274.

⁴³³ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263-264.

⁴³⁴ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral⁴³⁵.

Portanto, na teoria da integridade do Direito, os juízes têm a responsabilidade de respeitar a história institucional do Direito, dela extraíndo os princípios morais que orientaram a comunidade na construção e reconstrução do ordenamento jurídico e, neste contexto, o juiz deve tomar uma decisão que, além de coerente com o passado, tente dar a melhor contribuição possível ao desenvolvimento dos princípios⁴³⁶.

4.2 O Precedente Judicial como texto normativo a ser interpretado e aplicado

Pelo que se disse nos itens 2.1. e 2.2., se tem uma clara diferenciação entre os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*, pois países que adotam a *Civil Law*, como o Brasil, por exemplo, apresentam uma tendência a sistematizar os princípios morais de seu povo, codificando-os e convertendo-os em leis escritas. No caso da Constituição, com um rol extensivo de direitos humanos positivados (direitos fundamentais). Já as nações onde a *Common Law* é o foco jurídico, inexistente a necessidade premente de se positivar e codificar estes princípios, bastando que eles existam, para serem considerados pelos tribunais.

Todavia, apesar das diferenças entre os sistemas, na atual quadra história do constitucionalismo e da democracia, o que se tem, seja no *Civil Law*, seja no *Common Law*, é a necessidade de proteção à segurança e à previsibilidade, valores fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Desta forma, em ambos os sistemas, mais do que a legalidade, o que interessa é a segurança jurídica e a previsibilidade, que tanto podem advir do texto legal quanto do texto do precedente judicial, desde que sejam interpretados em

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

⁴³⁶ LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, 2002, p. 59.

conformidade com a sua história institucional, de forma coerente e íntegra, como proposto por Dworkin.

Portanto, o respeito ao precedente judicial, representa um bom caminho para se evitar discricionariedade e arbitrariedades nas decisões judiciais, porém, o precedente também é um texto e, sendo um texto, não dispensa interpretação ao ser aplicado ao caso concreto.

Segundo Georges Abboud o pensamento jurídico dominante ainda é refratário ao acesso hermenêutico do direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade do texto normativo⁴³⁷.

Este pensamento jurídico incorre na ambiguidade de equiparar texto e norma, circunstância que leva ao equívoco teórico de tratar texto normativo como se fosse norma jurídica, questão que desde Kelsen deveria ter sido superada⁴³⁸.

A hermenêutica demonstrou que é impossível ao texto normativo antever todas as hipóteses de aplicação e, segundo Streck e Abboud, quando o intérprete faz o mesmo, isto é, quer antever todas as hipóteses futuras, faz uma “pós-lei”, um produto com sentido antecipado, uma espécie de tutela antecipada dos sentidos possíveis e imagináveis⁴³⁹.

Dessa concepção, dois equívocos principais são derivados, dentre eles a ideia de que o sentido de um dispositivo do texto normativo é unívoco, tendo caráter ahistórico e atemporal. O segundo equívoco consiste no caráter transparente da norma, que encara a atividade interpretativa como simples extração de significados que já se encontram no seu interior, reduzindo a atividade interpretativa à mera subsunção⁴⁴⁰.

Na realidade o texto da norma não é a própria norma jurídica, não é elemento conceitual da norma jurídica, mas configura o dado de entrada mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma. “Os textos normativos possuem apenas virtualmente o

⁴³⁷ ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 61.

⁴³⁸ ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 61.

⁴³⁹ STRECK, Lênio. ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31.

⁴⁴⁰ ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 65.

direito, ou seja, textos de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático”⁴⁴¹.

Vale dizer que não há manifestação jurídica que não seja, desde sempre, interpretativa. Inexiste um conceito primordial-fundante, que contenha todas as hipóteses de aplicação, solapando o elemento hermenêutico que se manifesta em toda experiência jurídica⁴⁴².

Dito isso, o precedente judicial, enquanto texto, traz consigo o sentido que indica uma direção – uma história institucional –, porém, a norma jurídica individual apenas será criada a partir do momento em que o precedente judicial puder ser aplicado ao caso em exame. É um equívoco, tal qual o do positivismo legalista, imaginar ser possível que um precedente possa solucionar, mecanicamente, diversos casos futuros por silogismo⁴⁴³.

Como bem destacam Lênio Streck e Georges Abboud:

Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Ele os norteará. Podemos chamar a esse norteamiento de “vinculação interpretativa”, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito. Desse modo, se é súmula ou lei, tanto faz. Trata – se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há textos sem normas, e a norma exsurge da facticidade. Isso se chama de *applicatio*. Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (precedentes, para contentar os aficionados pela tese da commonlização), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento⁴⁴⁴.

Assim, segue inegável que o texto normativo, seja o texto da lei editada pelo parlamento ou o texto do precedente judicial, não pode ser aplicado e interpretado sem os fatos, motivo pelo qual em qualquer um dos sistemas – *Civil Law* ou *Common Law* - a interpretação é questão fundamental na obtenção da norma jurídica individual para o caso⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ ABBoud, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 62.

⁴⁴² STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 103.

⁴⁴³ ABBoud, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 65.

⁴⁴⁴ STRECK, Lênio Luiz. ABBoud, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102-103.

⁴⁴⁵ Como bem observam Lênio Streck e Georges Abboud, ao tratar da *ratio decidendi*: “Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ele deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que a solucionou (STRECK, Lênio

Inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial, porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa, e, após ser localizado (*ratio decidendi*), passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizá-lo sem que ocorra distorções⁴⁴⁶.

Se uma decisão judicial deixa de aplicar um precedente ao caso em exame, sem justificação (*distinguish* ou *overruling*), esta decisão judicial será ilegítima, pois não observa a sua história institucional, rompendo com a integridade e a coerência do Direito. Por sua vez, uma decisão que aplique o precedente quando a sua *ratio decidende* não se contextualize com o caso em exame, também é uma decisão ilegítima, pois, da mesma forma, viola a coerência e a integridade do Direito.

Conforme já exposto a doutrina aponta inúmeras dificuldades na aplicação do precedente judicial, sendo a principal delas a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). A *obter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão⁴⁴⁷.

A aplicação e reconhecimento do precedente judicial no Brasil, desde que embasadas em uma teoria da decisão judicial, se mostram como um grande avanço, porém, o que não se pode admitir é a ideia recorrente de que o precedente judicial pode simplificar o Direito, “pasteorizando” a sua interpretação e aplicação, numa nova escola da exegese, agora fundamentada no “texto judicial” pronto, acabado e completo, para ser aplicado por simples subsunção aos fatos da vida.

Repita-se, a fim de não criar qualquer confusão conceitual, que o juiz deve respeitar a sua história institucional e fundamentar a sua decisão em argumentos de princípios, evitando-se desta forma, argumentos de políticas públicas e convicções pessoais. Porém, não é lícito ao juiz tomar para si a própria história institucional e dela se apropriar, como interprete único e legítimo.

Luiz. ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43).

⁴⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

⁴⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45.

Posta a questão nestes termos, é preciso que a criação, interpretação e aplicação do precedente judicial se dê no âmbito do devido processo legal, em respeito ao princípio do contraditório, enquanto direito de influenciar na produção da decisão judicial individual e de não ser surpreendido por decisão cujo fundamento não tenha sido previamente submetido às partes, seja este fundamento o texto da lei ou do precedente judicial.

Especificamente quanto ao precedente, isto significa que nenhum precedente judicial pode ser aplicado ao caso concreto, sem antes ter sido oportunizada às partes o seu prévio debate, inclusive para que possam identificar qual é a sua *ratio decidendi* e apresentar tese de *distinguishing* ou do *overruling* como instrumentos garantidores da adequação do precedente ao caso em análise, cabendo ao órgão jurisdicional, explicitar as razões pelas quais aplica, rejeita ou supera o precedente.

Na aplicação de um precedente, o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões se desloca para o debate processual das partes acerca da adequação daquele precedente ao caso ou mesmo a sua superação, cabendo ao órgão jurisdicional explicitar as razões de fato e de direito pelas quais entende aplicar, não aplicar ou superar o precedente, sempre apontando os fundamentos pelos quais refuta ou aceita os argumentos das partes.

A seguir, faz-se uma pequena análise críticas de alguns os dispositivos legais do novo CPC, com fundamento nas propostas desenvolvidas neste trabalho.

4.3 Breves considerações da aplicação dos precedentes a partir da Lei nº 13.105: Novo Código de Processo Civil

O projeto de lei do Novo CPC teve início no Senado Federal, com disciplina tímida sobre os precedentes judiciais. A versão do projeto aprovada pelo Senado foi enviada à Câmara dos Deputados, onde o projeto recebeu um capítulo específico sobre os precedentes judiciais (“Do Precedente Judicial”), localizado logo após as regras atinentes à decisão judicial.

Porém, ao retornar para o Senado Federal, o projeto sofreu nova modificação, suprimindo-se o mencionado capítulo específico acerca dos precedentes judiciais. Contudo, parte do que se avançou na Câmara dos Deputados foi reaproveitado no Livro III, da Parte Especial, Título I, Capítulo I, disposições gerais da ordem dos processos nos Tribunais.

Foram suprimidas partes importantes do texto, como dispositivos que tratavam expressamente da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ou seja, dos fundamentos determinantes ou não do precedente (521, §§ 3º e 4º, I e II)⁴⁴⁸. Também foram suprimidas as positizações explícitas das técnicas do *distinguishing* e do *overruling* (art. 521, §§ 5º a 11)⁴⁴⁹.

A parte mais sensível das modificações foi a supressão do texto contido no art. 521, §1º, que impunha a observância do contraditório e da fundamentação na

⁴⁴⁸ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: [...]

§ 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

⁴⁴⁹ § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

formação e aplicação do precedente judicial (arts. 10 e 499, §1º). Neste ponto, o projeto final aprovado e sancionado inclui o § 1º, art. 927, segundo o qual na aplicação da jurisprudência “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º”.

O componente mais importante do texto aprovado e publicado, pertinente aos precedentes, no que interessa ao presente trabalho, está na redação do artigo 926, segundo o qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, numa referência quase explícita à adoção da teoria de Ronald Dworkin.

O texto legal impõe a necessidade de os Tribunais além de uniformizarem a jurisprudência, de mantê-la “estável, íntegra e coerente”, de forma a se gerar previsibilidade nos julgamentos e, ao mesmo tempo, que o uso de julgados anteriores problematize sua adequação em face do caso que se tem a julgar⁴⁵⁰, quando afirma que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Porém, apesar dos avanços, pelo menos dois pontos do Novo CPC, que se referem à aplicação da jurisprudência, merecem reflexões e críticas.

O primeiro diz respeito à previsão do julgamento liminar da causa, previsto texto do art. 332 que dispõe:

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

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O dispositivo legal é uma repetição um pouco mais bem elaborada do julgamento liminar de improcedência, previsto no art. 285-A do vigente CPC.

⁴⁵⁰ BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? **Justificando.** Disponível em [http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/->](http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/). Acesso em: 8 jul. 2015.

Permitir que o magistrado julgue liminarmente o pedido com base em “precedente”⁴⁵¹ não discutido endoprocessualmente é permitir que o juiz se aposse do ordenamento jurídico e interprete de forma solipsista as decisões que antecederam àquele julgamento e mais, que possa de forma solitária e discricionária verificar a adequação do precedente ao caso.

O fato de prever o § 3º, do art. 332⁴⁵², a hipótese de retração do juiz, após a interposição do recurso de apelação pela parte, numa aplicação “a posteriori” do princípio do contraditório e da fundamentação, não resolve a questão, pois é direito fundamental da parte influenciar e não ser surpreendida pela decisão, e não apenas replicar os seus fundamentos após já se ter decidido.

O texto do art. 332 do Novo CPC é inconstitucional e, caso não seja declarado, abrirá uma clareira interpretativa sem limites. Os princípios da não surpresa e da influência significam que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”.

Ao se permitir esta exceção, abre-se um antecedente interpretativo que poderá levar os tribunais a considerar o princípio do contraditório e da fundamentação como meras técnicas de julgamento e, neste contexto, poderão afastá-los ao simples argumento de que não houve prejuízo.

Os princípios constitucionais fundamentais do contrário e a fundamentação, não são apenas técnicas de julgamento, mas representação da própria democracia no âmbito do devido processo legal. Além de violar frontalmente os direito de influenciar e de não ser surpreendido, o dispositivo torna o juiz o dono da história institucional da comunidade de princípios, o seu interprete uníssono^{453_454_455}.

⁴⁵¹ A expressão precedente é aqui utilizada entre aspas porque o Novo CPC não faz uma distinção científica e séria entre precedente e jurisprudência, como advertem Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Como ocorre ao longo de todo o seu texto, o novo Código confunde precedente e jurisprudência” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 353), distinção tratada nos itens 2.2 e 2.3 deste trabalho.

⁴⁵² § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

⁴⁵³ Em sentido contrário, afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Tendo em conta a extensão adequadamente reconhecida ao direito ao contraditório pelo novo Código (arts. 9º e 10, CPC), alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar. Isso poderia levar à conclusão de que, acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação do precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de eventual distinção ainda não realizada que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão. No entanto, como nesse

O segundo dispositivo que merece atenção e crítica, diz respeito à aplicação dos “precedentes” nos tribunais. Segundo o art. 932, IV:

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

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

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

O que informam mencionados dispositivos legais é que uma vez distribuído o recurso ao tribunal o relator poderá negar-lhe provimento ou dar-lhe provimento, quando verificar que as razões recursais estão em conformidade ou desconformidade com decisões antecedentes (“precedentes”).

Na esteira do que se defende no presente trabalho, em qualquer um dos casos, seja na hipótese de se negar provimento ou se dar provimento ao recurso com fundamento em “precedentes” judiciais, o relator terá de observar os princípios

caso a apelação excepcionalmente viabiliza a retratação do juiz de primeiro grau (art. 332, §3º, CPC), pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável, que a orientação jurisprudencial não alcança o caso, que não há decadência ou prescrição” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 353).

⁴⁵⁴ Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, ainda que não sustentem a inconstitucionalidade do dispositivo, sugerem interpretação do dispositivo que se enquadre ao contraditório: “Pontue-se que, em razão da valorização do contraditório presente no sistema – mesmo quando a lei dá ao magistrado a possibilidade de decisão *ex officio* (art. 9º) -, seria defensável, para evitar as chances de recursos, que, mesmo na hipótese ora em comento, houvesse a abertura de prazo ao autor ante do proferimento de sentença liminar para que este pudesse demonstrar a possível diferença (*distinguishing*) de seu caso em relação ao padrão (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 363).

⁴⁵⁵ Não se vê preocupação com o tema em obras de renomados processualistas sobre o novo CPC. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 560-563. E cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 908-913.

do contraditório e da fundamentação (art. 10 e 489, §1º, V e VI), não podendo aplicar “precedente” que não tenha sido objeto de prévia discussão entre as partes.

No caso de entender o relator que as razões recursais estão hipoteticamente em desconformidade com um determinado “precedente”, deverá observar se esta discussão foi travada pelas partes na origem e se foi objeto de decisão judicial ou mesmo, se esta discussão se deu no âmbito das razões recursais apresentadas pelas partes.

Permitir que o relator, sem que tenha havido qualquer discussão entre as partes acerca do “precedente” cuja aplicação é o fundamento da decisão imediata do recurso, significa violação direta ao princípio do contraditório enquanto direito de não ser surpreendido e de influenciar na decisão, retirando das partes qualquer possibilidade de apresentar, inclusive, argumentos acerca da hipótese da adequação ao caso (*distinguishing*).

Da mesma forma, para que o relator possa dar provimento imediato ao recurso, ao argumento de que a sentença recorrida viola algum “precedente”, deverá observar se foi travada pelas partes discussão sobre este “precedente” na origem ou em suas razões recursais.

Entendimento diverso levaria à incoerência do sistema e colocaria a regra de julgamento no tribunal acima do princípio fundamental do contraditório e da fundamentação. Seria dizer que em primeira instância tais princípios devem ser respeitados, porém, nos tribunais poderiam ser abortados.

Por tais razões, o papel do juiz de primeira instância será enorme, na medida em que deverá ao máximo estender a cognição do julgamento, suscitando o debate, sempre que verificar a hipótese de aplicação de norma jurídica não provocada pelas partes.

A coerência na observação dos princípios fundamentais do contraditório e fundamentação é primordial para que o sistema (ordenamento jurídico) mantenha a sua integridade, pois não se pode interpretar as regras legais, sem observar os princípios subjacentes que lhes dão fundamento, numa completa subversão do Constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito.

O que se percebe, sem maiores dificuldades, é que caso o “direito não seja levado a sério”, a simples positivação dos textos dos artigos 10 e 489 do Novo CPC, podem ser transformar em um “nada jurídico”, pois se a teoria que fundamenta o processo é uma teoria baseada no protagonismo judicial e não de um processo

democrático, os textos normativos certamente serão traduzidos da seguinte forma: “não há nulidade sem prejuízo” (*pas de nullité sans grief*), quando o prejuízo maior é a violação do Estado Democrático de Direito, fundamento Constitucionalismo e das sociedades plurais.

CONCLUSÃO

Do que foi investigado, expomos à crítica as seguintes conclusões acerca da aplicação e interpretação do precedente judicial em Estado Democrático de Direito:

(i) O texto normativo e norma jurídica são coisas diversas. Desde Kelsen, verificou-se isso. A norma jurídica, não é o texto, mas sim a resultante da interpretação do texto diante dos fatos da vida apresentados em dada circunstância;

(ii) O fato de texto normativo e norma não se confundirem, não significa que o interprete possa atribuir ao texto o significado que entender mais conveniente, ou seja, não significa que o julgador tenha uma “livre convicção” e que possa decidir conforme a “sua consciência”, sem observar a história institucional da comunidade de princípios;

(iii) A questão, então, é o controle racional da decisão, ou, em outros termos, de como superar a discricionariedade do julgador (positivismo normativista) na aplicação dos textos normativos;

(iv) Disso resulta que o julgador, seja no sistema jurídico que historicamente adotou o *Civil Law* ou *Common Law*, deve estar atento à doutrina e às decisões judiciais que antecederam a decisão que tomará no caso que está diante de si;

(v) Tal circunstância, porém, não significa que a história institucional possa aprisionar a interpretação, pois a história institucional estará traduzida em textos, textos estes que, da mesma maneira que o texto anterior que gerou o precedente, serão interpretados no momento em que o julgador estiver diante das circunstâncias do novo caso. Não há criação de norma jurídica individual, sem os fatos do caso a ser decidido;

(vi) Volvendo-se para a aplicação do precedente judicial, o precedente é um texto que deve ser lido e observado pelo julgador, no desenvolvimento de cada decisão judicial. Parafraseando Dworkin, será sempre o capítulo anterior da obra que, por coerência e integridade, deve ser observado na escrita do novo capítulo, em respeito à história institucional;

(vii) Porém, ao juiz, diante do precedente - que como visto também é um texto -, se impõe o dever de observar os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, em especial o direito de influência e não surpresa;

(viii) Disso decorre que o juiz não pode aplicar ao caso em julgamento um precedente judicial (texto normativo) que não tenha sido objeto de prévia discussão entre as partes. O fazendo, estará violando o princípio do contraditório em sua dupla dimensão: direito de influenciar e direito de não ser surpreendido;

(ix) O direito de influenciar na decisão estará violado na medida em que às partes não foi oportunizado o direito de apresentar argumentos no sentido de que: a) o texto aplicado não se refere à *ratio decidendi* do precedente, mas é apenas um *dictum*; b) o precedente judicial não se aplica ao caso, pois há elementos essenciais que geraram a *holding* que não estão presentes na hipótese em julgamento (*distinguishing*); c) o precedente judicial deve ser superado (*overruling*). Os fundamentos da decisão estarão dissociados do contraditório uma vez que sequer as partes terão apresentado os seus argumentos, sendo impossível, portanto, que a sentença apresente argumentos explicitando as razões pelas quais entende que se aplica, não se aplica ou se supera a *ratio decidendi* do precedente judicial;

(x) Por sua vez, o direito de não ser surpreendido também restará violado uma vez que a decisão judicial que aplicada precedente que não tenha sido objeto de debate entre as partes transforma o julgador em “dono solipsista” do ordenamento jurídico, em interprete exclusivo do texto do precedente e da história institucional que o circunda;

(xi) O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais, como princípios constitucionais (*principles*), não podem ser abortados por opções instrumentais-estratégicas do Estado-juiz. O argumento político (*policies*) de se obter julgamentos rápidos, não se sobrepõe aos argumentos de princípio, ou seja, no dever de observar o contraditório e a sua indissociabilidade da fundamentação;

(xii) Sendo o direito de influenciar e de não ser surpreendido corolários do contraditório e, sendo o contraditório um princípio fundamental, a aplicação do precedente judicial a qualquer caso, sem a participação das partes, com o objetivo político (*policies*) de se obter julgamentos acelerados, viola o devido processo constitucional democrático;

(xiii) O dever de o juiz observar os precedentes e atuar com coerência e integridade (Dworkin), respeitando a história institucional da comunidade de princípios, retira do julgador qualquer margem de discricionariedade. O juiz não decide conforme a sua consciência, mas conforme a leitura moral da Constituição, impondo-lhe observar a integridade e a coerência com as decisões do passado, ou seja, a história institucional de uma comunidade, ainda que o faça para mudar a direção da história, escrevendo um novo capítulo. Pode reescrever a história, porém, não pode dela abdicar;

(xiv) Por sua vez, o dever de identificar e reconstruir a história institucional de uma comunidade de princípios não é tarefa que possa ser realizada com exclusividade pelo juiz, a partir da sua leitura solipsista da Constituição e do caso. A decisão judicial deverá observar o contraditório – como garantia de influência e não surpresa –, e a sua indissociabilidade da fundamentação na aplicação e interpretação do precedente. Impõe-se ao julgador, portanto, a vedação clara e direta de que não pode fundamentar a sua decisão em precedente judicial sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar.

(xv) Os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais não são meras técnicas de aplicação e interpretação do Direito, mas expressão do princípio democrático, porquanto permitem aos destinatários do provimento ser co-autores e intérpretes da história institucional de uma comunidade histórica, razão pela qual são inafastáveis da interpretação e aplicação do precedente judicial, no âmbito de devido processo democrático constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Recursos Extraordinários no STF e STJ**: conflito entre interesses público e privado. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012.

_____. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. **Revista Consultor Jurídico**, 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes>>. Acesso em: 05 fev. 2014.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle. PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? **Justificando**. Disponível em <http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>>. Acesso em: 8 jul. 2015.

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. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES MOTTA, Francisco José; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O Dever de Fundamentação do Provimento Jurisdicional a Partir de um Diálogo entre Procedimentalistas e Substancialistas. **Revista Jurídica do Cesusa**, v. 1, n. 2, p. 135 a 154, dez. 2013. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/439/284>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BREYER, Stephen. Introduction: the “international” constitutional judge. In: HERSHOVITZ, S. (Ed.). **Exploring law’s empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2006.

BÜLOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Campinas: LZN, 2003.

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

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: RT, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., 9 reimp. Coimbra: Almedina: 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos Provimentos**. Curitiba: Juruá. 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta II**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2001.

_____. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHIASSONI, Pierluigi. **II Precedente Giudiziale: tre esercizi di disincanto**. *Università degli Studi di Genova. Dipartimento di Giurisprudenza*. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada n. 91. **Revista de Direito GV**. São Paulo, n. 9, p. 45-66, jan.-jun., 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. v. 02. 5 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: JusPodium, 2009.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 02. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

RONALD DWORKIN. Is law a system of rules? *In*: DWORKIN, Ronald (ed.). **The Philosophy of Law**. London and New York: Oxford University Press, 1977.

_____. ***Taking Rights Seriously***. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. ***Law's Empire***. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Eliana Nassif. Campinas: Brokseller, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Curso de Direito Serro**. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

KELSEN, Hans. ***An Introduction to the Problems of Legal Theory***. A translation of the first edition of *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law*. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Staley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LAGO, Rodrigo. O *Distinguishing* e a Preservação da Jurisprudência no Julgamento do Mensalão. **Os Constitucionalistas**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-distinguishing-e-a-preservacao-da-jurisprudencia-no-julgamento-do-mensalao>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões**: no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao Processo Civil**: conceito e princípios gerais. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Stare decisis* e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23

set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30051/stare-decisis-e-teoria-do-precedente-judicial-no-sistema-anglo-saxonico/1>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Abril, maio, junho 2009. v. 71. n. 2, ano XXVII, p. 92-101. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal:** Processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. com as súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare Decisis et non Quieta Movere:*** a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro e Comparado.** 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013.

NOJIRI, Sérgio. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais.** São Paulo: RT, 1999.

NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. **Revista de Pesquisa em Direito Libertas.** v. 1, n. 1, Julho-Dezembro. Disponível em <<http://www.libertas.ufop.br/index.php/libertas>>. Acesso em: 06 dez. 2014.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas. **Biblioteca Digital do Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília, vol. 79, n. 2, 2013. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/39811/005_nunes_bahia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Processo e República: uma relação necessária. **Justificando.** Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Fundamentos e dilemas para o sistema processual brasileiro: uma abordagem da litigância de interesse público a partir do processualismo constitucional democrático. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. Padronizar Decisões pode Empobrecer o Discurso Jurídico. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizardecisoeseempobrecerdiscursojuridico>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e Súmula Vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O direito como Integridade. In: CATTONI, Marcelo. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon. A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *Common Law*. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/117-instrumentos-para-revogacao-de-precedentes-no-sistema-de-common-law>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente Judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Portoformatado.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2015.

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12446>. Acesso em mai. 2015.

REGO, Carlos Lopes do. Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade do ônus e cominações e o regime da citação em processo civil. **Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. v. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**. n. 85, p. 51-72, abr., 2010.

SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – Pós Modernidade Constitucional? *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**. v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

_____. Nem as súmulas vinculantes escapam de interpretação. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretarexigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 86, p. 176--177, abril-jun. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O Problema do “Livre Convencimento” e do “Protagonismo Judicial” nos Códigos Brasileiros: A Vitória do Positivismo Jurídico. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. (Coord.). **Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **O Que é Isto**: decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

_____. Senso Incomum: Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborreca-lei-ministra-nancy-andrighi#author>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile.** Padova: Cedam, 1975.

_____. **Precedente e Giurisprudenza.** Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte de Direito.** São Paulo: RT, 2004.

_____. (coord.). **Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo.** São Paulo: Lex, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2008.

_____. 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.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.