

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**A INTEGRIDADE JUDICIAL E O
PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA:
o uso das decisões judiciais de autoridade vinculante
como mecanismo de promoção da integridade
do sistema de justiça.**

CAROLINE BÜNDCHEN FELISBINO TEIXEIRA

Itajaí-SC, maio de 2021.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

**A INTEGRIDADE JUDICIAL E O
PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA:
o uso das decisões judiciais de autoridade vinculante
como mecanismo de promoção da integridade
do sistema de justiça.**

CAROLINE BÜNDCHEN FELISBINO TEIXEIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Gilson Jacobsen

Itajaí-SC, maio de 2021.

Agradeço

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, pela sensibilidade e incentivo à continuidade dos estudos mesmo em meio à pandemia de COVID.

Ao Prof. Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, pelo compromisso em proporcionar aos alunos do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI estímulo à pesquisa internacional e à imersão na língua inglesa e na cultura jurídica americana.

Ao Prof. Dr. Gilson Jacobsen, meu orientador, pela paciência, pela atenção, pelas constantes injeções de ânimo e pela incansável disponibilidade no direcionamento da redação deste relatório de pesquisa.

À Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em especial ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ, pela oportunidade de fazer parte de um curso moderno, de elevado conceito e rico em oportunidades de crescimento intelectual, profissional e pessoal, com o que aproveito para agradecer a todos seus professores, funcionários e alunos.

À Widener University - Delaware Law School, pela receptividade e incríveis experiências proporcionadas, com o que aproveito para também agradecer a todos seus professores, funcionários e alunos.

Ao Tribunal de Justiça e à Academia Judicial do Estado de Santa Catarina, pelo estímulo à capacitação continuada.

Aos colegas e amigos da carreira da Magistratura, pela inspiração na busca por conhecimento (e também por todos os livros emprestados).

À minha família, que se manteve sempre presente nas minhas ausências.

A todos que, de algum modo, contribuíram para o conteúdo deste estudo.

Para Danilo, Lucas, Tiago e Júlia, com todo o meu amor.

Juízes precisam de teorias do direito e teorias do direito precisam de juízes.

Aharon Barak

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade a seu respeito.

Itajaí-SC, maio de 2021

Caroline Bündchen Felisbino Teixeira
Mestranda



PÁGINADE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 11/06/2021, às 14 horas e 30 minutos, a mestranda CAROLINE BÜNDCHEN FELISBINO TEIXEIRA, fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “A INTEGRIDADE JUDICIAL E O PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA: o uso das decisões judiciais de autoridade vinculante como mecanismo de promoção da integridade do sistema de justiça”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor João dos Passos Martins Neto (UFSC) como membro, Doutor Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI) como membro e Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí(SC), dia 11 de junho de 2021.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Case Law: expressão empregada para se referir ao direito constituído por um conjunto de decisões judiciais. O conceito assemelha-se ao de *judge-made law*.

Case Method: o método de ensino jurídico típico das universidades norte-americanas, baseado no método socrático de ensino, que consiste em demandar dos alunos substancial preparação prévia, por meio da leitura de casos reais decididos pelo Poder Judiciário, para posterior submissão a debates e provocações conduzidas pelo professor em sala de aula.

Civil Law: família jurídica da tradição ocidental que tem matriz romano-germânica e cuja figura central da produção do direito é o legislador. O direito é concebido pela ciência jurídica em termos gerais e com a pretensão de reger o futuro. Revela um ideal de plenitude do ordenamento jurídico, visto como um sistema fechado e autônomo a partir do qual o direito aplicável pode ser logicamente deduzido.

Common Law: família jurídica da tradição ocidental que tem matriz inglesa e cuja figura central da produção do direito é o juiz. O direito é concebido caso a caso, com o objetivo de resolver disputas concretas. A ênfase está nos fatos e no empirismo. Não se concebe o direito de forma dogmática, mas sim prática e adversarial.

Dicta: o mesmo que *obiter dicta*.

Dictum: o mesmo que *obiter dictum*.

Família Jurídica: classe homogênea que agrupa ordenamentos ou sistemas jurídicos com traços comuns, identificados a partir da consideração de fatores como a organização dos sistemas judiciais, as fontes e os métodos de interpretação e aplicação do direito.

Integridade judicial: expressão à qual, a depender da abordagem, podem ser atribuídos três conceitos operacionais distintos: (a) integridade judicial como predicado da correção e da virtude, cujo enfoque está na conduta e na autoridade moral da pessoa do juiz; (b) integridade judicial como princípio judiciário, ideia forjada por Ronald Myles Dworkin e que identifica o sistema jurídico como um todo destinado a expressar a concepção de uma determinada comunidade sobre justiça e equidade; e (c) integridade judicial como integridade do sistema de justiça, com sentido de uma qualidade que distingue o Poder Judiciário de uma nação como instituição forte, eficaz e confiável.

Judge-made law: expressão empregada para se referir ao direito judicativamente constituído. O conceito assemelha-se ao de *case law*.

Law: palavra inglesa utilizada tanto para se referir ao direito quanto à lei, de modo que é do contexto da comunicação que se extrai o sentido no qual está sendo empregada.

Minimalismo Judicial: tendência decisória dos juízes da *common law* que, de acordo com o conceito cunhado por Cass Sunstein, tendem a evitar a prolação de decisões

amplas e profundas, de modo a estimular o desenvolvimento do direito em pequenos passos, ao invés de grandes passos, um caso por vez.

Obiter dicta: plural de *obiter dictum*.

Obiter dictum: dizer periférico encontrado em uma decisão judicial que, se não dito, não alteraria os rumos do julgamento.

Precedencialismo: expressão da doutrina jurídica da *stare decisis* que coordena a vinculação da atividade dos julgadores aos julgados das cortes às quais estão hierarquicamente vinculados.

Precedente: decisão judicial anterior na qual se baseia o julgamento de um caso posterior.

Precedente vinculante: decisão judicial anterior cujas razões de decidir controlam o julgamento do caso posterior.

Ratio decidendi: as razões efetivas da tomada de uma decisão judicial, decotadas as quais o resultado do julgamento seria outro ou o julgado restaria desprovido de fundamentação.

Sistema Judicial: conjunto organizado das pessoas e instituições que se dedicam à resolução dos conflitos de uma determinada comunidade.

Sistema Jurídico: conjunto de regras, identificadas em enunciados normativos, decisões judiciais, produção doutrinária, princípios, usos e costumes, adotado por determinada comunidade para interpretação e aplicação do direito com vistas à resolução de seus conflitos e à realização da justiça.

Stare Decisis: doutrina jurídica segundo a qual as decisões posteriores são baseadas em casos anteriores e cuja nomenclatura advém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa respeitar as coisas decididas e não mexer no que fora estabelecido.

Tradição Jurídica: noção mais ampla do que a de família jurídica e que identifica um conjunto de sistemas e famílias com afinidades mais remotas, decorrentes de raízes culturais e históricas comuns.

Tradição Jurídica Ocidental: conjunto formado pela união dos sistemas que compõem as famílias jurídicas da *common law* e da *civil law*, diante do ideal comum da realização da justiça por meio de instituições organizadas e de pessoas físicas profissionalmente capacitadas para criar, interpretar e aplicar o direito a partir da razão.

Virtudes Passivas: conceito desenvolvido por Alexander Bickel para se referir a métodos utilizados pelo Poder Judiciário americano para não enfrentar o mérito de questões eminentemente políticas e que demandem mudanças legislativas ou de regulação administrativa, ou mesmo aquelas ainda pendentes de maturação.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XII
RESUMO EM LINGUA ESTRANGEIRA	XIII
INTRODUÇÃO	14
Capítulo 1	19
INTEGRIDADE JUDICIAL	19
1.1 UM CONSENSO GLOBAL SOBRE INTEGRIDADE JUDICIAL	19
1.1.1 A Autoridade da Organização das Nações Unidas	20
1.1.2 O Consenso Universal sobre Integridade Judicial.....	24
1.1.3 Os Princípios de Integridade Judicial como Direito Transnacional	26
1.2 DIFERENTES ABORDAGENS SOBRE INTEGRIDADE JUDICIAL	29
1.2.1 Integridade Judicial como Atributo da Correção e da Virtude	29
1.2.2 Integridade Judicial como Princípio Judiciário	35
1.2.3 Integridade Judicial como Integridade do Sistema de Justiça	38
1.3 INTEGRIDADE JUDICIAL NO BRASIL.....	42
1.3.1 A Crise de Legitimidade do Sistema de Justiça Brasileiro.....	43
1.3.2 A Seleção Adversa em um Poder Judiciário Sobrecarregado	46
1.3.3 Integridade Judicial nos Sistemas da Tradição Jurídica Ocidental.....	51
Capítulo 2	57
CASE LAW	57
2.1 AS FAMÍLIAS DA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL.....	57
2.1.1 A Família Jurídica da <i>Civil Law</i>	58
2.1.2 A Família Jurídica da <i>Common Law</i>	61
2.1.3 A Convergência entre as Duas Famílias Jurídicas.....	69
2.2 <i>JUDGE-MADE LAW</i>	80
2.2.1 <i>Stare Decisis et non Quieta Movere</i>	80

2.2.2 Técnicas de Identificação de Precedentes na <i>Common Law</i>	84
2.2.3 Técnicas de Desvio de Precedentes na <i>Common Law</i>	88
2.3 MINIMALISMO JUDICIAL E VIRTUDES PASSIVAS	93
2.3.1 <i>Passive Virtues</i> 94	
2.3.2 <i>Judicial Minimalism</i>	96
2.3.2.1 <i>Leaving things undecided</i>	97
2.3.2.2 <i>Incompletely Theorized Agreements</i>	99
Capítulo 3	101
CRIAÇÃO JUDICATIVA DO DIREITO NO BRASIL	101
3.1 SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	101
3.1.1 O Trajeto do Direito Brasileiro rumo ao Precedencialismo	102
3.1.2 O Precedente de Observância Obrigatória	108
3.2 O PRECEDENTE VINCULANTE COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO	110
3.2.1 As Fontes do Direito e a Autoridade do Precedente	111
3.2.2 A Autoridade Vinculante do Precedente de Observância Obrigatória	114
3.2.3 A Independência Judicial e o Precedente Vinculante	117
3.3 APONTAMENTOS SOBRE A FORMAÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES NO MODELO BRASILEIRO	123
3.3.1 A Dimensão Vinculante do Precedente	124
3.3.2 A Amarra às Súmulas ou Teses Vestidas de Enunciados Normativos	125
3.3.3 A Analogia e o Raciocínio Indutivo de Identificação do Precedente..	129
3.4 UMA ABORDAGEM MAIS MINIMALISTA EM PROL DA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES, DA INTEGRIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO	132
3.4.1 A Dimensão Vertical das Razões de Decidir	133
3.4.2 A Dimensão Horizontal das Razões de Decidir	136
3.4.3 O Uso Construtivo do Silêncio.....	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	148

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado, que trata da integridade judicial e do precedente vinculante, está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição e na Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo. O objetivo do estudo é investigar se a consolidação do sistema de precedentes vinculantes pode contribuir para a promoção da integridade judicial, da racionalidade do sistema de justiça e do resgate da confiança no Poder Judiciário do Brasil. O relatório da pesquisa perpassa pelos conceitos de integridade judicial e pela necessidade de que os Poderes Judiciários das nações sejam percebidos como íntegros nacional e internacionalmente, oportunidade em que aborda o problema da insegurança jurídica e da morosidade da Justiça. Após pontuar as principais diferenças e o trajeto de aproximação entre as famílias jurídicas da *common law* e da *civil law*, o texto adentra particularidades relacionadas a técnicas de criação, identificação e utilização de precedentes e discorre sobre o minimalismo judicial, característico da tradição jurídica da *common law*. O trabalho faz ainda um breve histórico dos caminhos percorridos rumo ao precedencialismo, cujo principal expoente são os Estados Unidos da América, e confirma que o precedente de observância obrigatória de que trata o Código de Processo Civil de 2015 tem efeitos vinculantes e é fonte primária do direito. O estudo reconhece o aparente conflito entre a vinculação ao precedente e a independência judicial e expõe algumas dificuldades a superar para que se possa consolidar um verdadeiro sistema de precedentes no Brasil. Para apontar alguns obstáculos, o texto trata das amarras do operador do direito às heurísticas dos enunciados de súmulas e teses, redigidos como se fossem comandos legais, e da insuficiência do ensino jurídico brasileiro, que não treina o aluno para a busca pelas razões de decidir de uma decisão precedente, tampouco para o adequado uso da analogia. Ao final, a Dissertação cuida de problemas no modelo de registro das decisões judiciais no Brasil, propõe uma abordagem mais minimalista da construção judicativa do direito e afirma a necessidade de que tanto juízes das instâncias inferiores quanto das cortes superiores valorizem suas próprias decisões. Quanto à metodologia, na fase de investigação empregou-se o método indutivo e na de tratamento de dados, o cartesiano. No relatório dos resultados, composto na base lógica indutiva, foram considerados os parâmetros da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Palavras-chave: Integridade Judicial, precedente, *common law*, *civil law*, *case law*.

RESUMO EM LINGUA ESTRANGEIRA

This Master's degree Thesis, which focuses on judicial integrity and the binding precedent, is part of the Line of Research Law and Jurisdiction and the Area of Concentration Fundamentals of Positive Law. The objective of this study is to investigate whether the consolidation of the system of binding precedents can contribute to the promotion of judicial integrity and the rationality of the justice system and recovery of trust in the Brazilian Judiciary Branch. The research report permeates the concepts of judicial integrity and the need for the Judiciary Branch of nations to be perceived as nationally and internationally whole, at which point it addresses the problem of legal uncertainty and the slowness of justice. After pointing out the main differences, and the path to closing the gap between the legal families of common law and civil, we explore some particularities related to the techniques of creation, identification and use of precedents, and discuss judicial minimalism, characteristic of the legal tradition of common law. This work also provides a brief history of the paths taken towards precedentialism, whose main exponent is the United States of America, and confirms that the precedent of mandatory observance referred to in the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 has binding effects and is a primary source of law. The study recognizes the apparent conflict between the binding precedent and judicial independence, and outlines some difficulties to be overcome in order to consolidate a true system of precedents in Brazil. To point out some obstacles, the text deals with the ties of the law operator to the heuristics of summaries and theses statements, written as though they were legislation, and the insufficiency of Brazilian legal education, which does not train the student to search for the reasons for deciding on a precedent decision, or the proper use of analogy. At the end, the Dissertation discusses some problems related to the model of recording court decisions in Brazil, proposes a more minimalist approach to the case law, and affirms the need for both lower and higher court judges to value their own decisions. In terms of methodology, the inductive method was used in the investigation phase and the Cartesian method in the data processing phase. In the report of results, composed on the inductive logic basis, the parameters of the Brazilian Association of Technical Standards – ABNT and the *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Science – PPCJ/UNIVALI were considered.

Key-words: Judicial Integrity, precedent, common law, civil law, jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, em dupla diplomação com o *General Master of Laws* (LLM) da Widener University - Delaware Law School, dos Estados Unidos da América. O trabalho está inserido na linha de Pesquisa Direito e Jurisdição (PPCJ - UNIVALI) e lida com a integridade do sistema de justiça brasileiro e a criação do direito a partir de decisões judiciais. O tema é dos mais fundamentais no pensamento jurídico ocidental e bastante atual na prática forense brasileira, de modo que sua relevância é não só acadêmica, mas está também diretamente ligada à atividade fim do Poder Judiciário. Há afinidade, também, com as atividades do programa destinado a estudantes internacionais da Widener University, uma vez que a temática demanda perpassar pelas práticas jurídicas da família da *common law*, inclusive às relacionadas ao ensino jurídico, com especial enfoque no direito norte-americano.

O objetivo científico da dissertação é investigar as potencialidades dos mecanismos de produção do direito a partir de decisões judiciais, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro para o fortalecimento do Poder Judiciário no Brasil. O problema básico definido para a pesquisa é justamente a viabilidade de se promover a integridade judicial, a eficiência e o resgate da confiança no Poder Judiciário do Brasil a partir da consolidação do sistema de precedentes vinculantes, introduzido na processualística brasileira com inspiração no precedencialismo típico dos sistemas da família da *common law*, cujo principal expoente são os Estados Unidos da América.

As hipóteses levantadas são as seguintes: (a) as recentes mudanças legislativas que inseriram no ordenamento jurídico brasileiro o precedente judicial como fonte primária do direito têm relevante potencial para imediata racionalização do uso da justiça e gradativa melhora no nível de respeito às decisões judiciais, tendo como consequência o aumento da legitimidade para o Poder Judiciário; e (b) considerar o precedente como fonte primária do direito em um sistema de Justiça criado com bases na tradição civilista impõe uma mudança cultural, de forma que as decisões judiciais passem a ser respeitadas não mais apenas em decorrência

do poder coercitivo do Estado de fazê-las cumprir, mas, especialmente, porque não de ser tidas como regras de conduta. Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o estudo da integridade judicial. Para averiguar a viabilidade de obtenção de um consenso global sobre integridade judicial, trata-se dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, bem como da legitimidade e da autoridade da Organização das Nações Unidas para dispor sobre padrões éticos e regras de conduta judicial sob o enfoque do direito transnacional. Na sequência, identificam-se e pormenorizam-se as três diferentes abordagens dadas à expressão “integridade judicial”: (a) integridade judicial como atributo da correção e da virtude; (b) integridade judicial como princípio judiciário; e (c) integridade judicial como integridade do sistema de justiça. Em arremate, trata-se da busca pelo fortalecimento da integridade judicial no Brasil, à vista da crise de legitimidade do Poder Judiciário brasileiro e a partir da perspectiva dos sistemas de justiça da família jurídica da *common law*.

O Capítulo 2 cuida do *case law*. Inicia-se comparando, em linhas bastante gerais, algumas das características mais marcantes de cada uma das duas grandes famílias que compõem a tradição jurídica ocidental, a família jurídica da *civil law* e a família jurídica da *common law* para, então, tratar do processo de convergência em curso entre elas. A seguir, cuida-se do *judge-made law*, perpassando pela definição de alguns conceitos de palavras e expressões típicas do universo jurídico da *common law*, como os próprios conceitos de *law*, *common law*, *judge-made law* e *case law*. Adiante, introduzem-se novos conceitos, como os de *stare decisis*, *holding*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, discorre-se sobre as técnicas de identificação, utilização e desvio de precedentes e apresentam-se as definições de *distinguishing* e *overruling*. Ao final do capítulo, adentra-se no estudo do minimalismo judicial, tendência decisória característica do direito americano que contribui para moldar os parâmetros nos quais são assentadas as decisões das cortes de justiça da família da *common law*. O estudo é feito a partir das doutrinas de Alexander Bickel e Cass Robert Sunstein, com três enfoques: (a) virtudes

passivas; (b) deixar as coisas indecidas; e (c) acordos incompletamente teorizados.

O Capítulo 3 dedica-se à criação judicativa do direito no Brasil. Trata-se do sistema normativo de precedentes no país, com o estudo do trajeto do direito brasileiro rumo ao precedencialismo e da introdução, por lei, da figura do precedente de observância obrigatória. Em seguida, com abordagem das fontes do direito, a partir da Teoria Complexa do Direito, de autoria do juiz e professor Orlando Luiz Zanon Junior, cuida-se da autoridade vinculante do precedente de observância obrigatória, característica que o eleva à condição de fonte primária do direito. Ato contínuo, menciona-se brevemente o aparente conflito entre independência judicial e precedente vinculante, e investiga-se a dimensão vinculante de um precedente. Mais à frente, fazem-se apontamentos sobre a formação e a utilização de precedentes no modelo brasileiro, oportunidade em que se identifica o problema da amarra a súmulas ou teses vestidas de enunciados normativos. Na sequência, trata-se da necessidade de descer às minúcias de fato e fazer uso da analogia para identificação de um precedente vinculante. Para encerrar o capítulo, traz-se a proposta de uma abordagem mais minimalista na construção das decisões judiciais, em prol da consolidação do sistema de precedentes, da integridade do sistema de justiça e da legitimidade democrática do Poder Judiciário.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estímulo à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as vantagens da consolidação do sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

A Metodologia empregada na Fase de Investigação¹ é o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados, é o Método Cartesiano³, e no Relatório

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.).

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.).

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidenciar, dividir, ordenar e avaliar), vide LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-

dos Resultados, composto na base lógica indutiva, são considerados os parâmetros da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI. Nas diversas fases da Pesquisa, são acionadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

Importa pontuar algumas escolhas feitas na redação da Dissertação. No que toca aos autores nominalmente citados no corpo do texto, são tratados por seus nomes completos na primeira oportunidade em que se lhes faz menção, para, nas seguintes, utilizar na referência apenas os sobrenomes que os identificam no meio jurídico. Além disso, utilizam-se as expressões inglesas *common law* e *civil law* no feminino (“a *common law*” e “a *civil law*”), porque cada qual identifica uma das famílias jurídicas da tradição ocidental. De todo modo, em se tratando de citações de outros autores, essas expressões podem ainda aparecer antecedidas do artigo masculino “o”.

Convém ainda mencionar que o trabalho de pesquisa foi desenvolvido a partir da concepção da importância da produção de teorias do direito por juízes e para juízes, razão pela qual a bibliografia selecionada enfatiza o trabalho de pesquisadores que, além de acadêmicos, são também juízes. Ainda com esse enfoque, considerando o volume e a qualidade da produção acadêmica dos pesquisadores vinculados ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, tanto como docentes quanto como discentes, muito se utilizou de seu material bibliográfico.

26.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.).

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.).

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.).

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.).

Por fim, não se poderia deixar de ressaltar o quão determinante foi o processo de dupla titulação para os resultados da pesquisa. A rica experiência de exposição ao método típico do ensino jurídico americano, o *case method*, foi fundamental para compreender a importância de se imergir nos fatos que permearam a prolação de cada decisão. Em particular, foi por meio do estudo de casos nas instigantes aulas de *Civil Procedure*, ministradas pelo professor James May, na Widener University, que se internalizou, em definitivo, a necessidade de bem utilizar a analogia para aferir se os fatos do caso anterior são suficientemente semelhantes aos do caso atual a ponto de que este seja controlado por aquele. O mergulho na vida acadêmica de um país de tradição jurídica da *common law* foi o que trouxe a certeza de ser impossível consolidar um verdadeiro sistema de precedentes no Brasil se o operador do direito continuar preso às heurísticas dos enunciados de súmulas e teses redigidos como se comandos legais fossem.

Capítulo 1

INTEGRIDADE JUDICIAL

1.1 UM CONSENSO GLOBAL SOBRE INTEGRIDADE JUDICIAL

A Organização das Nações Unidas publicou um documento que se propõe a ser um código universal de ética judiciária. Trata-se dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial⁸, editados pelo Grupo Judicial de Fortalecimento da Integridade Judicial das Nações Unidas, em abril de 2001, em Bangalore, e aprovados tal como revisados na reunião dos chefes dos Poderes Judiciários, ocorrida no Palácio da Paz, em Haia, nos dias 25 e 26 de novembro de 2002. Em estudo anterior do qual participou esta pesquisadora⁹, tratou-se da legitimidade desses princípios formulados no âmbito das Nações Unidas.

Partiu-se das premissas de que o globalismo¹⁰, ou a globalização política, tem seu conceito associado ao autoritarismo, com pretensões de centralizar a tomada de decisões em nível mundial e padronizar as leis nacionais¹¹, bem como de que a Organização das Nações Unidas, à luz de uma perspectiva nacionalista mais radical, é vista como uma das vilãs do globalismo, o que agrava a crise de legitimidade, tendo como consequência prática a redução da tendência

⁸ UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **The Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/bangalore_e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹ JACOBSEN, Gilson; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino; ORTALE, Miguel Angelo Zanini. Judicial Integrity at the Transnational Realm: the legitimacy of the United Nations Principles of Judicial Conduct in times of ideological conflicts over globalization, globalism, anti-globalization, and nationalism. *In*: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century**: Constitucionalism, Transnationality and Theory of Law. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2020. Disponível em: <<https://www.giurisprudenza.unipg.it/dottorati/co-tutele/10-generale/1145-e-books-univali-unipg>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

¹⁰ Apesar das críticas acadêmicas a esse conceito, adota-se aqui a compreensão de que o globalismo é uma ideologia que trata o mundo como uma esfera propícia a influência política, com viés de autoritarismo e internacionalismo.

¹¹ POLLEIT, Thorsten. **A diferença básica entre globalismo e globalização econômica**: um é o oposto do outro. Mises Brasil, 1 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2639>>. Acesso em: 20 out. 2019.

ao respeito à sua autoridade internacional. Tomou-se também em consideração a controvérsia atinente à possibilidade de se estabelecer um código universal válido de ética judicial, a exemplo dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, diante das diferenças culturais existentes entre os povos das Nações Unidas.

Este subtítulo dedica-se a expor e a aprofundar as conclusões então obtidas, como um desdobramento daquele primeiro estudo.

1.1.1 A Autoridade da Organização das Nações Unidas

As Nações Unidas são uma organização internacional intergovernamental, fundada em 1945, ao final da Segunda Guerra Mundial, por um grupo de 50 países que pretendiam impedir outra guerra mundial como a que haviam acabado de viver¹². Atualmente, já é composta por 193 Estados membros¹³. Interessante mencionar que a própria Organização das Nações Unidas é parte do Sistema das Nações Unidas, e a cooperação entre todas as entidades que compõem esse sistema é essencial para a consecução dos seus objetivos de cooperação internacional¹⁴.

À medida que os problemas enfrentados pela humanidade aumentaram, o trabalho das Nações Unidas também cresceu e, hoje, já não se restringe ao que fora previsto em sua carta de fundação (*United Nations Charter*¹⁵). A Organização estabeleceu metas para construir um mundo mais sustentável e concordou com ações coletivas para desacelerar as mudanças climáticas. Seus objetivos atuais incluem manter a segurança e a paz mundiais, promover os direitos humanos, apoiar o desenvolvimento econômico e o progresso social, proteger o

¹² UNITED NATIONS (UN). **History of the United Nations**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹³ UNITED NATIONS (UN). **About Us**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁴ UNITED NATIONS (UN). **Our Work**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/our-work>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁵ UNITED NATIONS (UN). **United Nations Charter**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

meio ambiente e fornecer ajuda humanitária em casos de fome, desastres naturais e conflitos armados.

A teoria política classicamente distingue influência e poder como formas de controle social: influência é o modo de controle que determina a ação do outro com enfoque na escolha; poder, por sua vez, é o modo de controle que determina o comportamento do outro, tornando-lhe impossível agir de forma diferente¹⁶. Apesar de não ser um organismo supraestatal, mas sim interestatal¹⁷, a Organização das Nações Unidas parece exercer não apenas influência sobre as decisões de seus membros, mas também algum poder efetivo, muito embora esse não seja vinculante, mas apenas persuasivo.

Conforme definido pelo professor Paulo Márcio Cruz, poder de persuasão é a capacidade de obter obediência por meio da unificação de preferências e prioridades, convencendo quem deve obedecer da justeza, correção e bondade do modelo de ordem projetado¹⁸. O autor explica ainda que a ideologia é o instrumento desse tipo de poder, o que talvez esclareça os motivos da crise de legitimidade da autoridade das Nações Unidas. De fato, a entidade é acusada por alguns governos mais nacionalistas de ser a personificação do globalismo, ou seja, de ser uma entidade internacional cuja agenda é tentar impor uma arena global centralizada e autoritária de tomada de decisões.

É crescente a discussão sobre globalismo nas pautas de países-chave ao redor do mundo, como Estados Unidos, Grã-Bretanha, Ucrânia e até mesmo o Brasil, nos quais, sob o argumento de implicar interferência na soberania nacional, são feitas frequentes críticas ao papel das organizações supranacionais na solução de conflitos ou tomada de decisões sobre políticas públicas. Com efeito,

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle. Posição 977.

¹⁷ WENDPAP, Friedmann Anderson. **ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes**: Explicação do ODS 16 em linhas gerais e na ótica do Poder Judiciário. Curso Modular em Laboratório de Inovação, Centro de Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Módulo IX: Dimensão Institucional “Eixo Paz e Parcerias da Agenda 2030” - ODS 16 e 17. Material complementar. Associação Paranaense dos Juizes Federais, ensino à distância, 2021. p. 4.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 61-62.

algumas decisões da Organização das Nações Unidas e de outros organismos internacionais sobre questões delicadas, como política de imigração, valores religiosos ou temas morais polêmicos, a exemplo do aborto, dão ensejo a questionamentos de legitimidade.

Ocorre que a globalização, além de ter um viés predominantemente econômico, não político, parece ser um caminho sem volta. De acordo com Ian Bremmer, presidente e fundador do Eurasia Group, empresa global de consultoria e pesquisa de risco político, a globalização tirou um bilhão de pessoas da pobreza extrema nas últimas duas décadas, dentre as quais 90% das crianças do mundo. Em seu sentir, é por causa dela que uma criança nascida neste planeta hoje tem uma expectativa de vida média de 70 anos, e que um número cada vez maior de mulheres e meninas vêm sendo educadas em taxas sem precedentes¹⁹.

Não obstante o inegável avanço econômico trazido pela globalização, há o contraponto necessário ao globalismo e seus reflexos negativos, visto que, apesar da redução da pobreza global, observa-se um aumento contínuo da concentração de renda, principalmente nas economias mais avançadas. Como se não bastasse, algumas pessoas demonstram preocupação e levantam objeções quanto à perspectiva de que uma luta contra o globalismo possa levar a um nacionalismo exagerado, como se viu em meados do século XX, especialmente no período anterior à Segunda Guerra Mundial, externalizado pelo fascismo e pelo nazismo. Isso porque, conforme descrito pelo escritor Christopher Dawson: “Sempre que o espírito do fascismo aparece, ele se alia às forças do nacionalismo militante”²⁰. No entanto, parece bastante improvável que, neste momento da história da humanidade, certo grau de nacionalismo ou antiglobalismo possa evoluir

¹⁹UNIVERSITY OF MARYLAND, **RobertH.SmithSchool of Business**. Why Globalism Isn't Globalization, 10 abr. 2019. Disponível em: <www.rhsmith.umd.edu/faculty-research/smithbraintrust/insights/why-globalism-isnt-globalization>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁰ “Sempre que o espírito do fascismo aparece, ele se alia com as forças do nacionalismo militante. Na Alemanha, como *Herr Von Binzer* demonstra, suas análogas são as grandes associações nacionais de caráter semimilitar, como *Stahlhelm*, *JungdeutscheOrden* e *Werewolves*, que rejeitam o novo Estado alemão como uma “república de mascates e coveiros” e depositam as esperanças em um ressurgimento violento do sentimento patriótico nacional” (DAWSON, Christopher. **Inquéritos sobre religião e cultura**. Tradução de Fábio Faria. São Paulo: É Realizações, 2017. p. 43).

para o extremismo visto no passado. As pessoas, atualmente, recebem informações em tempo real e a maioria dos países desenvolvidos conta com instituições democráticas sólidas e um sistema tripartite de separação de poderes, segmentado em ramos executivo, legislativo e judiciário, para garantir a manutenção dessas instituições democráticas em bases de freios e contrapesos.

As críticas à Organização das Nações Unidas, de todo modo, não são recentes nem se restringem aos seus eventuais propósitos globalistas. Há críticas sobre a eficácia de sua atuação, sua organização administrativa, sua atuação diplomática e política, escândalos e até mesmo algum relativismo moral. A reforma da organização também está em discussão há muito tempo e um dos pontos centrais dos debates refere-se à representatividade dos países membros em seus dois órgãos principais, o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral²¹.

Bem se vê que existe espaço para aprimoramento em busca do resgate da confiança global. Lado outro, nunca é demais destacar o importante papel que essa, e outras organizações internacionais, desempenham na promoção da paz e da segurança internacionais, na defesa dos direitos humanos e nos programas de proteção ambiental. Consoante adverte Norberto Bobbio:

O desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito à autoridade internacional no plano externo marcham juntos. Quanto mais um governo for autoritário em relação à liberdade dos seus cidadãos, tanto mais será libertário (que me seja permitido usar essa expressão) em face da autoridade internacional²².

Por isso urge tomar medidas que visem a aumentar a confiança na Organização das Nações Unidas e na legitimidade de suas decisões. Nesse contexto, além das reformas administrativas com vistas ao aprimoramento da representatividade, é preciso encontrar o ponto de equilíbrio entre o desempenho de sua missão institucional e o respeito às decisões soberanas das nações em questões localmente sensíveis. Essas medidas associadas tendem a aumentar o

²¹ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty). **Reformando o Conselho de Segurança da ONU**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/4779-reformando-o-conselho-de-seguranca>>. Acesso em: 27 out. 2019.

²²BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 974.

poder de persuasão da Organização das Nações Unidas, resgatar a legitimidade de suas decisões e promover o respeito à sua autoridade internacional.

1.1.2 O Consenso Universal sobre Integridade Judicial

Segundo a lição de Bobbio, existem três maneiras de fundar valores. A primeira é “deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana”; a segunda, em considerá-los verdades evidentes em si mesmos; já a terceira consiste em descobrir “que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso)”²³. Para este autor, é somente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se pode ter a certeza histórica de que a humanidade compartilha alguns valores comuns.

Assim como existem valores universalmente aceitos para legitimar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também há um consenso universal sobre a necessidade de os juízes manterem padrões éticos de vida profissional e pessoal que os eximam de dúvidas quanto à sua independência, imparcialidade, honestidade, autoridade moral e também competência para resolver os conflitos que lhes são submetidos. A dificuldade, no entanto, reside no estabelecimento desses padrões éticos universais, dada a grande diversidade cultural encontrada de nação para nação. Como observou René Descartes, “muitas coisas que nos parecem muito extravagantes e ridículas não deixam de ser comumente aceitas por outros grandes povos”²⁴.

A Declaração Universal autoriza a crença na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, isto é, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas abrangido subjetivamente pelo universo dos homens²⁵. O consenso universal a respeito do direito, em completa igualdade, a julgamento justo e público por tribunal independente e imparcial está registrado no art. 10 da Declaração Universal dos

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 773.

²⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle. Posição 466.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 802.

Direitos do Homem²⁶. Da mesma forma, os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial são a prova do consenso, pelo universo dos homens, a respeito da existência de padrões universais de integridade judicial.

Aliás, esses princípios são um exemplo perfeito de direito transnacional. De acordo com a definição clássica, criada pelo juiz Philip Jessup, direito transnacional é todo aquele que regula ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais, no que se incluem o direito internacional público, o direito internacional privado, além de outras regras que não se enquadram totalmente nessas categorias padrão²⁷. Como exemplo, Harold Hongju Koh cita o sistema métrico, que não pode ser definido como um conceito nacional ou internacional e, em verdade, é realmente as duas coisas, um híbrido, uma ideia transnacional²⁸.

Para Koh, o direito transnacional representa uma espécie de híbrido entre o direito interno e o internacional, do qual se pode fazer o *download* (do direito internacional para um sistema de direito interno), o *upload* (de um sistema de direito interno para o internacional) ou o transplante (de um sistema de direito interno para outro)²⁹. Gregory Shaffer e Carlos Coye ensinam que o direito internacional se expandiu para muito além das relações interestatais, sendo hoje um componente-chave na ordenação jurídica transnacional e na criação de ordens jurídicas transnacionais³⁰.

Assim, tal como se pode dizer da Declaração Universal, os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial são algo que é mais do que um sistema doutrinal,

²⁶UNITED NATIONS (UN). **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

²⁷ SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders. **Legal Studies Research Paper Series**. Irvine, University of California, School of Law. n. 2017-02. p. 1.

²⁸ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Penn State International Law Review. Volume 24. Number 4, 5 jan. 2006. p. 745.

²⁹ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. p. 753.

³⁰ SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders. **Legal Studies Research Paper Series**. p. 9.

mas menos do que um sistema de normativo vinculante³¹, algo que pode ser definido como um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações³². Em outras palavras, esses princípios representam valores jurídicos transnacionais sobre integridade judicial, adotados pelas nações como padrões universais, especialmente por conta de sua declarada intenção de servirem de modelo para sistemas jurídicos nacionais e práticas locais de ética judicial.

O problema que se coloca é que tanto a família jurídica da *civil law* quanto a da *common law* têm, profundamente enraizadas, a ideia de que apenas os Estados são capazes de criar legitimamente o direito³³. Além disso, o sistema internacional, tal como existe atualmente, não pode nem mesmo exigir a implementação de suas diretivas como um requisito para um Estado pertencer à comunidade internacional³⁴. No fim das contas, como as declarações internacionais de direitos³⁵, esses princípios de integridade judicial representam, na prática, apenas diretrizes gerais de ação para um futuro indeterminado, sem garantia de realização além da boa vontade dos Estados, e sem base para apoio que não seja a pressão da opinião pública internacional ou de agências não estatais.

1.1.3 Os Princípios de Integridade Judicial como Direito Transnacional

A globalização é uma realidade já instalada contra a qual não se viu frutificar qualquer resistência efetiva³⁶. Trata-se de fenômeno predominantemente

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 846.

³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 848.

³³ MAURER, Andreas. The Creation of Transnational Law – Participatory Legitimacy of Privately Created Norms (paper). In: **Postnational Rulemaking between Authority and Autonomy** (conferência). 2012, University of Amsterdam, Amsterdam. p. 9.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 1651.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 1592.

³⁶ “[...] quanto mais os povos da Europa acentuavam conscientemente suas idiossincrasias nacionais e sua independência política, mais e mais se tornavam iguais nos costumes, ideias e aparato de cultura material. Ao mesmo tempo, perdiam a autossuficiência econômica e eram arrastados para as teias de um sistema industrial e comercial supranacional, que transcende as fronteiras políticas e torna todos os povos dependentes dos demais para satisfazer suas necessidades materiais” e “As velhas divisões que determinaram a visão histórica da Europa ruirão ou desaparecerão ao lado dessas forças econômicas impessoais. Uma unidade econômica poderá surgir em qualquer lado da fronteira política [...] e todas as forças do antagonismo nacional e da burocracia oficial serão impotentes para impedir esse surgimento” (DAWSON, Christopher. **Inquéritos sobre religião e cultura**. p. 31 e 32-33).

econômico, do qual as nações não podem escapar sem perder recursos e riquezas e, conseqüentemente, prejudicar suas economias, porque não é economicamente viável para um país cerrar suas fronteiras comerciais e produzir tudo o que consome³⁷. Diante disso, não se pode fechar os olhos às necessidades expressas pelos atores econômicos globais quando selecionam países para investir seus recursos.

Assim, mesmo sem a pretensão de “pasteurização” das legislações dos estados nacionais, alguns pilares éticos precisam estar evidentes para que as instituições de um país possam transmitir confiabilidade a ponto de essa virtude ser percebida internacionalmente. Não se trata, portanto, de um ideal de globalismo, mas sim de uma forma que permita aos estados nacionais tirarem vantagem da globalização econômica em seu aspecto positivo. Parte-se, portanto, de uma perspectiva realista sobre as necessidades dos atores econômicos internacionais no que diz respeito à integridade das instituições de uma nação para que esta seja considerada atrativa a investimentos.

A globalização da economia vem desafiando o liame estreito existente entre direito e estado nacional³⁸. Empiricamente falando, o direito internacional traz sérias implicações no papel dos mercados, na alocação de poder entre as instituições do Estado e no desenvolvimento de mecanismos de fiscalização (*accountability*) transnacional³⁹. Portanto, mesmo que seja apenas para mitigar os efeitos nocivos que a má qualificação das agências internacionais de avaliação de riscos possa causar à economia de um país, cada nação deve compreender o que se espera internacionalmente de um Poder Judiciário em termos de integridade e confiabilidade.

³⁷ POLLEIT, Thorsten. **A diferença básica entre globalismo e globalização econômica**: um é o oposto do outro.

³⁸ MAURER, Andreas. The Creation of Transnational Law – Participatory Legitimacy of Privately Created Norms. In: **Postnational Rulemaking between Authority and Autonomy**. p. 1.

³⁹ SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup’s Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders. **Legal Studies Research Paper Series**. p. 17.

Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, regras éticas emitidas pelas Nações Unidas, são princípios de direito transnacional a serem internalizados pelas nações dentro dos limites que permitirem a cultura e a realidade locais, a fim de melhorar a integridade judicial. Embora esses princípios não sejam regras vinculantes, mas apenas diretrizes e parâmetros de referência, representam valores jurídicos transnacionais que mostram o que a comunidade internacional espera do sistema judiciário de um país em termos de integridade.

A atual crise de confiança nos propósitos ideológicos da Organização das Nações Unidas explica parte da resistência, em uma abordagem mais nacionalista, em aceitar esses princípios de integridade judicial como fonte válida de direito. Para Bobbio, a *vis directiva* só atinge o seu propósito: (a) se quem a exerce tem muita autoridade, “ou seja, deve inculcar, se não temor reverencial, pelo menos respeito”, ou (b) se aquele sobre o qual se exerce é muito razoável, no sentido de “ter uma disposição genérica a considerar como válidos não só os argumentos da força, mas também os da razão”. O ideal, contudo, é que essas duas condições ocorram em conjunto⁴⁰.

No entanto, conquanto um estado nacional possa não adotar os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial como uma estrutura para suas regras nacionais, potencialmente essa opção poderia resultar em falta de credibilidade na esfera internacional, resultando em uma incapacidade de o país lidar com as consequências econômicas dessa decisão. Daí ser indispensável ajustar a legislação nacional e a conduta dos juízes ao direito transnacional e aos padrões legais transnacionais de ética judicial, conforme foram definidos e declarados pela comunidade internacional quando da redação do referido documento, cuja relevância e necessidade continuam prementes na atualidade.

É por isso que, apesar de qualquer crítica que possa ser feita aos propósitos ideológicos das Organizações das Nações Unidas, os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial são uma fonte válida de direito, uma vez que foram adotados pelas nações como padrões universais com a intenção declarada de

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 968.

servirem de base para sistemas jurídicos nacionais e práticas locais em matéria de ética judicial. Portanto, embora de caráter apenas persuasivo, na visão da comunidade internacional, esses princípios são relevantes, de forma que o maior incentivo para sua assimilação é a conscientização acerca das consequências – especialmente econômicas – caso as nações não sejam capazes de colocá-los em prática. Ou seja, no mundo globalizado, não basta que o Poder Judiciário de um país seja visto internamente como íntegro: é necessário que essa integridade também seja percebida internacionalmente por meio da assimilação dos padrões éticos transnacionais de integridade judicial.

1.2 DIFERENTES ABORDAGENS SOBRE INTEGRIDADE JUDICIAL

Integridade judicial é uma expressão que comporta mais de uma definição e uma das formas de se compreendê-la é a de que exprime o atributo da correção e da virtude do juiz. Já para Dworkin, integridade judicial é um princípio judiciário que demanda conceber o sistema jurídico como um todo destinado a expressar uma concepção coerente de uma determinada comunidade sobre justiça e equidade⁴¹. Uma terceira forma de se compreender integridade judicial é aquela que a associa à integridade intrínseca do Poder Judiciário, ou seja, considerando não apenas a integridade do magistrado, mas do sistema de Justiça como um todo.

No presente subtítulo, serão abordados esses três conceitos operacionais.

1.2.1 Integridade Judicial como Atributo da Correção e da Virtude

A convivência em sociedade demonstra que, em sua maioria, salvo situações de patologias psicológicas, tais como a sociopatia, os seres humanos procuram agir de forma a fazer o que entendem ser correto. Para tanto, é comum que as pessoas reflitam individualmente sobre o certo ou o errado a fim de guiarem suas condutas em sociedade e tornarem-se virtuosas. Espera-se que os

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271-272.

integrantes do Poder Judiciário, presumidamente capazes de discernir o certo do errado por meio da reflexão íntima, sejam pessoas virtuosas.

Todavia, a reflexão sobre a própria moral não é suficiente e nem o único caminho para se atingir a virtude, mesmo porque, intimamente, alguém pode considerar virtuosa uma conduta que, para os demais componentes da sociedade, seja moralmente reprovável. Em verdade, ainda que sem refletir sobre os próprios conceitos morais, mas desde que seja capaz de assimilar a ética da sociedade em que está inserido, é possível tornar-se um ser humano virtuoso. Essas mensagens passadas pela sociedade sobre o certo e o errado, muitas vezes, são postas em forma de regras escritas elaboradas com base no bem comum.

Conforme ensinam Shaffer e Coye, o direito internacional - que não é simplesmente uma tecnologia existente para resolver problemas transnacionais distintos -, amolda o direito do Estado, as instituições, as profissões e a identidade social. Isso ocorre de forma dinâmica e recursiva, muitas vezes em resposta a uma considerável resistência⁴², a qual é esperada quando o direito internacional a ser baixado (*downloaded*)⁴³ para o sistema nacional tem o potencial de restringir direitos individuais.

Especificamente no que toca às regras nacionais e transnacionais de conduta judicial, os questionamentos mais frequentes guardam relação com os limites de atuação do Estado e das organizações internacionais sobre as liberdades individuais de magistrados na positivação de códigos de ética e regras de conduta. No entanto, os juízes são cidadãos de quem se espera um esforço especial para manter a credibilidade do sistema de justiça, porque lhes foi confiada parte de um dos poderes do estado ou da nação: o Poder Judiciário.

Nos dizeres de Eduardo C. B. Bittar: “Concentrando tamanha importância, deve o juiz encontrar sobre si responsabilidade ética proporcional aos anseios sociais depositados sobre sua função e sua pessoa, uma vez que é esta

⁴² SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders. **Legal Studies Research Paper Series**. p. 9.

⁴³ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. p. 745.

que faz com que aquela se torne um exercício real e efetivo”. Assim, “Não se deve exagerar em pedir que o homem juiz seja mais que homem. Mas, se pode pedir do juiz que seja homem em sua plenitude, encarnando o ideal necessário da virtude e da prudência”⁴⁴. Nesse contexto:

Apesar da ampla liberdade de atuação, convencimento, desempenho profissional, a atividade censória é imprescindível para o controle da conduta do magistrado. O juiz possui deveres fixados em lei e deve cumpri-los de modo correto, na medida em que de sua atuação profissional decorrem influxos decisórios sobre o destino material, moral, psicológico, familiar, grupal, profissional das pessoas. Como exercente de uma atividade pública, não pode o juiz se esquivar de seu compromisso, sob qualquer tipo de alegação, sob pena de comprometer o andamento e o exercício de uma atividade pública essencial, típica do Estado e indelegável⁴⁵.

É por isso que nem todos os direitos individuais dos juízes podem ser gozados na mesma extensão que os dos cidadãos comuns, de quem não se exige tanto em termos de decoro e integridade. Logo, por óbvio, é necessário aprimorar constantemente os códigos de ética e as regras de conduta a serem seguidas pelos juízes, pois, “se se questiona o juiz para que abrace uma ética profissional mais ativa, há que se tornar claras as principais virtudes da função”⁴⁶.

Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, orientações éticas expedidas pela Organização das Nações Unidas, foram editados com a pretensão de “orientar a atuação do juiz, de modo a contribuir para o fortalecimento da integridade judicial e da autoridade moral dos magistrados”. Esses princípios “pretendem definir padrões para a conduta ética dos juízes”⁴⁷; em adição à declaração desses princípios, foram adotados também Comentários⁴⁸ detalhados

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 580 e 586.

⁴⁵ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. p. 591.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. p. 594.

⁴⁷ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.p. 8.

⁴⁸ UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime. (UNODC). **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/commentary-on-the-

sobre cada um deles, submetidos às prévias discussão e avaliação por um grupo de peritos em uma reunião intergovernamental, o que resultou em um memorando explanatório na forma de um guia autorizado⁴⁹ a lhes conceder profundidade e aumento em peso e autoridade⁵⁰. O conceito de integridade judicial como um valor “essencial para a apropriada desincumbência dos deveres do ofício judicial”⁵¹ foi definido nos Comentários nos seguintes termos:

A integridade é o atributo da correção e da virtude. Os componentes da integridade são honestidade e moralidade judicial. Um juiz deve sempre agir dignamente e de uma maneira apropriada ao ofício judicial, livre de fraude, trapaça e mentira, não apenas no cumprimento de seus deveres oficiais, sendo bom e virtuoso em comportamento e caráter. Não há graus de integridade assim definida. A integridade é absoluta. No Judiciário, a integridade é mais que uma virtude; é uma necessidade⁵².

Em sua aplicação, restou assentado que “um juiz assegurar-se-á de que sua conduta esteja acima de reprimenda do ponto de vista de um observador sensato”⁵³; bem como: “O comportamento e a conduta de um juiz devem reafirmar a fé das pessoas na integridade do Judiciário. A justiça não deve meramente ser feita, mas deve ser vista como tendo sido feita”⁵⁴.

No âmbito interno, o Código de Ética da Magistratura Nacional, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, e aprovado em sessão ordinária do dia 6 de agosto de 2008, foi publicado em 18 de setembro daquele mesmo ano. O seu preâmbulo⁵⁵ externa a compreensão de que “a adoção de Código de Ética da

[bangalore-principles.html](#)>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁴⁹UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. p. 17.

⁵⁰UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. p. 6.

⁵¹ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 87.

⁵² NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 87.

⁵³ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 88.

⁵⁴ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 91.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível

Magistratura é instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral”, bem como “mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário”. Afirmar, ainda, ser “fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais” e reitera que: “a Lei veda ao magistrado ‘procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções’ e comete-lhe o dever de ‘manter conduta irrepreensível na vida pública e particular’ (LC n.º 35/79, arts. 35, inciso VIII, e 56, inciso II)”.

O art. 1º do Código de Ética da Magistratura Nacional já afirma a necessidade de conduta compatível com seus preceitos éticos para o exercício da magistratura, o qual se deve nortear “pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”. Já em seu Capítulo V, dedicado à “integridade pessoal e profissional”, o Código conta com cinco artigos que tratam especificamente desse tema:

Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.

Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, ciente de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.

Art. 17. É dever do magistrado recusar benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional.

Art. 18. Ao magistrado é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções.

Art. 19. Cumpre ao magistrado adotar as medidas necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a

legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.

Bem se vê que, também em âmbito interno, o conceito operacional de integridade judicial como regra de conduta consiste no atributo da correção e da virtude e guarda relação com a confiança que o magistrado inspira. Traduz-se em uma espécie de conjunto de pré-condições para o desempenho do complexo papel de juiz, no que se incluem a imparcialidade e objetividade judiciais, a atuação dentro do consenso social e a manutenção da confiança pública no judiciário⁵⁶, objetivo que só é alcançado mediante o público reconhecimento de que o juiz é justo⁵⁷, pois, “Somente o cidadão reconhecendo, simpatizando e confiando na classe judicial terá esta instituição logrado cerrar os elos da corrente social em torno de si. Terá alcançado, enfim, o saudável prestígio judicial”⁵⁸.

Nas palavras de Aharon Barak, filósofo do direito que, por muito tempo, integrou (e presidiu) a Suprema Corte de Israel:

Uma condição essencial para o cumprimento da função judicial é a confiança do público no juiz. Isso significa confiança na independência judicial, justiça e imparcialidade. Significa confiança pública nos padrões éticos do juiz. Significa a confiança pública de que os juízes não são partes interessadas na luta legal e de que não lutam por seu próprio poder, mas para proteger a constituição e a democracia. Significa a confiança pública de que o juiz não expressa suas opiniões pessoais, mas sim as crenças fundamentais da nação. Na verdade, o juiz não tem nem espada e nem bolso [o poder militar ou os recursos financeiros do Estado]. Tudo o que ele tem é a confiança do público. Isso significa que o público reconhece a legitimidade das decisões judiciais, mesmo que discorde de seu conteúdo⁵⁹.

⁵⁶BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. Edição do Kindle. Posição 234.

⁵⁷BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posições 2055 e 5496.

⁵⁸ RODRIGUES, João Gaspar. **O perfil Moral e Intelectual do Juiz Brasileiro**: a formação dos magistrados no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007. p. 158.

⁵⁹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 2156. Tradução livre. Texto original: “An essential condition for realizing the judicial role is public confidence in the judge.²⁵ This means confidence in judicial independence, fairness, and impartiality.²⁶ It means public confidence in the ethical standards of the judge. It means public confidence that judges are not interested parties to the legal struggle and that they are not fighting for their own power but to protect the constitution and democracy. It means public confidence that the judge does not express his own personal views but rather the fundamental beliefs of the nation.²⁷ Indeed, the judge has neither sword nor purse.²⁸ All he has is the public’s confidence in him. This fact means that the public recognizes

Integridade judicial é, portanto, um conceito que exprime o atributo da correção e da virtude do juiz, mas que transcende o “ser” e diz respeito também ao “parecer”, com enfoque na legitimidade.

1.2.2 Integridade Judicial como Princípio Judiciário

Dworkin foi um jurista americano que sucedeu em sua cátedra a Herbert L. A. Hart, professor de *Jurisprudence* na Universidade de Oxford. Consoante doutrina de Dworkin, em sua abordagem pós-positivista substancialista⁶⁰ da Ciência Jurídica⁶¹, o direito é regido pelo princípio da integridade, que demanda conceber o sistema jurídico como um todo destinado a expressar a concepção de uma determinada comunidade sobre justiça e equidade. A crítica mais ferrenha às ideias de Dworkin guarda relação tanto com a crença ideológica de que existe apenas uma solução apropriada para cada problema legal quanto com a teoria da decisão judicial exposta por meio da figura do juiz idealizado “Hércules”⁶².

A partir da compreensão dworkiana do direito, o conceito operacional de integridade judicial, ou direito como integridade (*law as integrity*), pode ser resumido como o princípio judiciário que instrui os juízes “a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”⁶³. Ensina Dworkin: “A integridade é a

the legitimacy of judicial decisions, even if it disagrees with their content”.

⁶⁰ “Substancialismo: Eixo teórico consoante o qual o Judiciário atua de modo legítimo ao garantir a efetividade dos princípios e valores constitucionais e morais, sobretudo dos direitos fundamentais, podendo concretizar tais conteúdos ao proferir decisões, mesmo criativamente, ou fiscalizar a vontade política infraconstitucional, ou, ainda, suprir as omissões ou atuações insuficientes dos demais Poderes, desde que exista o acerto quanto aos motivos das decisões judiciais e ao que (what) elas determinam”. (SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. 2019. 509 f. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí. p. 7).

⁶¹ Zanon Junior afirma que a versão do pós-positivismo de Dworkin pode ser apelidada de “antipositivista”, por se dedicar “declaradamente ao combate teórico contra seus principais postulados”. (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 90).

⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 271-272.

chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais⁶⁴. Para o autor, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁶⁵. Aduz que “a ambição da integridade é ser uma comunidade de princípios”⁶⁶. Segundo o juiz Marcelo Elias Naschenweng, “Dworkin rechaça a investigação pelo intérprete quanto ao intento dos legisladores para a resolução dos casos em que não se apurar facilmente a regra a ser aplicada”⁶⁷.

Para Dworkin, “[...] o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendamos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”⁶⁸. Isso porque o direito como integridade seria “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. Em outras palavras: “O programa que [o direito como integridade] apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo”, de modo que “o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”⁶⁹.

Na leitura de Dworkin, “O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito”⁷⁰. No seu sentir, 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

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 260.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 272.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 291.

⁶⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente: o cuidado da coerência e da integridade**. Belo Horizonte: Dialética, 2020. Edição do Kindle. Posição 477.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 271.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 273.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 488.

interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”⁷¹. Argumenta Dworkin, também, que: “Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção funcional bastante individualizada do direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente [...]”⁷².

Das lições de Barack, extrai-se ser inegável que os diversos juízes que compõem um Poder Judiciário refletem as diferentes opiniões que existem em sua sociedade, pois não operam no vácuo e a sociedade da qual fazem parte os influencia⁷³, todavia, não é sua função representar as diferentes opiniões que existem em sua sociedade⁷⁴. É por isso que Dworkin complementa que essas convicções pessoais do juiz em questões de justiça não se sobrepõem à história política de sua comunidade⁷⁵.

Como bem explica, “o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas”⁷⁶, de modo que não apenas o direito legislado está integrado a este conceito, mas também o judicativamente produzido. Assim, o direito entendido como integridade pressupõe a vinculação da comunidade e do operador tanto à lei quanto aos precedentes judiciais, o que

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 305.

⁷² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 306.

⁷³ “Admittedly, judging is a way of life that involves some degree of seclusion, abstention from social and political struggles, restriction on the freedom of expression and the freedom to respond, and a large amount of isolation and internalization. But judging is emphatically not a way of life that involves a withdrawal from society. There should be no wall between the judge and the society in which the judge operates. The judge is a part of the people”. Tradução livre: “É certo que judicar é um modo de vida que envolve algum grau de reclusão, abstenção de lutas sociais e políticas, restrição à liberdade de expressão e de resposta e um grande isolamento e internalização. Mas, enfaticamente, judicar não é um modo de vida que envolve um afastamento da sociedade. Não deve haver nenhum muro entre o juiz e a sociedade em que ele opera. O juiz faz parte do povo”. (BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 2174).

⁷⁴ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posições 187 e 2091.

⁷⁵ “[...] os fatos brutos da história 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 geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 305-306).

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 119.

beneficia a sociedade por lhe oferecer previsibilidade e por assegurar “entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce”⁷⁷.

Na análise de Naschenweng, a lição dworkiana é a de que: “Uma decisão judicial deve ser forjada por argumentos de princípio”⁷⁸, e cita Francisco José Borges Motta para complementar que Dworkin condena “a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”⁷⁹.

Dworkin utiliza a alegoria de um livro em construção, ou um romance em cadeia, para explicar que as decisões jurídicas não podem ser consideradas atos isolados, mas sim capítulos coerentes da continuidade de uma mesma história⁸⁰, de modo a assumir a forma de uma teia inconsútil⁸¹. Ver o direito como uma integridade significa acolher a ideologia de que um sistema legal não é uma simples confederação de leis, pois as regras legais e os princípios jurídicos, juntos, constituem um sistema cujas diferentes partes estão intimamente ligadas, de modo que a interpretação de uma única lei afeta a interpretação de todas as outras⁸².

1.2.3 Integridade Judicial como Integridade do Sistema de Justiça

A expressão sistema jurídico, segundo o professor Osvaldo Agripino de Castro Junior, designa o “conjunto de normas escritas, usos e costumes, inclusive decisões dos tribunais (*laws*), adotado por determinada comunidade que compartilha os mesmos princípios e regras de aplicação e interpretação do direito, objetivando a resolução de seus conflitos”⁸³. Em outras palavras, “os

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 119-120.

⁷⁸ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**. Posição 474.

⁷⁹ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a decisão jurídica. Salvador: Juspodivum, 2017. p. 222. Apud: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**. Posição 424.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017. p. 180-184.

⁸² BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 214.

⁸³ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e**

procedimentos e as regras em vigor em determinado território, normalmente coincidente com o ordenamento nacional de um País, mas que também pode ser internacional, como no caso dos sistemas vinculados a Tratados Internacionais”⁸⁴.

Já por sistema de Justiça, ou sistema judicial, compreende-se o “conjunto de entidades estatais e paraestatais bem como de pessoas físicas que têm como objetivo a resolução dos conflitos de uma determinada comunidade”⁸⁵.

É da integridade judicial desse conjunto de entidades que trata o presente subtítulo.

Segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Langaro Dipp, Coordenador-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários à época da edição dos Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, “o Judiciário, um dos três pilares da democracia, é o último refúgio do cidadão contra leis injustas e decisões arbitrárias”. É por isso que, “Se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas”⁸⁶.

Expõe o Ministro:

A confiança do público no sistema judicial também é de fundamental importância para que este mantenha sua independência, que dirá respeito às cortes e ao próprio magistrado, e não veja seus limites serem invadidos pelos demais poderes governamentais, das mais variadas formas, com a aquiescência da própria população⁸⁷.

Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. p. 37.

⁸⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático:** intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 404.

⁸⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento:** Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002. p. 37.

⁸⁶ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** p. 7.

⁸⁷ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** p. 7.

O Grupo de Integridade Judicial das Nações Unidas (*The Judicial Integrity Group*), criado no âmbito do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC) com o objetivo de assegurar a integridade dos sistemas de justiça em âmbito global, é composto por membros de cortes superiores e juízes experientes de diversos países. Seu nascimento ocorreu em um momento em que se percebeu a necessidade de debater o problema consistente na “evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais por serem tidos como corruptos ou imparciais em algumas circunstâncias⁸⁸”. Nas palavras de Christopher Gregory Weeramantry, presidente do Grupo, “Um Judiciário de incontestável integridade é a instituição base, essencial, para assegurar a conformidade entre a democracia e a lei”⁸⁹.

Bobbio explica que, com o escopo de tutela dos direitos do homem, os organismos internacionais têm, até hoje, implementado atividades que se amoldam a uma dessas três espécies: de promoção, de controle e de garantia. Para que sejam caracterizadas como atividades de promoção, devem ser orientadas para um duplo efeito: “a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la”; e, “b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles jurisdicionais)”⁹⁰. Logo, a publicação dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e de seus Comentários caracteriza-se como uma atividade de promoção dos direitos do homem.

Também a título de promoção dos direitos humanos, os estados-membros da Organização das Nações Unidas adotaram, em 2015, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁹¹, que consiste em um apelo universal à ação

⁸⁸ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 13.

⁸⁹ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 9.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 990.

⁹¹ UNITED NATIONS (UN). **The Sustainable Development Agenda**. Disponível em:

para erradicar a pobreza, proteger o planeta e melhorar a vida e as perspectivas das pessoas ao redor do mundo.

O Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC) oferece assistência prática e incentiva abordagens transnacionais para apoiar os Estados Membros na implementação da Agenda 2030⁹². O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16, da Agenda 2030, nominado Paz, Justiça e Instituições Fortes (*Peace, Justice and Strong Institutions*), parte do pressuposto de que o estado de direito e os sistemas de justiça justos, eficazes e humanos são facilitadores e peças fundamentais para o desenvolvimento sustentável⁹³.

No Brasil, a institucionalização da Agenda 2030 deu-se com publicação da Resolução n. 325, de 30 de junho de 2020, pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021 a 2026⁹⁴. Dentre os macrodesafios estabelecidos, destacam-se, para as finalidades deste estudo, a garantia dos direitos fundamentais, o fortalecimento da relação institucional do Poder Judiciário com a sociedade, a agilidade e a produtividade na prestação jurisdicional, o enfrentamento à corrupção, a consolidação do sistema de precedentes obrigatórios e a promoção da sustentabilidade. Já à luz dessas diretrizes, foi aprovada, durante o XIV Encontro Nacional do Poder Judiciário, dentre as “Metas Nacionais para o Judiciário Brasileiro alcançar em 2021”, a meta n. 9, que consiste em integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário, por meio de ações de prevenção ou desjudicialização de litígios⁹⁵.

Logo, a integridade judicial vista sob o enfoque da integridade do sistema e Justiça é atributo que distingue o Poder Judiciário de uma nação como

<<https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹² UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **About the United Nations Office on Drugs and Crime**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹³ UNITED NATIONS (UN). **Goal16: Peace, Justice and Strong Institutions**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>. Acesso em: 4 mai. 2021.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 325, de 30 de junho de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

instituição forte, eficaz e confiável, cuja indispensabilidade ao estado democrático de direito é reconhecida tanto no direito internacional quanto no brasileiro.

1.3 INTEGRIDADE JUDICIAL NO BRASIL

É fato que: “No Brasil, a par da relevância atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, nos últimos anos ele tem sido posto em xeque”⁹⁶. Ocorre que essa crise de legitimidade não tem relação apenas com o comportamento de alguns membros isolados, que acabam por ferir a imagem da instituição. A perda da confiança das pessoas no Poder Judiciário também se encontra, em muito, relacionada com a crença de que a corrupção está entranhada no sistema judicial e de que a lei não é interpretada de forma igual para todos. A par disso, a morosidade processual e a insegurança jurídica experimentadas no país também levam o Poder Judiciário ao descrédito.

Exsurge incontestemente a relevância do zelo pela integridade e do fortalecimento da autoridade moral dos magistrados para a manutenção da legitimidade do Poder Judiciário de um Estado. Como já se expôs anteriormente, a fim de orientar a conduta dos juízes, foram declarados os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial (independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade e competência e diligência) e redigidos seus Comentários, que aprofundam seus conceitos. Em adição a esses princípios e com o objetivo de servir de instrumento “para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral”, editou-se o Código de Ética da Magistratura Nacional⁹⁷.

No mais, é intuitivo afirmar que se impõe dar transparência aos mecanismos internos de apuração de desvios de conduta e combate à corrupção no Poder Judiciário. Como adverte Barak, a existência desses mecanismos “é particularmente importante, tendo em vista as frequentes tentativas de vestir os problemas políticos com trajes legais e colocá-los perante o tribunal”⁹⁸. Tão ou mais

⁹⁶ NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. p. 8.

⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**.

⁹⁸ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 117. Tradução livre. Texto original:

importante, contudo, é rever a própria concepção do sistema de Justiça instalado no Brasil.

1.3.1 A Crise de Legitimidade do Sistema de Justiça Brasileiro

Por conta da infinidade de possibilidades recursais disponíveis àqueles que têm condições de custeá-las, o Direito Penal brasileiro acaba fazendo com que os processos efetivamente relacionados à corrupção não tenham solução em prazo razoável. Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, a respeito da seletividade do sistema penal brasileiro: “Nós não prendemos os verdadeiros bandidos no Brasil”⁹⁹. Já especificamente sobre a inaptidão do sistema de justiça pátrio para o combate à corrupção, ele afirma: “Nós criamos um país de ricos delinquentes pela incapacidade do Direito Penal de acolher qualquer pessoa que ganha mais do que cinco salários mínimos”¹⁰⁰.

Sobre o uso indevido (e abusivo) de conceitos operacionais como devido processo legal e garantismo, adverte o Ministro: “[...] devido processo legal não é o que não acaba nunca e garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito”, concluindo que, “Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo”¹⁰¹. Já sobre a perda de credibilidade da Justiça por conta da ineficiência do sistema penal, diz que “a credibilidade da Justiça integra o conceito de ordem pública que deve ser adotado”, e que: “A demora na aplicação indefinida de sanções proporcionais abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a respeitabilidade das instituições judiciais”¹⁰². Urge, portanto, tornar a justiça penal mais célere e eficaz para todos, pois “um sistema de justiça criminal

“Establishing criteria for judging judges is particularly important in view of the frequent attempts to dress up political problems in legal garb and place them before the court”.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, Luiz Inacio Lula da Silva e Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 4 abr. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018. p. 166.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, p. 173.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, p. 168.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, p. 178.

que não funciona desmoraliza o Brasil perante a comunidade internacional também”¹⁰³.

Já no âmbito da jurisdição civil, com um Poder Judiciário lento e ineficaz, o Brasil não estimula a atividade empresarial, que “necessita apoiar-se em instituições eficientes, compatíveis com a realidade do mundo contemporâneo e que contribuam para o desenvolvimento econômico”¹⁰⁴. Para agregar valor à competitividade econômica do país e bem utilizar o direito como uma estrutura redutora de custos, o Poder Judiciário deve ser independente, previsível e resolver seus conflitos de forma célere e efetiva¹⁰⁵. Com efeito, a própria crise de legitimidade da Justiça reduz sua capacidade de imprimir eficácia às decisões judiciais. Não é à toa que “Um estudo comparativo envolvendo sete países estimou que a taxa de crescimento brasileira estava 20% abaixo de seu potencial e a disponibilidade de crédito era reduzida em 10% devido à disfuncionalidade do Judiciário”¹⁰⁶.

Caso pretenda ser atraente para contratos, parcerias comerciais e investimentos internacionais, uma nação precisa transmitir confiabilidade. Um indicador econômico utilizado por investidores estrangeiros, no momento de tomar a decisão a respeito de lhes ser ou não interessante investir no país, é o chamado risco-país, que pode ser resumidamente explicado como um indicador de confiança: um índice elevado, revelador de alto risco, provoca a desconfiança dos investidores e os incentiva à busca por outro país, com um risco menor, para o qual direcionar seus investimentos. O risco-país associado ao Brasil é chamado de

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, p. 168.

¹⁰⁴MAIDAME, Márcio Manoel. **“Custo Brasil” e a adequação do Poder Judiciário às Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. Disponível em: <<https://momentum.emnuvens.com.br/momentum/article/download/220/171/425>>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 3.

¹⁰⁵MAIDAME, Márcio Manoel. **“Custo Brasil” e a adequação do Poder Judiciário às Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. p. 8.

¹⁰⁶GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 1 set. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>>. p. 166. Acesso em: 30/5/2021.

Risco Brasil. Seu cálculo é feito a partir de um conjunto de índices relacionados a uma série de fatores, como comportamento político, oscilações do mercado, dívida pública, tensões e conflitos diplomáticos e desastres naturais¹⁰⁷.

Um dos critérios do Risco Brasil é a falta de segurança jurídica, decorrente da instabilidade da jurisprudência brasileira no trato dos assuntos empresariais. Outro critério considerado é a morosidade do Poder Judiciário, que gera para os litigantes um dano marginal consistente adicional ao prejuízo experimentado “pelo decurso de tempo entre a petição inicial e a entrega efetiva do pedido pelo Judiciário”. Esse “drama do tempo de demora do processo (e, portanto, de certa maneira, sua inefetividade) é aquele dentre os problemas do Poder Judiciário brasileiro que mais afeta os interesses da iniciativa privada” e faz com que o país seja visto como um lugar inadequado para investimentos. Segundo relatório do Banco Mundial de 2005, “No Brasil, em média, exigem-se 566 dias para obter-se judicialmente o cumprimento de uma obrigação contra 75 dias em média em um país desenvolvido¹⁰⁸”.

É certo que o custo social de um Poder Judiciário anacrônico – o qual acaba recaindo sobre os ombros do brasileiro –, é a geração de um ambiente de incertezas, repressor do desenvolvimento da atividade econômica e, conseqüentemente, da extensão dos mercados, da competitividade e da inovação¹⁰⁹.

A experiência da Corte de Chancelaria de Delaware revela o potencial de atração de investimentos que um órgão jurisdicional que compreenda as necessidades do setor produtivo é capaz de gerar, o que acabou por tornar aquele estado em escolha prioritária da maioria dos conglomerados de empresas norte

¹⁰⁷ ONZE. **Risco Brasil**: o que é, a importância e como calcular. Disponível em: <<https://www.onze.com.br/blog/risco-brasil-2/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹⁰⁸MAIDAME, Márcio Manoel. “**Custo Brasil**” e a adequação do Poder Judiciário às **Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. p. 9-11.

¹⁰⁹MAIDAME, Márcio Manoel. “**Custo Brasil**” e a adequação do Poder Judiciário às **Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. p. 8.

americanas para o estabelecimento das sedes dos seus centros administrativos¹¹⁰. O Brasil, ao contrário, sofre atualmente as consequências da fuga das grandes empresas multinacionais.

O enfoque que se dá ao problema na presente dissertação é justamente o da crise de legitimidade do sistema de Justiça em decorrência da morosidade processual, da insegurança jurídica e da sensação de que a lei não é interpretada de forma igual para todos, o que mina o senso de justiça e compromete a respeitabilidade das instituições judiciárias. O problema não é tratado, porém, exclusivamente sob o enfoque dos interesses econômicos, mas também à vista da necessidade de se garantir o direito humano de acesso à Justiça àqueles que efetivamente necessitam.

1.3.2 A Seleção Adversa em um Poder Judiciário Sobrecarregado

Dentre os desdobramentos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 16, da Agenda 2030, encontra-se a meta 16.3, consistente em promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos¹¹¹.

Um dos indicadores utilizados para o acompanhamento do acesso à justiça é a proporção da população que se envolveu alguma disputa nos últimos dois anos e que acessou um mecanismo formal ou informal de resolução, por tipo de mecanismo. Todavia, o que o Conselho Nacional de Justiça constata é um aumento bastante significativo no número de novos processos no Poder Judiciário brasileiro: de 24,6 milhões em 2009, quando se iniciou a contabilização da série histórica, para 30,2 milhões em 2019, ano em que, em média, 12.211 a cada 100.000 habitantes ingressaram com uma ação judicial¹¹².

¹¹⁰ MAIDAME, Márcio Manoel. **“Custo Brasil” e a adequação do Poder Judiciário às Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. p. 11-12.

¹¹¹BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Objetivo 16 – Paz, Justiça e Instituições Fortes**. Disponível em: <<https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=16>>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em->

O que esses números revelam não é um problema relacionado à dificuldade de acesso, mas sim a um abuso do direito de acesso à jurisdição. Em outras palavras, “O Judiciário como recurso está, portanto, sendo sobre e não subutilizado”¹¹³.

O Brasil, já há algum tempo, vem subsidiando a litigância ao criar os juizados especiais nos quais não é necessário um advogado e não existem custas processuais, reduzindo-se consideravelmente os custos de um processo. Criou, ainda, a Defensoria Pública e a assistência judiciária gratuita, possibilitando ao sucumbente não ter que pagar custas processuais mesmo na justiça comum. No entanto, tudo isso tem custos que são repassados ao contribuinte, ou seja, toda a sociedade é quem paga os custos subsidiados de cada processo. Trata-se, portanto, de uma opção política de transferir renda do contribuinte para o litigante¹¹⁴.

O mau uso dos conceitos de “inafastabilidade da jurisdição” e “interesse de agir”, o abuso do direito à gratuidade judiciária, o uso experimental da Justiça, a proliferação desenfreada de cursos de Direito (com a consequente redução do custo de um contrato de prestação de serviços advocatícios) e o direcionamento dos honorários sucumbenciais aos advogados, entre outras questões, acabam por resultar em um volume invencível de processos cíveis, dentre os quais incontáveis ações frívolas e oportunistas, o que torna estruturalmente impossível a prestação jurisdicional sem atraso e leva o Poder Judiciário ao descrédito.

Releva pontuar, também, dentre os fatores determinantes da sobrecarga do sistema de justiça, a natural dificuldade de consensos nas democracias e a consequente entrega de toda sorte de conflitos ao Judiciário:

Claro que na “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” [Häberle], todas as pessoas concretizam a Constituição, na medida em que se conduzem de acordo com ela, sem necessidade de ir ao Judiciário, mas é a partir dos conflitos a ele submetidos que o Estado interfere, já que está proibido o *non liquet* nas democracias

N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021. p. 94 e 99.

¹¹³GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 180.

¹¹⁴GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e31820, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31820>>. Acesso em: 7/5/2021. p. 10.

contemporâneas, dizendo a última palavra sobre o dissenso quanto à solução do caso. Como o consenso torna-se recurso escasso nas democracias, o Judiciário sobrecarrega-se, principalmente a sua cúpula¹¹⁵.

Entretanto, se não o mais determinante, mas certamente um dos fatores que mais fortemente contribuem para a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro é a escassez de “capital jurídico”, conceituado pelo Professor Ivo Teixeira Gico Junior, da Universidade de Brasília, como a uniformidade de jurisprudência:

O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar reiteradamente tais regras quando surge um conflito, os agentes sociais podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes sociais saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento¹¹⁶.

Para o autor, a insegurança resultante da não uniformização das regras jurídicas aplicadas pelo Poder Judiciário (escassez de capital jurídico), aliada ao livre acesso à jurisdição, “gera incentivos para a sobre utilização dos tribunais, resultando no problema endêmico de congestionamento”, denominado “a Tragédia do Judiciário”¹¹⁷. Explica o professor que, quando “o benefício privado é superior ao custo privado, ainda que inferior ao custo social, [...] a estratégia dominante é divergir. É este equilíbrio não cooperativo que é a tragédia”¹¹⁸.

Isso ocorre porque: “Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito”¹¹⁹. Dito de outro modo, o litigante individual não toma em consideração o custo social do seu litígio no momento de decidir se o leva ou não à Justiça, mas

¹¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

¹¹⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 165.

¹¹⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 163.

¹¹⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 175.

¹¹⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. p. 7.

apenas os seus custos e benefícios privados. Assim, se não há uma mensagem clara do Judiciário a respeito das regras jurídicas que aplica, a relação custo-benefício das aventuras jurídicas pode se revelar vantajosa ao litigante individual. Um contexto como esse estimula o surgimento de demandas repetitivas e de rediscussões de velhas questões jurídicas, o que leva à escassez da prestação jurisdicional em razão do congestionamento dos tribunais¹²⁰.

A propósito, Gico Junior chama atenção para algo que, segundo ele “parece escapar à percepção de alguns cientistas sociais” em se tratando de acesso à Justiça: “O problema está em se focar o acesso ao recurso (Judiciário), quando o correto seria focar a possibilidade de usar e gozar do fruto (prestação jurisdicional), que é - em larga medida - o que realmente desejam as pessoas”. Segundo concluiu em seus estudos, “Quanto mais pessoas utilizarem o Judiciário, menos útil ele será para a coletividade, pois menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios”¹²¹.

[...] se se demora muito e as decisões são ruins, erráticas e imprevisíveis, as pessoas passam a não confiar no Judiciário como mecanismo de resolução de conflitos e deixam de utilizá-lo por motivos legítimos e passam a utilizá-lo por outros, socialmente indesejáveis. Se, por um lado, pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário, porque este é excessivamente moroso e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Estamos diante de um claro problema de seleção adversa. Cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações. É a antítese da função social do Judiciário.

Essa seleção adversa, que exclui usuários marginais pela morosidade, acaba por reduzir a utilidade social do Poder Judiciário e gera um resultado diametralmente oposto ao ideal de universalização do acesso à Justiça. Trata-se de uma consequência ainda mais trágica do subinvestimento em capital jurídico¹²², a qual precisa ser enfrentada se o país pretende, de fato, ter um

¹²⁰GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 185-186.

¹²¹GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 178.

¹²²GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 191-

Judiciário forte, eficaz e confiável. Urge ter em conta, então, que o efeito mais imediato da vinculação das cortes inferiores e juízes singulares às decisões dos tribunais superiores é a previsibilidade dos resultados. A pragmática abordagem juseconômica, típica do jurista americano, já demonstrou, como consequência jurídica do sistema de precedentes, a racionalização do uso da Justiça, seja no ajuizamento de novas demandas, seja no momento de decidir recorrer ou não de uma decisão proferida.

A percepção subjetiva quanto à probabilidade de êxito do pleito do autor, que chamaremos de PA, está sujeita a um elemento de incerteza correspondente à sua expectativa quanto às provas e fundamentos jurídicos que serão apresentados pelo réu e quanto à avaliação do magistrado de todo o conjunto. Nada obstante, qualquer que seja o valor de PA, postula-se que o autor deduzirá seu pedido caso acredite que os benefícios esperados em fazê-lo superem os custos esperados [...]¹²³.

As mudanças introduzidas no sistema processual brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 por meio da instituição do precedente de observância obrigatória são um investimento em capital jurídico, pois têm a intenção declarada de promover a uniformização da jurisprudência e a resolução do problema das demandas repetitivas. A premissa, com efeito, é a de que “a parte que escolhe litigar sopesa os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito *versus* outros mecanismos ou mesmo o abandono do litígio”¹²⁴. Logo, a implementação de um verdadeiro sistema de precedentes no Brasil tende a servir de desestímulo a aventuras jurídicas, o que reduzirá a sobrecarga do sistema de justiça, permitindo minimizar a seleção adversa e, conseqüentemente, maximizar as possibilidades de acesso à Justiça por parte daqueles que efetivamente dela necessitem.

194.

¹²³ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1. p. 166-178, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/284274771_De_Graca_ate_Injecao_na_Testa_Analise_e_Juseconomica_da_Gratuidade_de_Justica>. p. 168-169. Acesso em: 30/5/2021.

¹²⁴ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. p. 168.

1.3.3 Integridade Judicial nos Sistemas da Tradição Jurídica Ocidental

Antes de adentrar no mérito deste subtítulo, convém diferenciar brevemente os conceitos operacionais de tradição jurídica, família jurídica, *civil law*, *common law*.

Família jurídica é “uma classe homogênea dentro da qual são agrupados ordenamentos ou sistemas jurídicos com traços comuns, levando em conta o papel das instituições e do direito, as fontes, as técnicas, os métodos de aplicação e os princípios do direito”¹²⁵. A *civil law* e a *common law*, por exemplo, são famílias jurídicas.

Civil law é a “Família jurídica de matriz romano-germânica que, inspirada por pensamentos doutrinários e categorias dogmáticas, pretende operar mediante a instituição de regras de conduta gerais e abstratas destinadas a ordenar o funcionamento da sociedade” e que “Possui na lei a fonte primária do direito”. Já *common law* é a “Família jurídica de tradição inglesa, posteriormente expandida para outros países da mesma língua, na qual o direito foi concebido dentro de quadros processuais desenvolvidos jurisprudencialmente”¹²⁶.

Por fim, a expressão tradição jurídica designa uma “noção ainda mais ampla que a de família”, a qual associa “os sistemas e famílias com as raízes da história e da cultura, buscando afinidades mais remotas, sem tanta preocupação com sistematizações de conceitos, normas e institutos comuns”, a exemplo da “tradição jurídica ocidental, que envolve tanto a *Civil Law* quanto a *Common Law*”¹²⁷.

Firmadas essas premissas, é possível afirmar que o respeito às decisões judiciais, no âmbito da tradição jurídica ocidental, exsurge mais natural em sociedades cujo ordenamento jurídico pertence à família da *common law* do

¹²⁵SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 404.

¹²⁶SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 7.

¹²⁷SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 404-405.

que naquelas oriundas da família da *civil law*. Esse sentimento foi externado pela Ministra Ellen Gracie Northfleet durante os debates travados no Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma Questão de Ordem relacionada à aplicação de precedentes de repercussão geral, oportunidade em que narrou um fato que a marcou:

Eu me recordo que – tenho certeza de que ainda vou ver algo semelhante acontecer no Brasil – numa certa ocasião, alguém me referiu que foi hospedar-se num hotel em Nova Iorque. Quando chegou perguntou qual era o valor da tarifa e foi informado. Uma semana depois ele foi se despedir e pagar a conta. O valor cobrado era menor e ele surpreendeu-se. Por que o valor cobrado é menor se a tarifa inicialmente era essa? Responderam-lhe: porque durante esta semana a Suprema Corte decidiu que determinado tributo incidente sobre a tarifa não era devido. Imediatamente, o país inteiro havia cumprido a decisão da Suprema Corte. Quer dizer, nós não estamos hoje ainda acostumados a isso, mas se utilizarmos bem os instrumentos extremamente virtuosos que nos foram colocados nas mãos, certamente vamos chegar a esse resultado. Espero que dentro em breve (voto proferido no julgamento do AI 760.358 QO/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19 nov. 2009, DJe 19 fev. 2010)¹²⁸.

Com efeito, as mudanças legislativas havidas nos últimos anos, que introduziram no ordenamento jurídico brasileiro a vinculação aos precedentes, parecem direcionar o Brasil para uma situação como essa, mencionada pela ministra, em que todos os usuários do sistema acabam por se conformar às decisões do Poder Judiciário. Esses instrumentos processuais revelam, portanto, serem potencialmente capazes de aumentar o grau de respeito às decisões judiciais e reduzir a taxa de congestionamento no Poder Judiciário, o que resultará em importante ganho em legitimidade.

Todavia, a magistrada Taís Schilling Ferraz adverte que, “embora virtuosos [esses instrumentos processuais], de nada adiantarão se a sociedade e, em especial, os operadores do direito, não reconhecerem legitimidade aos precedentes dos tribunais enquanto legítimas fontes primárias do direito”¹²⁹. Nesse

¹²⁸FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão como de repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 301.

¹²⁹ FERRAZ, Taís Schilling. **Leitura e aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Curso Demandas repetitivas e grandes litigantes: Possíveis caminhos para a efetividade do Sistema de Justiça brasileiro. Apostila da unidade IV. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de

ponto, importa anotar que o respeito ao precedente judicial na família jurídica da *common law* não se dá porque alguma lei assim o determina, mas sim porque nesse sistema o precedente é fonte primária do Direito.

Aristóteles já afirmara que “A lei só tem força para se fazer obedecer no hábito, e o hábito só se forma com o tempo, com os anos¹³⁰”. É por isso que ter o precedente como fonte primária do Direito em um sistema de justiça da família da *civil law* impõe uma mudança cultural de perspectiva, para que as decisões judiciais passem a ser respeitadas não mais apenas em decorrência do poder coercitivo do Estado de fazê-las cumprir, mas especialmente porque hão de ser tidas como regras de conduta. Para que essa revolução cultural ocorra, porém:

Não apenas os juízes das instâncias inferiores, mas também as cortes superiores hão de valorizar suas próprias decisões, atribuindo-lhes contornos de maior estabilidade, de forma a gerar a necessária confiança e previsibilidade quanto aos resultados das condutas e escolhas adotadas em sociedade¹³¹:

É certo que toda instituição incorpora algum grau de consenso sobre como deve operar¹³² e esses consensos são construídos ao longo de sua história. Todavia, “observa-se que as famílias da *Civil Law* e da *Common Law* percorrem uma intensa jornada de aproximação”¹³³, fato que revela haver, entre elas, mais compatibilidades do que diferenças, notadamente porque essas duas famílias, expoentes da tradição jurídica ocidental, “apesar das características próprias, filiam-se a uma concepção de direito que visa, no fundo, à descoberta e realização da justiça por meio da razão, esta última uma via intermediária entre o empirismo dos ingleses e a lógica dos romanistas”¹³⁴.

Magistrados – ENFAM, ensino à distância, 2018. p. 8.

¹³⁰ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru; SP: Edipro, 1995.

¹³¹ FERRAZ, Taís Schilling. **Leitura e aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. p. 8.

¹³² BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 606.

¹³³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law***. p. 335.

¹³⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law***. p. 405.

Descartes já dizia ser “bom saber alguma coisa dos costumes dos diversos povos, a fim de julgar os nossos mais sãmente, e para que não pensemos que tudo o que é contra as nossas modas é ridículo e contrarrazão, como têm por hábito fazer os que nada viram”¹³⁵.

Barak, por sua vez, afirma que o direito comparado permite expandir os horizontes e os campos de visão interpretativos¹³⁶, pois acorda os juízes para o potencial latente em seus próprios sistemas legais¹³⁷. Assim, sem advogar a mera adoção de soluções estrangeiras, convida a uma abordagem aberta, que permita enriquecer o sistema por meio da compreensão a respeito de como outros sistemas legais tratam os mesmos problemas¹³⁸.

Dos ensinamentos de Descartes, extrai-se ainda que “os grandes caminhos que contornam as montanhas se tornam pouco a pouco tão unidos e tão cómodos, à força de serem frequentados, que é muito melhor segui-los que tentar ir a direito, subindo por cima de rochedos e descendo ao fundo dos precipícios”¹³⁹. O Judiciário brasileiro não precisa continuar tentando promover a segurança jurídica e a eficiência apenas “subindo por cima de rochedos e descendo ao fundo dos precipícios”; pode se permitir dar um passo atrás e internalizar os “princípios de um verdadeiro sistema de respeito aos precedentes judiciais, dentre os quais a estabilidade e a previsibilidade das decisões”¹⁴⁰.

Observa Bobbio, todavia, que: “O homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro. Somente quando se leva em conta a finalidade de uma ação é que se pode compreender o seu ‘sentido’”¹⁴¹. À vista disso, parece necessário que o jurista brasileiro, à luz de uma abordagem mais pragmática do direito, seja convencido das vantagens da

¹³⁵DESCARTES, René. **Discurso do método**. Posição 397.

¹³⁶BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 3707.

¹³⁷BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 3719.

¹³⁸BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 3735.

¹³⁹DESCARTES, René. **Discurso do método**. Posição 538.

¹⁴⁰FERRAZ, Taís Schilling. **Leitura e aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. p. 8.

¹⁴¹BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 1159.

implementação de um sistema de precedentes no Brasil para que a ele se renda, o que o estudo de experiências de sucesso de outras nações pode demonstrar.

Urge, entretanto, haver disposição dos integrantes do sistema de justiça para lograr novos consensos e fazer o transplante¹⁴² para o direito brasileiro não apenas da regra geral de respeito aos precedentes, mas sim de toda a filosofia que a sustenta. Talvez, com o passar do tempo, em havendo êxito nas tentativas de impedir que o ordenamento receptor rejeite esse transplante, os usuários do sistema acabem por se conformar com as decisões já efetivamente consolidadas dos tribunais brasileiros, conforme disse esperar Northfleet¹⁴³.

É à luz dessa premissa de abertura às experiências de sucesso de outros sistemas jurídicos que o presente estudo se propõe a, com humildade científica¹⁴⁴, e sem olvidar as diferenças culturais entre os povos, contrapor as resistências ainda opostas à adoção dos precedentes vinculantes pelo direito brasileiro.

Em sua sequência, essa dissertação dedica-se a pontuar as diferenças mais relevantes e indicar alguns pontos em que se poderiam permitir novos influxos da sabedoria própria da família da *common law* no sistema jurídico brasileiro, notadamente na forma de redação e registro das decisões judiciais. O ideal que motiva a análise é o de incrementar as chances de sucesso do transplante da doutrina da vinculatividade dos precedentes (*stare decisis*) ao ordenamento jurídico pátrio¹⁴⁵.

Compreende-se a necessidade de construção de um ambiente compatível para a recepção do modelo de precedentes obrigatórios, de forma a impedir que o sistema jurídico brasileiro venha a sofrer tão grave dano quanto

¹⁴² KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. p. 753.

¹⁴³ FERRAZ, Taís Schilling. **Leitura e aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. p. 7.

¹⁴⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 19-20.

¹⁴⁵ O conceito de *stare decisis* será melhor desenvolvido em momento posterior deste trabalho.

aquele que sofre o corpo humano que rejeita um órgão transplantado incompatível, mas com o cuidado de não estimular a anulação das virtudes da tradição civilista.

Capítulo 2

CASE LAW

2.1 AS FAMÍLIAS DA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL

O traço mais marcante da *common law* é a maneira como desenvolve o direito a partir do cuidadoso tratamento de casos concretos, ao passo que o da *civil law* é estar radicada no desenvolvimento lógico de um programa de conceitos gerais normativos. O jurista da *common law* objetiva oferecer uma resposta razoável a cada caso, ao passo que o da *civil law* busca respeitar a lei e nela encaixar as consequências jurídicas do caso concreto¹⁴⁶.

Eduardo Juan Couture ilustra a diferença entre as duas famílias que compõem a tradição jurídica ocidental por meio da alusão a uma resenha lúdica:

Ambas as formas constituem uma antítese. E é assim porque só existem duas maneiras de percorrer os caminhos da vida. Uma traçando previamente o curso no mapa e depois percorrendo-o em linha reta, seguindo os princípios, mesmo ao custo dos maiores sacrifícios. Outra é não traçar caminhos, mas começar a caminhar pela vida, esquivando-se das necessidades que nos acometem. Se uma montanha surge ante de nós, nós a contornamos; se um rio nos para, desviamos-nos até a próxima etapa; subimos as colinas ou descemos aos vales de acordo com as necessidades da marcha. A primeira coisa foi o que Roma fez; a segunda foi o que a Inglaterra fez. Os ingleses dizem que o direito civil é o caminho reto das legiões romanas e que a "common law" é o caminho humilde do peregrino¹⁴⁷.

¹⁴⁶ SANTOS, Tomas J. Aliste. **Sistema de Common Law**. Salamanca: Ratio Legis, 2013. p. 45. Apud: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2198.

¹⁴⁷ COUTURE, Eduardo Juan. Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I. Buenos Aires: Depalma, 2003. p. 112. Apud: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2158. Tradução livre. Texto original: "Ambas formas constituyen una antítesis. Y esto es así, porque no hay más que dos formas de recorrer los caminos de la vida. Una trazando previamente el derrotero sobre el mapa y recorriéndolo después en línea recta, siguiendo los principios, aun a costa de los mayores sacrificios. Otra es no trazar caminos, sino echarse a andar por la vida, sorteando las necesidades a medida que nos acometen. Si se alza ante nosotros una montaña, la bordeamos; si nos detiene un río, nos desviamos hasta el próximo paso; subimos las colinas o descendemos a los valles a medida de las necesidades de la marcha. Lo primero fue lo que hizo Roma; lo segundo fue lo que hizo Inglaterra. Los ingleses dicen que el derecho civil es la vía recta de las legiones romanas e que

Já Thomas da Rosa de Bustamante refere-se a uma passagem do historiador e magistrado escocês Lord Cooper, segundo o qual o jurista da *civil law* “silenciosamente pergunta a si mesmo cada vez que surge um novo problema: ‘o que devemos fazer desta vez?’”; enquanto o da *common law* “indaga em voz alta, na mesma situação: ‘o que nós fizemos da última vez?’”¹⁴⁸.

À vista de tão graves distinções, para bem compreender a doutrina de *stare decisis*, é preciso antes fazer uma comparação, ainda que em linhas bastante gerais, entre algumas das características mais marcantes das famílias jurídicas da *civil law* e da *common law*.

2.1.1 A Família Jurídica da *Civil Law*

A família jurídica da *civil law*, hoje considerada a mais influente e difundida pelo mundo, tem origens romano-germânicas e desenvolveu-se com aportes do direito canônico e do direito comercial marítimo internacional¹⁴⁹. Formou-se na Europa Continental, em um momento de profunda influência dos acontecimentos e dos ideais da Revolução Francesa, quando “A desconfiança dos juízes, pela proximidade com o rei, deslocava a força da legitimidade para a atividade do Parlamento, de onde se evidencia a estrutura do *civil law*”¹⁵⁰. Como consequência, a lei é fonte primária do direito e aos juízes, cujo papel é o de reduzida discricionariedade, resta interpretá-la e buscar no sistema, por silogismo, a disposição legal abstrata adequada à solução da disputa concreta¹⁵¹.

‘common law’ es la humilde senda del peregrino”.

¹⁴⁸ 254 COOPER, 1950, P. 470-471. Apud: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 5-7. Apud: NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2263.

¹⁴⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 407-408.

¹⁵⁰ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2110.

¹⁵¹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 455-456.

Em linhas gerais, a *civil law* caracteriza-se pela primazia de um direito privado erudito, formado a partir da reconstrução artificial do direito romano¹⁵², e consiste no “resultado de uma tentativa revolucionária consciente de produzir ou restabelecer a lei aplicável em um determinado momento da história”¹⁵³.

Esse direito foi desenvolvido dentro das universidades, como modelo de organização social, com o objetivo de sistematizar regras de conduta gerais e justas, para “ensinar os indivíduos como devem se comportar”¹⁵⁴, do que decorreu proeminente papel à doutrina. O direito é deduzido de um sistema autônomo em relação à realidade social, formado por princípios e conceitos gerais (dogmas) elaborados pela ciência jurídica, razão pela qual questões de ordem moral, religiosa, política ou econômica não integradas a esse sistema não podem ser consideradas¹⁵⁵. “As regras de direito, assim, são de ordem legislativa e editadas em termos gerais, para o futuro, atribuindo direitos subjetivos e posicionando-se acima da criação de normas pelas Cortes”¹⁵⁶.

Quanto às fontes, é o sistema que se diz de governo do legislador¹⁵⁷, pois prevalece o “paradigma jurídico tradicional decorrente de um positivismo rígido e formalista em torno da lei, de maneira que o sistema oferece respostas a partir da sistematização do direito legislado e de inferências dedutivas”¹⁵⁸. Em consequência, “O princípio da legalidade acabou por constituir um critério de identificação do direito”, no sentido de que “O direito estaria apenas na norma

¹⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28.

¹⁵³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***. p. 52. Apud: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 422.

¹⁵⁴ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 2.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 47.

¹⁵⁶ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 415.

¹⁵⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2166.

¹⁵⁸ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2190.

jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a ‘justiça’, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”¹⁵⁹.

O ordenamento jurídico é visto como um sistema fechado, autônomo, coerente e com pretensão de plenitude, e sustenta-se o ideal de que “a aplicação lógica do conceito e do princípio é suficiente para fazer chegar numa decisão correta ou justa”¹⁶⁰. Parte-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é fruto da atividade democrática e a função do juiz é conhecer e interpretar o que ali está, deduzir do sistema a solução para o problema e prestar contas à democracia por meio da fundamentação da decisão (juiz boca-da-lei)¹⁶¹. O mito da completude do sistema reduz o papel criativo do juiz às situações de ambiguidades ou às lacunas, as quais podem ser resolvidas por meio da aplicação analógica de outro enunciado normativo, o que torna a jurisprudência fonte apenas secundária do direito¹⁶². Nesse contexto de reduzida margem de discricionariedade, as soluções por equidade são possíveis apenas “quando o próprio legislador atribui tal faculdade aos julgadores ou quando ela é exercida por meio das cláusulas gerais previstas na legislação”¹⁶³.

No que toca ao controle de constitucionalidade, a tradição da *civil law* é de adoção do modelo concentrado e abstrato que se inspira na proposta kelseniana. “Abstrato” diz-se do método de controle de constitucionalidade “que institui mecanismo próprio de avaliar a constitucionalidade da norma, sendo esse o escopo do processo que se constitui”¹⁶⁴, ou seja, que prescinde de um caso

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. p. 50.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. p. 47.

¹⁶¹ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posições 2178 e 2292.

¹⁶² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 174.

¹⁶³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 414.

¹⁶⁴ QUINTAS, Fábio Lima. Controle de constitucionalidade em ações coletivas desafia lógica. **Consultor Jurídico**, 7 fev. 2015, 8h01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-07/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-acoes-coletivas-desafia-logica>>. Acesso em: 5 jul. 2021.

concreto e se baseia na análise em abstrato dos enunciados normativos. Já por “concentrado” entende-se aquele que fica a cargo de uma corte especializada e exclusivamente encarregada da tarefa de salvaguarda do programa constitucional. Esse tipo de corte ocupa um espaço político, além do jurídico, e suas decisões em controle abstrato e concentrado de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes*. A técnica de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade é “comumente apontada como mais completa, por evitar reflexamente, com o afastamento dos atos nulos do ordenamento jurídico, a dispersão de danos individuais em múltiplas incidências”¹⁶⁵.

A concepção civilista do direito torna o juiz a figura central do processo, a quem compete organizar e dirigir todas as suas fases, muitas vezes dizendo às partes aquilo que devem ou não fazer para alcançar o resultado pretendido, construção que tende ao modelo inquisitivo.

No ensino jurídico, a situação se repete: o processo de ensino é centrado no professor e o método expositivo é a regra. Ao professor compete apresentar aos alunos enunciados normativos, conceitos e princípios, com especial apoio na legislação e na doutrina, bem como algumas referências à jurisprudência, de forma que a racionalidade estimulada no estudante de direito é a dedutiva¹⁶⁶.

2.1.2 A Família Jurídica da *Common Law*

A família jurídica da *commom law* advém da tradição inglesa, de caráter eminentemente contencioso e dominada, em sua própria concepção, pelo processo¹⁶⁷. Nisso reside sua principal diferenciação em relação à concepção do direito francês, para a qual os estudos de direito romano e as universidades

¹⁶⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 212-213.

¹⁶⁶ JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal Education and Civil Procedural Practice in Brazil and in the United States. *In*: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century**: Constitutionalism, Transnacionality and Theory of Law. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2020. Disponível em: <<https://www.giurisprudenza.unipg.it/dottorati/co-tutele/10-generale/1145-e-books-univali-unipg>>. Acesso em: 12 abr. 2021. p. 150 e 158.

¹⁶⁷ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. VIII.

desempenharam papel proeminente, tanto que advogados e juízes de jurisdições superiores, na França, tinham de ser juristas licenciados, com formação universitária. Já no desenvolvimento do direito inglês, conquanto as universidades também ensinassem apenas o direito romano, sua influência foi, nos dizeres de René David, “desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem títulos universitários”¹⁶⁸.

Em linhas gerais, essa família se caracteriza pela primazia do direito público como intervenção do soberano na solução de conflitos entre seus súditos, do que resultou a ideia de que o direito é uma ferramenta para a solução de disputas concretas¹⁶⁹. O direito, na Inglaterra, desenvolveu-se a partir da necessidade de criação de um método técnico para assegurar que “fossem dadas soluções aos litígios, preocupação que se sobrepunha à aplicação de regras materiais”¹⁷⁰. “As categorias e conceitos, no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente”¹⁷¹. É por isso que a sistematização do direito processual precedeu à do material, que persistiu vinculado à casuística, aos precedentes e aos costumes, sob a responsabilidade de juristas práticos (e não teóricos, como na *civil law*)¹⁷².

O acesso à jurisdição não era um direito. Nas fases iniciais do desenvolvimento do direito inglês, fazia-se “necessário convencer a Corte de que a lide a ela submetida era, por sua natureza, uma causa que a Corte podia e devia julgar”, conforme expressa o brocardo *Remedies precede Rights*¹⁷³. Já no período moderno, acessar os Tribunais Reais dependia da prévia obtenção de um *writ*, o que era visto como um privilégio¹⁷⁴. “Os próprios remédios (*writs*) não se

¹⁶⁸ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 1-3.

¹⁶⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 429.

¹⁷⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 418.

¹⁷¹ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 3.

¹⁷² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p.417.

¹⁷³ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 5.

¹⁷⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre

apresentavam, propriamente, como uma autorização de agir franqueada ao autor, mas como ordens do Rei para que o demandado obrasse conforme o direito”¹⁷⁵.

Seu “modo de funcionamento formalista, no qual a cada *writ* correspondia um processo destinado à solução de uma espécie de litígio”, era “cheio de ciladas processuais”. Muito embora “repleto de técnicas baseadas na preocupação de levar o processo ao seu termo”, não dava tanta importância à realização da justiça, razão pela qual “o direito material era relegado ao segundo plano”. Assim, por conta de sua acentuada feição processual, “O direito inglês, como produto das Cortes Reais, pode ser visto como um conjunto de regras processuais e materiais, por isso mesmo bem distinto do direito francês, este último com vocação à sistematização”¹⁷⁶.

No que toca à terminologia, “A expressão ‘*common law*’ (ou ‘*comune ley*’) refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito marcadamente costumeiro aplicado por jurisdições locais”. Atualmente já se tem uma perspectiva menos romantizada daquele momento da história da Inglaterra, em que os tribunais eram itinerantes, pois restou claro que a peregrinação feita pelos juízes ingleses pelo país não objetivava “estabelecer a paz do Rei com base nos costumes locais”, mas, “na verdade, tinha por objetivo a centralização do poder do Estado”. Logo, a *common law* não era o direito do povo da Inglaterra, mas sim o direito do rei da Inglaterra¹⁷⁷. De qualquer modo, fato é que os particulares preteriram as jurisdições locais, pois as Cortes Reais lhes proporcionavam o acesso a regras processuais mais modernas e à maior eficiência na execução das suas decisões¹⁷⁸.

Civil Law e Common Law. p. 416.

¹⁷⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law e Common Law*. p. 417-18.

¹⁷⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 43.

¹⁷⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 28-29.

¹⁷⁸ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 4.

Àquela época, “a atividade do juiz inglês era reconhecida como um reforço à população em restrição à atividade legislativa. A supremacia do Parlamento encontrava-se coartada pelo *common law*”¹⁷⁹. Como explica o juiz Bruno Makowiecky Salles:

Ao contrário do que se verificou na *Civil Law*, a *Common Law* inglesa não atravessou um período revolucionário preocupado em limitar o poder dos juízes, os quais, em tal família, eram tidos como aliados do povo em virtude do papel que exerceram na superação do feudalismo e na proteção dos indivíduos contra abusos dos governantes. Sem tantas desconfianças, admitindo-se um alto grau de discricionariedade nos juízos de equidade e dando-se valor à tradição, aos juízes da *Common Law* reservou-se um papel relativamente amplo na criação do direito, em oposição à *Civil Law*, onde imperou a redução do papel criativo do juiz¹⁸⁰.

Já nos Estados Unidos da América, foi o fracasso do movimento codificador do Estado de Nova York, entre 1840 e 1887, o acontecimento determinante para a consolidação da supremacia do direito judicativamente constituído ao legislado. Os chamados *Critical Legal Studies*, das escolas de direito de Harvard, Stanford e Madison direcionaram a cultura jurídica norte-americana para a rejeição à dogmática e ao legalismo e para a adoção do realismo, teoria segundo a qual o direito é aquilo que o juiz diz que é¹⁸¹.

O juiz da *common law*, portanto, tem maior discricionariedade para correção de injustiças por equidade e amplo papel na criação jurisprudencial do direito (*judge-made law*), cuja aplicação é feita “em procedimento bifásico no qual o princípio vinculante que inspirou um precedente, após ser indutivamente identificado, é dedutivamente aplicado a uma nova fatispécie análoga”¹⁸². Dá-se

¹⁷⁹ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2110.

¹⁸⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 422.

¹⁸¹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento**: Estados Unidos x Brasil. p. 169-170.

¹⁸² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 456.

mais valor aos fatos e ao empirismo do que a regras abstratas, do que resulta uma concepção de direito menos dogmática e mais prática, casuística e adversarial¹⁸³.

É o sistema que se diz de governo dos juízes¹⁸⁴, pois o foco do pensamento legal, no Judiciário, chega ao ponto de, no sentir de Barak, negligenciar o Legislativo¹⁸⁵. A função do legislador é menos de criar o direito e mais de corrigir ou suplementar a atitude criativa dos tribunais, “prescrevendo exceções ao direito comum”¹⁸⁶. Com efeito, na *common law* o direito legislado não tem a pretensão de plenitude, pois é visto como parte de um todo, integrado também pelo direito produzido judicativamente e pelos costumes. Conquanto a jurisprudência se submeta ao direito legislado, “Há um conjunto de regras e princípios recolhidos das decisões judiciais”, de sorte que “O centro de gravidade de todo o sistema não está na lei, mas, sim, no próprio caso (*case law*)”¹⁸⁷. Nesse contexto, o respeito ao precedente é obrigatório, pois também consiste em fonte primária do direito.

O *case law* não é um direito criado sistematicamente, mas apenas esporadicamente, e depende de haver uma disputa concreta a resolver. O papel criativo dos juízes na *common law*, portanto, a despeito de inegavelmente maior do que na *civil law*, é parcial, limitado e reativo¹⁸⁸. Assim, não há ênfase em problemas futuros: o direito judicativamente constituído “é criado em bases particulares e retrospectivas aos fatos, no que se distancia do direito legislado, concebido em termos gerais e prospectivos”. A ideia é de um direito criado por evolução, não por revolução¹⁸⁹. É por isso que as cortes anglo-americanas costumam dar pequenos,

¹⁸³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. p. 428.

¹⁸⁴ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2166.

¹⁸⁵ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 4165.

¹⁸⁶ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. p. 422.

¹⁸⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2190.

¹⁸⁸ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 499.

¹⁸⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre

e não grandes passos, e procuram deixar indecidas questões mais complexas sobre as quais a opinião da sociedade esteja dividida. Muito embora inabalável a convicção de que a função de uma corte de justiça na *common law* seja a de decidir os casos, e não a de emitir regras amplas, suas decisões têm enorme peso na solução de demandas judiciais subsequentes¹⁹⁰.

A analogia é a regra no *case law*. Não se faz, porém, a aplicação de um enunciado normativo por analogia para preenchimento das lacunas ou solução de ambiguidades da lei, como na *civil law*, porque se parte do pressuposto de que, na omissão legislativa, a solução há de ser dada por meio da construção judicativa do direito¹⁹¹. Em outros termos, na *common law*: “O raciocínio judicial guia-se pela analogia, na comparação entre o caso atual e aqueles que o antecederam, os quais limitam a discricionariedade judicial”. O objetivo é verificar se o direito que emana das decisões passadas aplica-se, ou não, aos fatos do caso decidendo, porque, em se aplicando, o juiz está a ele vinculado¹⁹². No dizer de Naschenweng, “o juiz do *common law* está jogado na intersubjetividade, não decide sozinho, mas no contexto de uma prática judicial que lhe sobrepuja a individualidade”. Complementa o autor: “O juiz de direito não aplica o direito do juiz. Aplica o direito do Direito, com perdão do pleonasmo. Não é carreira solo, mas canto coral”¹⁹³.

Com relação ao controle de constitucionalidade, a *common law* adota como regra o modelo difuso e concreto. “Difuso” exprime a possibilidade de qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, exercer a salvaguarda do programa constitucional. Já “concreto” significa que o exercício do controle de constitucionalidade depende da existência de controvérsia constitucional em um caso concreto. É o modelo que “que autoriza qualquer juiz, a qualquer tempo, em

Civil Law e Common Law. p. 426-427.

¹⁹⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge, Harvard University Press, 1999. p. ix e 20.

¹⁹¹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento**: Estados Unidos x Brasil. p. 159.

¹⁹² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law e Common Law*. p. 421 e 428.

¹⁹³ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2268.

qualquer caso e a pedido de qualquer litigante, a declarar a inconstitucionalidade, desde a origem, de leis e outros atos normativos”. Em tal modelo, todavia, a decisão tem efeitos apenas *inter partes*, muito embora a doutrina de *stare decisis* obrigue sua observância na solução de demandas futuras¹⁹⁴.

Como explica o professor Elival da Silva Ramos, ao tratar do controle difuso e concreto de constitucionalidade nos Estados Unidos da América:

O sistema estadunidense, por ser difuso, incidental e propiciador de decisões com efeitos *inter partes*, atua sob os princípios da jurisdição comum, em que a determinação da lei aplicável ao caso concreto pressupõe a resolução de eventuais conflitos horizontais (em razão da sucessão no tempo ou da especialização de matéria) ou verticais (em face da Constituição) entre os atos normativos cuja possível aplicação se examina. Portanto, para que seja deflagrado é imprescindível que, previamente, exista um litígio envolvendo direitos subjetivos ou interesses legítimos, não se controlando a constitucionalidade de leis e atos normativos com o objetivo de mera preservação da ordem jurídica e da supremacia da Constituição e sim coma finalidade de identificar o critério normativo hábil à solução de conflito intersubjetivo¹⁹⁵.

Essa concepção do direito acaba por gerar maior envolvimento dos advogados em todas as fases do processo, no qual o papel do juiz aproxima-se mais de uma coordenação do que de uma presidência, característica típica de um modelo adversarial de resolução de conflitos.

O mesmo envolvimento é sentido no ensino jurídico, no qual o professor atua como coordenador e mediador dos debates que propõe em sala de aula com a utilização do método socrático. Os alunos preparam-se para as aulas a partir da leitura de casos emblemáticos, selecionados antecipadamente pelo professor, contidos em ricos livros didáticos conhecidos por *case books*¹⁹⁶. A partir

¹⁹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 212.

¹⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 342.

¹⁹⁶ Cita-se o exemplo do *case book* interativo “Civil Procedure: A Contemporary Approach”, utilizado pelo Professor James May em suas aulas de Civil Procedure na Widener Univertisy na primavera do ano de 2019, com o auxílio do qual introduzia os alunos, de forma clara e envolvente, nos fundamentos do processo civil americano (SPENCER, A. Benjamin. **Civil Procedure: A Contemporary Approach**. 5. ed. West Academic, 2018).

das primeiras respostas obtidas às perguntas que formula sobre casos concretos, faz outros questionamentos e estimula a racionalidade indutiva nos estudantes, sem ensinar diretamente o que é o direito que emana de cada precedente em exame¹⁹⁷. Essa metodologia peculiar é bastante característica do ensino jurídico americano e em nada se aproxima do método tradicional de aula expositiva, sendo chamada *case method*.

Segundo o professor emérito da Northeastern University, Frank August Schubert, é por meio da análise de casos reais decididos pelo Poder Judiciário que os estudantes aprendem direito processual, assim como a correlação entre as teorias do direito e os problemas legais práticos¹⁹⁸. Isso porque, já nas palavras do professor A. Benjamin Spencer, da University of Virginia School of Law, nos Estados Unidos da América, “a faculdade de direito é mais do que simplesmente aprender informações; trata-se de desenvolver certos tipos de habilidades analíticas que são importantes para a prática do direito”¹⁹⁹. Na apresentação de seu case book, Spencer fala textualmente que, em uma faculdade de direito, não se espera que o professor dê aos alunos de colher (*spoon-feeding*) os conceitos jurídicos básicos. Com o escopo de facilitar a aquisição e o refinamento das habilidades jurídicas analíticas, introduzem-se os alunos nos conceitos básicos, apresentando-lhes as fontes jurídicas das quais esses conceitos são derivados²⁰⁰.

O saudoso professor da Columbia University, Edward Allan Farnsworth, também ressalta que se exige do aluno a utilização das mesmas fontes

¹⁹⁷ JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal Education and Civil Procedural Practice in Brazil and in the United States. *In*: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century: Constitutionalism, Transnationality and Theory of Law**. p. 146, 149 e 158.

¹⁹⁸ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed. Stamford: Cengage Learning, 2015.p. 14.

¹⁹⁹ SPENCER, A. Benjamin. **Civil Procedure: A Contemporary Approach**. p 2. Tradução livre. Texto original: “[...] law school is about more than simply learning information; it is about developing certain types of analytical skills that are important to the practice of law.”

²⁰⁰ SPENCER, A. Benjamin. **Civil Procedure: A Contemporary Approach**. p 2. Tradução livre. Texto original: “Law school coursework facilitates the acquisition and refinement of your legal analytical skills by presenting core concepts primarily through the legal sources from which they are derived rather than by pulling those concepts out and spoon-feeding them to you.”

jurídicas operadas por juízes e advogados para analisar e comparar situações fáticas concretas e, em seguida, espera-se que se valham de suas faculdades críticas, assumam um posicionamento e pronunciem-se com a formulação de proposições básicas.

O método serve, portanto, para desenvolver as habilidades e técnicas da profissão e para fortalecer os poderes de análise, razão e expressão, objetivos mais valorizados do que o conhecimento enciclopédico do ordenamento jurídico. Isso exige do aluno, porém, uma preparação de aproximadamente duas horas de leitura prévia (dentre livros de casos, tratados e outras fontes jurídicas) para cada hora de aula²⁰¹.

À pesquisa acadêmica, contudo, não se reserva tanto espaço nas faculdades de direito nos Estados Unidos. O estudante, interessado em exercer a profissão de jurista (*lawyer*), “procura nas escolas de direito um ensino essencialmente orientado para a prática”. De seu turno, as escolas de direito naquele país visam a “ministrar um ensino profissional, à exceção do caso de alguns estudantes que se dedicam à pesquisa”²⁰².

2.1.3 A Convergência entre as Duas Famílias Jurídicas

A longa jornada de aproximação que percorrem as famílias da *civil law* e da *common law* é fenômeno constatado por inúmeros estudiosos. Em razão de complexos intercâmbios já ocorridos, atenuaram-se “vários dos contrastes tradicionais que, ao longo do tempo, serviram para descrever as diferenciações entre uma e outra” e as famílias continuam a dialogar “cada vez mais intensa e variadamente”²⁰³. É evidente que essa aproximação se deve, em boa parte, à

²⁰¹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010. Edição do Kindle. Posição 457.

²⁰² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 486.

²⁰³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. p. 12 e 437.

“interdependência entre os Estados decorrente da globalização da economia”, o que “demandou maior segurança jurídica entre os vários sistemas jurídicos”²⁰⁴.

Entretanto, as influências de uma família sobre a outra podem ser sentidas desde muito antes da percepção de suas particularidades. A proeminência do idioma francês nas cortes e na *common law*, na Inglaterra, desde a invasão normanda até meados do século XIV, por exemplo, deixou um legado que ainda pode ser percebido em muitas palavras e expressões até hoje utilizadas pelos operadores do direito daquela família jurídica, como *acquit*, *en banc*, *voir dire*, *demurrer*, *embezzle* e *detainer*. O legado dos normandos também se revela por meio do latim, idioma em que foram escritos os documentos formais àquela época, o que explica a utilização na *common law* de expressões como *certiorari*, *subpoena*, *mens rea*, *actus reus*, *in camera*, *mandamus*, *capias* e *pro se*²⁰⁵.

Já nos Estados Unidos da América, de acordo com o princípio que emana do chamado *Calvin's Case*, as colônias inglesas estavam submetidas ao direito inglês, porque o levaram com eles os súditos ingleses quando se estabeleceram naquelas terras não submetidas a nações tidas por civilizadas. Havia, no entanto, uma restrição a esse princípio: o direito inglês só era aplicável nas colônias “na medida em que suas regras são apropriadas às condições de vida dos colonos”, restrição essa que acabava preponderando sobre o princípio do *Calvin's Case*, porque “as regras da *common law* inglesa são muito pouco apropriadas às condições de vida dos colonos”²⁰⁶.

É que, na prática, as regras da *common law*, “elaboradas por e para uma sociedade feudal, de cujo tipo as instituições americanas estão tão afastadas quanto possível”, não davam respostas satisfatórias aos problemas dos colonos, que não se amoldavam àquelas situações fáticas com base nas quais, caso-a-caso, o direito inglês foi criado²⁰⁷. Assim, ainda nos estágios iniciais de algumas das

²⁰⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. p. 38.

²⁰⁵ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 9.

²⁰⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p. 449-450.

²⁰⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p. 450.

colônias que hoje compõem aquela federação, as codificações passaram a ser bastante comuns, a exemplo da profusão de leis estaduais garantidoras da distribuição igualitária da herança entre todos os filhos (e mesmo da reserva de algum direito à viúva), decorrência da rejeição da política feudal inglesa que conferia ao filho mais velho o direito à herança de toda a terra do pai²⁰⁸. Demais disso, a *common law* inglesa era pouco conhecida na América, porque não havia juristas com experiência nem preocupação em instruir colonos no direito inglês²⁰⁹, o que a escassez de livros dificultava ainda mais²¹⁰.

Adiante, desde a proclamação da independência e do advento da soberania americana, o direito naquele país passou a se desenvolver de maneira independente do direito inglês, a despeito de ainda ser por ele fortemente influenciado. Nas palavras de David, “O direito dos Estados Unidos não pode ser o direito inglês; está dele separado por toda a distância que separa a vida e a civilização americanas da vida e da civilização inglesas”²¹¹. Daquele momento em diante, outros relevantes aportes da tradição romano-germânica enriquecem a cultura dos Estados Unidos da América²¹², de forma a criar um sistema misto.

Talvez o mais notável legado da influência da tradição civilista no sistema jurídico americano seja a existência de uma constituição escrita. Novamente com David:

A Constituição dos Estados Unidos é, dominando o edifício da *common law*, uma lei do tipo românica; que não visa diretamente resolver litígios, mas que estabelece as regras gerais da organização e de conduta dos governantes e dos administradores.²¹³

²⁰⁸ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 356.

²⁰⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p. 450.

²¹⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 356.

²¹¹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p. 454-455.

²¹² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. p. 423.

²¹³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. p. 497.

Em muitos estados, mas em especial no da Louisiana, a marca de tais origens ainda é bastante evidente. Além disso, a *civil law* assenta as regras atinentes ao patrimônio conjugal em ao menos oito estados e sua influência no direito de família se verifica em todo o país²¹⁴. Outrossim, embora o direito penal americano tenha derivado do direito inglês de uma época em que era amplamente jurisprudencial, sua base atualmente está na lei, não mais no *case law*²¹⁵.

Como se não bastasse, conquanto o *case law* guarde prevalência no direito estadual americano, o direito federal é eminentemente legislado²¹⁶, o que torna os métodos da *common law* inadequados para a maior parte do trabalho dos juízes federais²¹⁷. Isso porque a abordagem típica da *common law* opera onde não há legislação, uma vez que o Judiciário só fornece direito para reger questões que não foram regulamentadas pelo Legislativo. Em verdade, o último século foi marcado por um ritmo cada vez mais acelerado de produção legislativa, especialmente no campo das relações sociais, e por um avanço das agências administrativas em espaços antes dominados pelos tribunais americanos²¹⁸.

Na Inglaterra, de igual modo, as leis e regulamentos administrativos passaram a ter papel primordial nos esforços por criar uma sociedade com mais igualdade e justiça (*Welfare State*).

É visível a gradativa redução do papel da *common law* não só nos Estados Unidos da América, mas em todos os sistemas jurídicos a ela vinculados, pois o incessante aumento na produção legislativa limita a incidência do *case law* às áreas ainda não cobertas pela legislação²¹⁹. Além disso, a crescente utilização

²¹⁴ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 338.

²¹⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 2844.

²¹⁶ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 200.

²¹⁷ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 214.

²¹⁸ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 429.

²¹⁹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 2998.

de institutos como *distinguishing* e *overruling*, e da prática de descaracterização da *ratio decidendi*, que passa a ser tratada como se mero *obiter dictum* fosse²²⁰, vem desfigurando a força obrigatória dos precedentes²²¹.

Segundo Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes, “a cultura jurisprudencialista, transportada para os Estados Unidos por ocasião da colonização, sofreu uma séria mutação em ambos os países, na medida em que, ulteriormente, transmuda-se em um sistema precedencialista”, o que revela uma metamorfose há muito já em operação. Explicam os autores que: “Nos últimos dois séculos, os Estados Unidos abandonam a posição de receptores (colônia) do direito e assumem a função de protagonistas, pois passam a exportadores do modelo de precedentes”. É justamente este o modelo “que vem inspirando as últimas reformas na legislação processual no Brasil”²²².

Essa abertura à importação do modelo precedencialista por países de tradição civilista confirma o que ciência do direito, em seu estágio atual de evolução, aduz acerca de ser evidente que uma ordem jurídica fechada é uma meta inatingível²²³, e que o legislador não é capaz de atuar na velocidade exigida pelas evoluções sociais. Ademais, a complexidade das sociedades atuais e a consequente variedade de opções éticas tão amplas reduzem a possibilidade de acordo sobre o sentido e o alcance dos textos legais. É o que expõe Adeodato:

Certamente há um acordo muito maior sobre o sentido e o alcance do texto diante do caso concreto na sociedade menos complexa que os primeiros positivistas tentavam descrever, pois as opções éticas variam muito menos a respeito de textos legais referentes a “atentado ao pudor” e “homem médio” [...]. Ao dizerem que interpretar é adequar norma e fato, os exegetas franceses, dentro do conceito de “norma”, confundem o significado e o significante, a ideia e sua expressão linguística. Na sociedade atual, a variabilidade é bem maior, seja em relação às partes, seja aos

²²⁰ A conceituação de *distinguishing*, *overruling*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* será feita em momento posterior deste trabalho.

²²¹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 432.

²²² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 28-29.

²²³ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 72.

contextos dos fatos jurídicos, o que aumenta a importância do caso concreto e retroalimenta a complexidade social²²⁴.

Não só por isso, como também em razão do advento do constitucionalismo, é manifesto em nações vinculadas à família da *civil law* o incremento na importância que se dá ao direito que emana de decisões judiciais, “que, por vezes, assumem caráter vinculante, padronizam posicionamentos ou sanam vaguezas, ambiguidades e omissões legais”²²⁵. Como explica Luiz Guilherme Marinoni:

Após a segunda guerra mundial, provavelmente em virtude da projeção cultural dos Estados Unidos, tornou-se frequente no âmbito do *civil law* a alusão ao *judge made law*, dando-se início à elaboração de teorias que davam ao juiz, com base nas máximas de experiência e nos princípios gerais, o exercício de função que ia além do direito positivo. Não há dúvida de que essa tarefa criativa ganhou fôlego com o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, dado o seu papel no desempenho da função jurisdicional em caso de insuficiência de tutela legislativa aos direitos fundamentais²²⁶.

Ainda, o ativismo judicial, experimentado no Brasil e em vários outros países da América do Sul e da Europa, dá intenso protagonismo ao Poder Judiciário e faz “com que o *Civil Law* se aproxime do *Common Law* (não exatamente como o sistema inglês) com um evidente processo gradativo de emparelhamento de fontes primárias do direito entre a lei posta e as decisões judiciais”²²⁷. Assim, como ensina o professor argentino, Juan Vicente Solá, conquanto seja lugar comum, na literatura jurídica, afirmar que os precedentes são mais importantes na *common law* do que na *civil law*, na prática essa distinção já não faz mais sentido²²⁸.

²²⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. p. 281.

²²⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 413.

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. p. 58.

²²⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado. **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 1332-1351, 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 1343.

²²⁸ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 201.

Schubert, ao ensinar sobre o processo decisório do juiz americano, descreve uma sequência de passos que em nada parece diferir daqueles seguidos pelo juiz brasileiro:

Em teoria, todo juiz neste país segue um processo de duas etapas ao tomar uma decisão. A primeira etapa requer que o juiz examine os fatos de um caso, pesquise as fontes constitucionais e legais relevantes, examine o *case law* em busca de precedentes (se houver) e considere quaisquer práticas e princípios históricos relevantes (como autocontenção judicial), bem como noções filosóficas de equidade e justiça. Na segunda etapa, o juiz fia-se no discurso argumentativo para chegar a uma decisão lógica e justa²²⁹.

Um experimento levado a efeito por pesquisadores da Harvard Law School reuniu em laboratório 299 juízes de sete jurisdições importantes da tradição jurídica ocidental (Argentina, Brasil, China, França, Alemanha, Índia e Estados Unidos da América) para avaliar o processo mental de tomada de decisões. Concluiu-se que, a despeito das diferenças de método detectáveis entre os sete países, essa distinção não guarda relação com as famílias jurídicas às quais seus sistemas são vinculados. Os pesquisadores perceberam que, no que toca à gama de caminhos possíveis, as escolhas dos juízes foram semelhantes em todos os países, com uma tendência a começar com os fatos e os resumos (que as instruções de estudo recomendavam fossem lidos na íntegra), seguida de breves olhares para o direito positivado e, adiante, de exames mais demorados sobre o precedente²³⁰.

²²⁹ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 102. Tradução livre. Texto original: "In theory every judge in this country follows a two-step process when making a decision. The first step requires the judge to examine the facts of a case, research the relevant constitutional and statutory sources, look at the case law for legal precedents (if there are any), and consider any relevant historical practices and principles (such as judicial restraint), as well as philosophical notions of fairness and justice. In step two the judge relies on reasoning to arrive at a logical and fair decision".

²³⁰ SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars; JAMIN, Christophe; KHANNA, Vikramaditya S; LIU, John Zhuang; MAMIDI, Pavan K; MORELL, Alexander; REIDEL, Ivan. Judges in the Lab: No Precedent Effects, No Common/Civil Law Differences. **Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper**, Cambridge, n. 1044, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3700289_code837010.pdf?abstractid=3700289&mirid=1>. Acesso em 22 abr. 2021. p. 1-10.

A seguinte passagem, que trata do problema da dispersão jurisprudencial e da necessidade de uma nova racionalidade do sistema jurídico que conferisse autoridade vinculante aos precedentes, é bastante impactante:

Realmente, devido à dispersão jurisprudencial – que por sua vez estimulava a formulação de ácidas críticas por parte de pensadores de renome – o sistema tendia ao colapso, a menos que se promovesse uma substancial alteração do estado de coisas, como de fato ocorreu, cuja mudança passaria por uma nova racionalidade do sistema jurídico, no qual os precedentes se tornaram vinculantes, a serem obrigatoriamente observados por outros juízes. Essa poderia ser a descrição do sistema processual civil brasileiro, após a aprovação do CPC/2015, mas, na verdade, refere-se às mudanças ocorridas ainda no século XIX; o sistema jurídico é o inglês, e os pensadores mencionados são Thomas Hobbes e Jeremy Bentham²³¹.

Com efeito, se, “por séculos, no direito inglês, inexistia a vinculação obrigatória aos casos anteriores”²³², a opção pela doutrina da *stare decisis* revela que, em algum momento, a Inglaterra sentiu a necessidade de sistematização e previsibilidade: “O direito inglês só pode desenvolver-se e tornar-se um sistema porque, desde uma época bastante antiga – desde o século XIII –, existiram coletâneas de jurisprudência e porque os juízes levaram muito em consideração os precedentes”²³³. A continuidade das decisões judiciais e o respeito ao precedente passaram a ser mecanismos de vinculação utilizados para atingir os mesmos fins que a codificação na *civil law*: a busca pela completude do direito. Portanto, “quanto ao conteúdo, o *common law* é um conjunto de normas jurídicas que podem sintetizar-se de modo semelhante às leis e códigos europeus”²³⁴.

Mais além, tanto a interpretação da lei quanto a de um precedente deve ser feita de forma consistente com todo o sistema jurídico, pois tanto um

²³¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 2.

²³² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 72.

²³³ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 13.

²³⁴ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posições 2152 e 2249.

quanto outro fazem parte de um empreendimento sistematizador de muitos anos²³⁵. Talvez por isso seja desnecessário registrar em um enunciado normativo a obrigação de respeito à autoridade de um precedente, característica tanto da *common law* quanto da *civil law*, “porque abstraída principalmente dos costumes jurídicos e como decorrência lógica do sistema judicial estabelecido”²³⁶, é “um consectário da necessidade de segurança jurídica, traço comum a toda tradição jurídica ocidental”²³⁷.

A clássica distinção entre a natureza eminentemente adversarial da *common law* e a eminentemente inquisitorial da *civil law*²³⁸ também já vem se atenuando. No Brasil, por exemplo, recentes mudanças legislativas transferiram aos litigantes maior responsabilidade no controle do andamento processual e na gestão das provas, de forma a reduzir a importância de uma postura proativa do juiz na presidência do processo, cujos poderes autônomos de iniciativa probatória foram praticamente abolidos²³⁹. É seguro dizer que o papel do juiz brasileiro atualmente é mais próximo do de um árbitro do que de um inquisidor.

Com relação ao controle de constitucionalidade, os modelos difuso (e concreto), típico da *common law*, e concentrado (e abstrato), característico da *civil law*, “pretendem-se mais profícuos e rivalizam entre si no sentido de que o outro estabelece confusões entre os poderes e usurpação judicial da função legislativa”. É cada vez maior, contudo, o número de sistemas judiciais que, assim como o brasileiro, mesclam os dois modelos e adotam tanto o controle concentrado por cortes constitucionais quanto o difuso pelos demais órgãos judiciais. Em consequência, esses sistemas mistos de controle de constitucionalidade, ainda que

²³⁵ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 542.

²³⁶ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2562.

²³⁷ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 3051.

²³⁸ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 2831.

²³⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 435.

de origem romano-germânica, acabam conferindo eficácia vinculante às decisões de seus “Tribunais de Sobreposição” constitucionais²⁴⁰.

Ao tratar do sistema europeu de controle de constitucionalidade, Ramos aponta essa mescla:

Com efeito, a complexa combinação das técnicas do controle incidental e principal permite, de um lado, a verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos em abstrato, independentemente de repercussão no plano das relações jurídicas, e, de outro lado, que esta se complemente com as questões constitucionais oriundas de processos judiciais comuns, por meio do incidente de inconstitucionalidade, questões essas para as quais nem sempre os legitimados para o controle principal se sensibilizam. A propósito, é essa a razão de sistemas de matriz estadunidense, como o brasileiro, insertos em Constituições social-democráticas, haverem introduzido o controle abstrato de normas, tornando-se mistos quanto ao aspecto modal²⁴¹.

De outro lado, a utilização das teorias de justiciabilidade para a seleção de casos pela Suprema Corte americana tem tornado o exercício do controle de constitucionalidade, naquele país, mais centrado na interpretação em abstrato de enunciados normativos e menos concreto e atrelado ao caso em si, o que incrementa o caráter político das suas decisões²⁴² e aproxima sua atuação do modelo civilista.

Sob outro enfoque, alertam Viana e Nunes:

Em primeiro lugar, é preciso apontar que a exportação de técnicas, institutos e até mesmo da mentalidade dos países de *common law* – principalmente Inglaterra e Estados Unidos – não se orienta pela simples busca por melhoria dos demais sistemas jurídicos ou, ainda, por um aperfeiçoamento da metodologia de aplicação dos direitos fundamentais em países chamados periféricos. Esse tipo de neutralidade e altruísmo nem de longe representa a verdade. Verifica-se, ao contrário, a expansão de um macroprojeto de poder que exige a formação de um ordenamento jurídico capaz de proporcionar a segurança desejada por investidores estrangeiros.

²⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. p. 30.

²⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. p. 344.

²⁴² SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 213-216.

Torna-se de fundamental importância que o modo de funcionamento do direito esteja em “sintonia fina” com os interesses de grandes litigantes, entre eles o próprio Estado, motivo pelo qual as decisões dos tribunais, principalmente daqueles que “mandam no país” (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), devem ser plenamente previsíveis. Portanto, a denominada convergência de tradições jurídicas, visualizada por muitos com entusiasmo, corresponde na verdade a um rearranjo institucional e por isso deve ser vista com extrema cautela, de forma a não deturpar – ou mesmo piorar – o sistema interno, algo muito provável de ocorrer, principalmente se importarmos aquilo que os modelos estrangeiros têm de pior²⁴³.

Em arremate, a distinção entre as famílias, hoje, parece estar mais firme na teoria do que na prática, pois as concepções e experiências de uma vêm continuamente penetrando na outra, “compondo um rico cabedal teórico e prático, útil a ambas, acerca das qualidades que uma decisão jurisdicional deve ter para que possa cumprir adequadamente seu sacerdócio na democracia”. Em verdade, “Nasce uma melhor expectativa em termo de uso do direito jurisprudencial ao reconhecermos a complexidade dos ordenamentos contemporâneos”²⁴⁴.

A oxigenação “mostra-se relevante por aprimorar a visão estabelecida na *Civil Law*, excessivamente idealizada, artificial, apartada dos fatos e da vida judiciária e dogmatizada em sua noção de direito subjetivo abstrato”²⁴⁵. Com efeito, “A cisão entre prática e teoria leva a resultados indesejáveis do ponto de vista heurístico: a teoria sem a prática desemboca numa *vida contemplativa*; a prática sem a teoria resulta num *ativismo*”²⁴⁶. É por isso que os sistemas jurídicos concebidos a partir da matriz romano-germânica tendem a se beneficiar desses influxos de uma “concepção mais prática, discricionária e preocupada com a administração judiciária, característica da *Common Law*. Essa nova fisionomia

²⁴³ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 2-3.

²⁴⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 77-79.

²⁴⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 437-438.

²⁴⁶ RODRIGUES, João Gaspar. **O perfil Moral e Intelectual do Juiz Brasileiro**: a formação dos magistrados no Brasil.

reduz o abismo entre o direito e a realidade”²⁴⁷, mas há de ser acolhida com o cuidado de não anular as virtudes da tradição civilista.

2.2 JUDGE-MADE LAW

A palavra inglesa *law* é usada tanto para se referir ao direito quanto à lei, de modo que é do contexto da comunicação que se extrai o sentido no qual está sendo empregada. Já a expressão *common law* originalmente significava a parcela do direito inglês cunhada jurisprudencialmente que era comum a todo o país, de forma a distingui-la daquela que diferia de um lugar para o outro. Com o tempo, passou também a ser usada para se referir à concepção que se tinha do direito na Inglaterra antes da profusão legislativa.

Atualmente, a expressão *common law* vem sendo utilizada com três outros sentidos: (a) o do direito judicativamente constituído, também chamado de *case law* ou *judge-made law*;²⁴⁸ (b) o do conjunto do direito aplicado pelos tribunais de *common law*, que se distinguem dos tribunais especiais de equidade, almirantado ou chancelaria; e (c) o da família jurídica da tradição ocidental que tem matriz inglesa, em oposição ao conceito de *civil law*, que se refere à família jurídica da tradição ocidental de matriz romano-germânica²⁴⁹.

Na presente dissertação, a expressão *common law* é utilizada com esse último conceito, o da família jurídica de matriz inglesa, e *case law* ou *judge-made law* são as expressões empregadas para se referir ao direito judicativamente constituído, que é o objeto de estudo deste título que ora se abre.

2.2.1 *Stare Decisis et non Quieta Movere*

Uma decisão judicial tem duas funções na *common law*: a de resolver o caso concreto e sobre ele formar coisa julgada, tal qual na *civil law*; e, além disso,

²⁴⁷ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 441.

²⁴⁸ Para referência à lei em sentido estrito, a expressão normalmente utilizada na língua inglesa é *statute law*, ao passo a lei no sentido amplo de legislação é tratada pelo termo *legislation*.

²⁴⁹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 788.

a de estabelecer um precedente para que, acaso uma situação análoga venha a ocorrer no futuro, seja decidida da mesma forma. Esta segunda função, de constituição judicativa do direito, é a que caracteriza a família da *common law*. Da mesma forma que o legislador cria a lei, a corte cria o *case law*²⁵⁰, mas sem a liberdade criativa de que dispõe o parlamento. Assim, em se tratando de *case law*, as decisões dos tribunais superiores têm autoridade vinculante sobre os tribunais inferiores, mas as decisões destes, naturalmente, não obrigam aqueles, em face dos quais ostentam apenas caráter persuasivo²⁵¹.

A primeira teorização completa da regra de *stare decisis* encontra-se no tratado de 1835, intitulado *The Science of Legal Judgment*, de James Ram, em que o autor “defende expressamente a decisão do tribunal como fonte do direito e, por isso, deveria ser observada nos casos análogos do futuro”. É interessante observar que, mesmo naquele incipiente momento da doutrina, Ram entendia que a força da vinculação variava de acordo com alguns critérios, como a hierarquia do tribunal, a existência de opiniões diversas ou a verbalização da *ratio decidendi* do caso²⁵².

Muito embora se encontre em patamar inferior na hierarquia de autoridades e sujeite-se a ser alterado por lei, o *case law* é a fonte tradicional do direito nos sistemas de matriz inglesa²⁵³. Conforme ensina David, o direito inglês é essencialmente obra das Cortes Reais, “que o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar”. Isso, contudo, implica o reconhecimento da autoridade desses precedentes, pois, de

²⁵⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 999.

²⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 296.

²⁵² RAM, James. **The science of legal judgement**. Philadelphia: John S. Littell Bookseller e Publisher, 1835. p. 78 (item 131); FREDA, Dolores. **Una dispotica creazione**: il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 14-17. Apud VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 103.

²⁵³ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 221.

outro modo, “não haveria, falando-se propriamente, um direito inglês, mas apenas soluções específicas, decididas, na verdade, pelo arbítrio do juiz”²⁵⁴.

A essa tradição do direito inglês em que as decisões posteriores são baseadas em casos anteriores, chama-se de doutrina de *stare decisis*, denominação advinda de *stare decisis et non quieta movere*, expressão latina que significa respeitar as coisas decididas e não mexer no que fora estabelecido. Por se tratar de uma tradição, nunca precisou ser reduzida a uma regra escrita, mesmo porque o próprio respeito aos costumes é também característica marcante nas origens da *common law*²⁵⁵. No dizer de Marinoni, “o *stare decisis* foi um importante elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*, tendo contribuído notavelmente para a previsibilidade e, assim, para a atenuação da falta de racionalidade jurídica formal do direito inglês nos termos weberianos”²⁵⁶. Ademais, a despeito de estar cravada em ambos os sistemas, a doutrina de *stare decisis* revela-se mais forte e menos excepcionada na Inglaterra do que nos Estados Unidos²⁵⁷.

As justificativas mais comuns para a doutrina de *stare decisis* podem ser resumidas em quatro conceitos: (a) igualdade, uma vez que julgamentos semelhantes para casos semelhantes resultam em igualdade para todos os jurisdicionados; (b) previsibilidade, pois a consistência entre julgamentos sucessivos contribui para a previsibilidade em futuros litígios; (c) economia, porquanto a adoção de critérios estabelecidos para a solução dos casos em julgamento economiza tempo e energia; e (d) respeito, visto que a adesão a decisões anteriores é expressão de respeito pela sabedoria e pela experiência de juízes de gerações passadas²⁵⁸.

²⁵⁴ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 12-13.

²⁵⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1008.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. p. 43.

²⁵⁷ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 443.

²⁵⁸ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1013.

A doutrina do precedente parece ter força adicional quando se trata da interpretação de uma lei, pois o julgador subsequente não tem liberdade interpretativa se vinculado a um precedente sobre a mesma linguagem legal. Isso se justifica pela compreensão de que, ao não agir para mudar o *case law*, o legislador confirmou a interpretação judicial²⁵⁹. Além disso, a força da doutrina de *stare decisis*, nessas hipóteses, pode ser entendida como um esforço de incentivo ao processo democrático, uma vez que, além de dar ao parlamento um pano de fundo especialmente claro contra o qual trabalhar, o Judiciário ainda transmite a mensagem de que os tribunais não farão o trabalho do Legislativo²⁶⁰.

Ainda mais notável é a inversão da hierarquia entre lei e precedente no caso do precedente constitucional. É que, a despeito de a lei ter primazia sobre um precedente comum, essa regra não se aplica ao precedente constitucional, por conta de sua força interpretativa destinada e assegurar a supremacia da Constituição, o que o torna “um contra-argumento que derrota uma fonte de direito formalmente mais forte como a lei” propriamente editada: “Essa situação de preeminência é consolidada pela característica da linguagem da Constituição, que tem uma textura particularmente aberta e exige que a interpretação seja especificada muito mais do que qualquer outro texto jurídico”²⁶¹.

Há ainda uma característica marcante da construção judicativa do direito na *common law* decorrente da natureza eminentemente advesarial da jurisdição: a de manter uma questão indecida até que alguma parte perdedora assumo o ônus de apresentar essa questão em um recurso sob o crivo do contraditório²⁶². Não se trata aqui de recusa à jurisdição, responsabilidade da qual

²⁵⁹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1428.

²⁶⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 21.

²⁶¹ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 202-203. Tradução livre. Textos originais: “Es por eso que puede decirse que el precedente constitucional es un contraargumento que vence a una fuente de derecho formalmente más fuerte como es la ley” e “Esa situación de preeminencia se consolida por la característica del lenguaje de la Constitución que tiene una textura particularmente abierta y requiere de la interpretación para concretarse mucho más que cualquier otro texto legal”.

²⁶² FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1061.

não abdica o julgador ainda que se trate de caso novo para o qual não haja lei posta ou precedentes, mas sim da constatação de que nem tudo o que chega ao Judiciário acaba, ao final do processo, resultando em *judge-made law*. Em outras palavras, a criação de *case law* sobre o objeto da lide só se torna possível se a disputa entre as partes chegar a alguma corte com jurisdição superior àquela que deu uma primeira solução para a controvérsia jurídica. Justamente por isso é que o “*Case law* é encontrado primariamente nas decisões das cortes de apelação”²⁶³.

2.2.2 Técnicas de Identificação de Precedentes na *Common Law*

É certo que a leitura de uma lei requer não apenas uma compreensão de seu texto, mas também de sua relação com o restante do ordenamento jurídico. Todavia, o professor Farnsworth adverte para a peculiar dificuldade em se aprender a bem utilizar os precedentes na *common law*. Tanto é assim que a técnica de resumir casos concretamente decididos pelo Poder Judiciário (*briefing*) faz parte do ensino jurídico americano. Por meio dela, os estudantes de direito aprendem não só a relatar um caso de acordo com um esboço padrão, mas também a ler esse caso em busca da compreensão dos fatos, das questões jurídicas, do direito empregado, da decisão tomada e dos seus resultados²⁶⁴: “Mesmo isso pode ser mais difícil do que parece à primeira vista. Frequentemente, é difícil saber até que ponto o processo de abstração deve ser continuado, saber o quão amplamente a decisão está fundamentada”²⁶⁵. Isso porque:

As formulações das regras jurídicas contidas na *opinion*²⁶⁶ nem sempre podem ser consideradas vinculantes; a regra que o tribunal

²⁶³ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 932. Tradução livre. Texto original: “Case law is found primarily in the decisions of appellate courts”.

²⁶⁴ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 2929.

²⁶⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1068. Tradução livre. Texto original: “Even this may be more difficult than it would seem at first. It is often hard to know how far the process of abstraction should be continued, to know how broad a statement of the rule is justified”.

²⁶⁶ A técnica de redação das decisões colegiadas nos Estados Unidos da América assemelha-se à brasileira. O resultado do julgamento é comumente assentado em um documento chamado “opinião da corte”, redigido em nome do tribunal por um único juiz, que resume os fatos, a história processual do caso e as questões jurídicas apresentadas ao tribunal e fornece uma declaração completa e cuidadosa das razões da decisão. A diferença é que no Brasil não existe uma “opinião

realmente aplicou pode nunca ter sido articulada ou pode ter sido declarada de várias maneiras diferentes ao longo do texto. Além disso, os fatos podem ter sido narrados de forma tão concisa que é difícil dizer quais eram, ou podem ter sido apresentados com tantos detalhes que é difícil determinar quais fatos o tribunal considerou relevantes²⁶⁷.

Quando há uma linha jurisprudencial, ou mesmo várias linhas divergentes, o operador do direito precisará sintetizar vários casos, trabalho por meio do qual poderá descobrir tanto o desenvolvimento e a elaboração de uma regra quanto a sua ampliação ou a redução, releituras essas que são feitas para atender a mudanças contextuais ou levar em consideração a grande variedade de situações não observadas de início. Já no extremo oposto, quando o problema é novo, sobre o qual não há precedentes, terá de recorrer aos princípios gerais e à analogia, mas também a conceitos como interesse público e expectativa da comunidade. Há ainda um campo intermediário, em que é preciso valer-se de uma investigação analógica para definir o quanto as decisões anteriores são impositivas: um precedente resultante de fatos muito semelhantes detém maior autoridade em uma disputa posterior do que aquele que trate de fatos muito diferentes, que permite a distinção (*distinguishing*) do caso em julgamento²⁶⁸.

Em se constatando a semelhança entre os fatos motivadores da decisão anterior e aqueles que deram origem ao caso atual em análise, o operador do direito, na *common law*, precisará ainda investigar se tem em mãos um precedente persuasivo ou vinculante, o que dependerá da relação entre a corte que emitiu a decisão precedente e aquela em que o caso atual será apreciado. A autoridade de um precedente é persuasiva quando se trata de decisão de tribunal de outra jurisdição ou de outro tribunal da mesma jurisdição que esteja também no

da corte”, mas votos individuais aos quais os demais julgadores podem ou não aderir.

²⁶⁷ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1070. Tradução livre. Texto original: “The formulations of rules of law contained in the opinion cannot always be relied upon as authoritative; the rule that the court actually applied may never have been articulated or may have been stated in several different ways in the course of the opinion. Furthermore, the facts may have been stated so concisely that it is hard to tell what they were, or they may have been set forth in such ample detail that it is difficult to determine which facts the court thought material”.

²⁶⁸ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1023.

mesmo grau de hierarquia (como, por exemplo, é o caso dos tribunais federais de apelação nos Estados Unidos da América). O poder de persuasão dependerá, em grande parte, da semelhança entre os fatos, mas não se desvincula da valoração que quem o recebe faz quanto à justeza do seu resultado ou à força do raciocínio nele contido, ou mesmo da proeminência do tribunal que a decidiu e do juiz que redigiu a “opinião da corte”. Já o precedente vinculante, ao qual se aplica a doutrina de *stare decisis*, é o que provém de tribunais superiores da mesma jurisdição ou do mesmo tribunal. Embora o peso da autoridade persuasiva possa variar com o número de decisões semelhantes, uma única decisão anterior de tribunal superior ou do mesmo tribunal já é suficiente para constituir um precedente com autoridade vinculante²⁶⁹.

Para averiguar quando uma decisão anterior vinculará os julgamentos posteriores da mesma corte, é fundamental compreender a distinção entre *holding*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural, ou simplesmente *dictum* ou *dicta*), que decorre justamente da natureza eminentemente adversarial da jurisdição da *common law*.

Os juízes detêm competência para decidir tão somente as questões trazidas à jurisdição pelos litigantes e que sejam efetivamente necessárias para a solução da lide, sobre as quais se forma a coisa julgada (*holding*). Isso porque, presume-se, tenham sido essas questões amplamente discutidas pelas partes no processo, o que dá legitimidade democrática à decisão. Assim, as razões de decidir acerca das questões necessárias para a solução da lide e sobre as quais houve amplo debate entre as partes (*ratio decidendi*) têm autoridade vinculante e a elas aplica-se a doutrina de *stare decisis*²⁷⁰.

Qualquer comentário adicional do julgador, desnecessário para fundamentar a decisão, não guarda a mesma legitimidade democrática e, por isso, não tem autoridade para vincular julgamentos subsequentes. São, em síntese,

²⁶⁹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1036.

²⁷⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1051.

afirmativas cujo recorte não mudaria o resultado do julgamento (*dicta*), ou seja, ainda que não ditas, a decisão seria a mesma²⁷¹, como: “comentários sobre uma questão levantada, mas não decidida no caso, ou comentários baseados em fatos hipotéticos, comentários sobre um ponto não levantado no caso específico, ou afirmações gerais sobre a lei”. A polêmica em torno dessas diferenciações se justifica porque não são conceitos puramente descritivos, mas também avaliativos e normativos²⁷².

De todo modo, ainda que não vinculante, a autoridade de um *dictum* é digna de respeito, tanto que geralmente é suficiente para persuadir uma corte de primeira instância e, com frequência, seguida pelo mesmo tribunal em casos posteriores. Todavia, convém trazer a lume a observação feita pelo célebre juiz da Suprema Corte americana, John Marshall, em julgamento no qual se discutia a aplicação, oito anos depois, do direito que emana do emblemático caso *Marbury v. Madison*, para cujos registros a “opinião da corte” fora por ele próprio redigida:

“É uma máxima, e não deve ser desconsiderada, que as expressões gerais em todas as decisões devem ser tomadas em conexão com o caso no qual empregadas. Se vão além do caso, devem ser respeitadas, mas não controlam o julgamento em uma ação subsequente em que esse mesmo ponto é apresentado para decisão. A razão desta máxima é óbvia. A questão efetivamente apresentada ao tribunal é investigada com cuidado e considerada em toda a sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são considerados em sua relação com o caso decidido, mas a influência que potencialmente exercerão sobre todos os outros casos raramente é completamente investigada”²⁷³.

²⁷¹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1063.

²⁷² SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 209-210. Tradução livre. Texto original: “De esta manera el concepto de *obiter dicta* puede incluir comentarios sobre una cuestión planteada pero no decidida en el caso, o comentarios basados en hechos hipotéticos, comentarios en un punto no planteados en el caso concreto, o declaraciones generales sobre el derecho”.

²⁷³ *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat) 264, 399 (1821). *Apud*: FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1056. Tradução livre. Texto original: “It is a maxim, not to be disregarded, that general expressions in every opinion, are to be taken in connection with the case in which those expressions are used. If they go beyond the case, they may be respected, but ought not to control the judgment in a subsequent suit when the very point is presented for decision. The reason of this maxim is obvious. The question actually before the court is investigated with care and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated.”

Não se pode presumir, portanto, tenha sido a emissão de um *dictum* precedida da mesma cuidadosa análise com que investigada a questão que recorrente e recorrido efetivamente apresentaram ao tribunal prolator da decisão²⁷⁴. Somente as questões efetivamente sustentadas pelas partes em correlação com os fatos do caso em julgamento é que são completamente consideradas pela corte. Esse é o motivo pelo qual *dictum* não tem força de precedente²⁷⁵.

2.2.3 Técnicas de Desvio de Precedentes na *Common Law*

Muito embora seja proclamada com vigor, a obrigação de seguir precedentes, na *common law*, combina com a chamada “técnica das distinções”, considerada fundamental já no direito inglês²⁷⁶ e que permite ao julgador atual desviar da autoridade de uma decisão anterior. De todo modo, é tão improvável que um julgamento em instância inferior desconsidere uma decisão anterior de instância superior, e isso simplesmente pelo risco de reforma, que a doutrina na *common law* sequer se atém a tal hipótese. A preocupação doutrinária restringe-se a investigar até que ponto um tribunal está vinculado às suas próprias decisões²⁷⁷.

Ao tratar do que chamou de “caráter apenas presumivelmente vinculante” das decisões anteriores de um mesmo tribunal ou de um tribunal de igual categoria e importância, pontua Neil MacCormick, renomado filósofo do direito escocês, que fora catedrático de Direito Público na Faculdade de Edimburgo:

[...] é a razão da justiça de não se afastar de decisões semelhantes em casos semelhantes sem motivos muito bons, bem como as razões de política de interesse público e de princípios que amparam os precedentes, associadas ao argumento da conveniência pública em prol da certeza no direito, que explicam a posição do precedente como uma “fonte do direito” no sistema e que nos permitem captar sua qualidade essencialmente ilimitada²⁷⁸.

²⁷⁴ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1064.

²⁷⁵ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 104.

²⁷⁶ DAVID, René. **O Direito Inglês**. p. 13.

²⁷⁷ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1046.

²⁷⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. p. 296.

O direito que se pretendeu estabelecer em um caso anterior, portanto, pode não vir a ser reconhecido como tal pela mesma corte em julgamento posterior. Assim, o primeiro passo na aplicação da doutrina do precedente é uma investigação analógica. O julgador precisa analisar as duas situações concretas – a que deu ensejo à decisão anterior e aquela do caso em julgamento –, e decidir se os fatos são semelhantes a ponto de justificar a aplicação à segunda controvérsia do direito emanado da resposta dada à primeira²⁷⁹, ou seja, se o caso anterior deve ou não ser considerado controlador (*controlling*) em outro julgamento subsequente²⁸⁰.

Assim, as técnicas mais comuns utilizadas para o desvio do precedente são a distinção propriamente dita (*distinguishing*), que consiste na demonstração da existência de uma diferença substancial entre os fatos ou circunstâncias dos casos analogicamente considerados, e a superação (*overruling*), técnica por meio da qual, em decisão posterior, a própria corte que proferiu a decisão precedente infirma sua validade. Ocorre que, dentro de certos limites tidos por razoáveis pelo operador do direito, na *common law*, no campo da interpretação dos precedentes, todos estão sujeitos a interpretações que alargam ou estreitam suas dimensões vinculantes. A degradação da *ratio decidendi* e a promoção dos *dicta* podem ser vistas como casos especiais de *distinguishing*²⁸¹.

Conquanto, em muitos casos, o *case law* ofereça uma regra clara e razoável para a solução do problema atual, há ocasiões em que o precedente desejável parece não cobrir os fatos do caso em julgamento. Em hipóteses tais, a decisão anterior pode ser lida de forma mais ampla do que pretendia a corte que a prolatou. Para tanto, o tribunal da lide em julgamento precisa entender irrelevantes as diferenças entre os dois casos, ou mesmo considerar que integra a *ratio decidendi* do precedente o que nele fora registrado a título de mero *dictum*²⁸².

²⁷⁹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1076.

²⁸⁰ SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 104.

²⁸¹ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 211.

²⁸² FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1083.

Aqui não há propriamente um desvio do direito emanado do precedente, mas sim a ampliação do seu âmbito de autoridade.

Há, por outro lado, cenários nos quais a aplicação de um precedente que evidentemente se amolda aos fatos resultaria em uma solução inadequada. Em tais situações, a partir da concepção de que a doutrina de *stare decisis* não exige aderência inflexível ao passado, as cortes utilizam técnicas que permitem certa plasticidade decisória, para desviar da vinculação a erros anteriormente cometidos. Uma forma sutil de driblar a força vinculante de um precedente é fazer uma análise restritiva da decisão anterior e tratar diferenças nos fatos dos dois casos como significativas. Nessas hipóteses, o que poderia ter sido considerado parte da *ratio decidendi*, se feita uma leitura ampla do caso anterior, será recebido como *dictum*²⁸³.

Acerca dessa hipótese especial de *distinguishing*, afirma Barak:

Da mesma forma, devemos garantir consistência. Em casos semelhantes, devemos agir de forma semelhante, a menos que haja uma razão adequada para distinguir os casos. Esta regra não impede o afastamento do precedente existente, mas garante que o afastamento do precedente seja adequado, que reflita a razão e não voluntarismo, e que seja feito por motivos adequados de política legal, de modo que a contribuição que a mudança traz ao futuro direito supera qualquer dano causado pela mudança do direito antigo, incluindo a instabilidade e a resultante incerteza inerente à mudança²⁸⁴.

Existem, contudo, momentos nos quais não será possível à corte dar à lide uma solução justa sem ultrapassar os limites de flexibilidade próprios da doutrina de *stare decisis* quanto à interpretação de suas decisões anteriores. Nesses casos, a corte pode resolver o dilema simplesmente seguindo o

²⁸³ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1081.

²⁸⁴ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 491. Tradução livre. Texto original: "Likewise, we must ensure consistency. In similar cases we must act similarly unless there is a proper reason for distinguishing the cases. This rule does not bar departure from existing precedent, but it does ensure that departure from precedent is proper, that it reflects reason and not *fiat*, and that it is done for proper reasons of legal policy, so that the contribution the change makes to future law outweighs any harm caused by changing the old law, including the instability and resultant uncertainty inherent in change".

precedente, se compreender que o desvio da doutrina, na hipótese, pode ser ainda mais prejudicial do que a injustiça resultante para o caso particular; talvez pela peculiar importância da previsibilidade naquele ramo específico do direito, ou mesmo porque o desejável seja uma atuação corretiva do legislador. Por outro lado, o tribunal pode se recusar a seguir o precedente, seja por entender que é tão antigo a ponto de ter se tornado inadequado à realidade atual (*outdated*), ou mesmo por concluir ter sido produzido de forma claramente equivocada, ou ainda porque um voto dissidente registrado no julgamento anterior representa atualmente a opinião da maioria²⁸⁵. É o que se chama de superação do precedente (*overruling*).

Se a intenção de superação é registrada na nova decisão, ocorre o *expressed overruling*; já nos casos em que, muito embora sem expressa menção à intenção de superar o precedente, a nova *ratio decidendi* claramente contraria a orientação anterior, a hipótese é de *implied overruling*. Adiante, *prospective overruling* é o nome que se dá à técnica de superar o entendimento anterior, mas com modulação dos seus efeitos, para salvaguardar a segurança jurídica e não surpreender os envolvidos em situações já consumadas à luz da orientação anterior; por outro lado, se a corte expressamente atribui efeitos retroativos à superação do precedente, a prática empregada é a de *retrospective overruling*. Há ainda o *antecipatory overruling*, técnica utilizada por uma corte inferior para deixar de se submeter à autoridade vinculante de uma decisão, sob o argumento de que a corte prolatora do precedente já teria emitido sinais de estar em vias de superá-lo. Por fim, *overriding* é quando a superação tem por objeto um precedente ultrapassado (*outdated*), que já não se amolda à realidade atual²⁸⁶.

O *overruling* é mais frequentemente observado quando a questão em exame é constitucional, porque um resultado injusto não estaria abrangido pelo âmbito de atuação corretiva do legislador, como explicou o juiz da Suprema Corte americana, Louis Dembitz Brandeis:

²⁸⁵ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1089.

²⁸⁶ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão como de repercussão geral**. p. 309-318.

“*Stare decisis* é geralmente a política mais sábia, porque na maioria das questões é mais importante que o direito aplicável seja estabelecido do que que seja estabelecido corretamente. [...]. Isso comumente é verdade, mesmo quando o erro é uma questão de séria preocupação, cuja correção pode ser obtida por meio de legislação. Mas nos casos que envolvem a Constituição federal, em que a correção por meio de ação legislativa é praticamente impossível, esta Corte muitas vezes superou suas decisões anteriores. O Tribunal curva-se às lições da experiência e à força de melhores razões, reconhecendo que o processo de tentativa e erro, tão fecundo nas ciências físicas, é adequado também na função judicial²⁸⁷”.

No mais, muito embora a tradição demande preferir uma distinção cuidadosa à superação de um precedente questionável, não é incomum que seja uma decisão anterior interpretada de modo a dar à sua *ratio decidendi* aplicação tão restrita a ponto de que acabe, na prática, virtualmente superada²⁸⁸. Isso porque, como afirma Jérôme Frank, um caso significa apenas aquilo que um juiz, em um caso posterior, diz que ele significa²⁸⁹. Observa-se ainda que “A observância ou não dos precedentes, principalmente na *Common Law*, embora não só nela, também se liga ao problema do Ativismo”²⁹⁰.

Por fim, a doutrina chama a atenção para a dificuldade em se aferir o peso da autoridade de um precedente em duas situações específicas, ambas intimamente relacionadas com a temática do minimalismo judicial, a seguir discutida. A primeira diz respeito a precedentes que se apoiam em vários fundamentos, visto que, na concepção da doutrina de *stare decisis*, decisões

²⁸⁷ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-08 (1932). *Apud*: FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 3837. Tradução livre. Texto original: “*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right.... This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function”.

²⁸⁸ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1100.

²⁸⁹ FRANK, Jérôme. *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1949. p. 274. *Apud*: SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 207.

²⁹⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. p. 190.

baseadas simultaneamente em mais de um motivo tornam suas razões menos confiáveis²⁹¹. Já a segunda, uma expressão da primeira, é a existência de votos em separado, o que por vezes torna impossível encontrar uma *ratio decidendi* comum à maioria e que se distinga claramente dos *dicta*, situação que retira a força vinculante do precedente e reduz o peso de sua autoridade à meramente persuasiva²⁹².

2.3 MINIMALISMO JUDICIAL E VIRTUDES PASSIVAS

O minimalismo judicial, como teorizado por Sunstein, professor da Harvard Law School, é facilmente vinculado à ideia de virtudes passivas, à qual se dedicou Alexander Bickel, especialista na Constituição americana que lecionou na Yale Law School. Bickel, com sua doutrina das virtudes passivas, deixou um importante legado em matéria de autocontenção judicial. Sunstein, por sua vez, sugere que a noção de virtudes passivas pode ser analisada de uma forma mais produtiva se vista como parte do minimalismo judicial²⁹³.

Segundo Salles, “Concepções como as Virtudes Passivas e o Minimalismo Judicial escapam do dualismo sobre a quem compete a palavra final, encarando as decisões como fruto de um colóquio construtivo entre as instituições ao longo do tempo”. No seu dizer, são teorias apoiadoras de diálogos institucionais, visto que: “As ideias de prioridade e verticalidade cedem às de complementariedade e circularidade”, de modo que se forja “um espaço intermediário que permite, a depender do caso, a aplicação de conteúdos ou o redirecionamento a procedimentos em outras esferas”²⁹⁴ entre os poderes do Estado.

Serão abordadas individualmente, na sequência, à luz da compreensão desses dois autores, as duas tendências decisórias características

²⁹¹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1111.

²⁹² SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 209.

²⁹³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. p. 40.

²⁹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law**. p. 270.

da tradição jurídica inglesa, as quais contribuem para moldar os parâmetros dentro dos quais são assentadas as decisões das cortes de justiça da família da *common law*.

2.3.1 *Passive Virtues*

Bickel escreveu “The Least Dangerous Branch” no final da década de 1950 e início da de 1960, quando os estudos sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos estavam focados na grande mudança na sociedade americana provocada pelas decisões de dessegregação, que forçaram a academia a voltar as atenções ao escopo do controle de constitucionalidade²⁹⁵.

Para o autor, o menos perigoso dos poderes da república americana é justamente aquele chefiado pela corte constitucional que detém o poder mais extraordinário que o mundo já conheceu, qual seja, o de controle da constitucionalidade das ações dos demais poderes do governo federal e estadual. Aduz que, curiosamente, esse poder extraordinário não deriva de nenhum mandamento constitucional explícito, ou seja, a autoridade para determinar o significado e a aplicação de uma constituição escrita não está definida em nenhum lugar, nem nela mesma²⁹⁶. Daí a importância de uma corte constitucional respeitar seus próprios precedentes, especialmente no que toca aos limites do controle de constitucionalidade.

No capítulo 4, da referida obra, Bickel desenvolve o conceito daquilo que chama de virtudes passivas e expõe alguns métodos utilizados pelo Poder Judiciário americano para não enfrentar o mérito de questões eminentemente políticas e que demandem mudanças legislativas ou de regulação administrativa, ou mesmo daquelas ainda pendentes de maturação, de forma a levar os interessados a provocarem a atuação do legislador ou do administrador, seus

²⁹⁵ WELLINGTON, Harry H. (1986). Prefácio. *In*: BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. ix-xii.

²⁹⁶ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. p. 1-33.

representantes democraticamente eleitos e que se submetem periodicamente ao crivo eleitoral²⁹⁷.

Virtudes passivas são, então, em um sentido estrito, técnicas de adjudicação (ou de não adjudicação) e, entendidas de forma mais ampla, métodos desenvolvidos a partir da sabedoria prática e da prudência, cujo domínio e bom exercício são essenciais para a forma como o trabalho do tribunal é percebido externamente²⁹⁸. Bickel insiste que a Suprema Corte exerce um poder tríplice: pode invalidar legislação por inconsistência com princípios constitucionais, pode legitimar legislação ao declará-la consistente com esses princípios ou pode não fazer nem uma coisa nem outra. Para Bickel, o tribunal tem muitas maneiras de "não fazer" e preservar-se nessa tensão entre conveniência, oportunidade e os princípios constitucionais²⁹⁹.

Além disso, ao permitir que adie a decisão, as virtudes passivas dão tempo adicional ao tribunal, um recurso que de outra forma não existiria tão abundantemente. Esse tempo adicional pode ser valioso se a opinião pública, embora no momento seja resistente, pareça estar evoluindo em direção à aceitação da posição que se conforma com o princípio constitucional. Ganhar tempo pode ser importante até mesmo para que o tribunal convoque o diálogo interinstitucional antes de impor seu julgamento, e amadureça sua concepção quanto ao que o princípio controlador é ou deveria ser³⁰⁰:

“Ao oferecer uma solução parcial ou reversível para um problema, uma solução que evidencia sua própria incerteza quanto ao princípio ou princípios envolvidos, o Tribunal convida os outros ramos do governo, e o público, a examinar o princípio e abordar o problema com o mesmo espírito. Se o convite for aceito, o Tribunal

²⁹⁷ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. p. 111-198.

²⁹⁸ KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, 1985. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fss_papers> Acesso em: 19 abr. 2021. p. 1584.

²⁹⁹ KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**. p. 1584-1585.

³⁰⁰ KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**. p. 1586.

pode ser instruído pelas 'leituras responsivas' da Constituição que estes outros atores oferecerem"³⁰¹.

Nas palavras de Bickel, em síntese, virtudes passivas "São todas técnicas de 'não fazer', dispositivos para descartar um caso, evitando julgamento das questões constitucionais que levanta³⁰²" e mesmo a jurisdição de fins consultivos. Bem se vê que a teoria está intimamente relacionada à doutrina da justiciabilidade, o que não se enquadra no objeto deste estudo, razão pela qual não cabe ao presente trabalho discorrer sobre cada um desses instrumentos de não enfrentamento das demandas judiciais. De todo modo, a conclusão a que se chega é a de que, de fato, assim como propôs Sunstein, as virtudes passivas podem ser vistas como expressões do minimalismo judicial, como se verá a seguir.

2.3.2 *Judicial Minimalism*

Sunstein afirma que os tribunais anglo-americanos, com muita frequência, optam por agrupar as coisas mais difíceis e controversas e acerca delas dar pequenos, ao invés de grandes passos, um caso por vez (*one case at a time*)³⁰³. O autor diz que o processo de tomada de decisões, na *common law*, normalmente é feito caso a caso e decisões amplas são prolatadas apenas em raras ocasiões, quando o momento parece certo³⁰⁴. Identificou e descreveu esse fenômeno, que designou de minimalismo judicial, como uma tendência característica de juízes menos ambiciosos.

O professor explica que um tribunal minimalista, ao decidir o caso, deixa muitas coisas por decidir, tanto por compreender a existência de desacordos razoáveis em uma sociedade heterogênea, quanto por saber que há muito que

³⁰¹ KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**. p. 1587. Tradução livre. Texto original: "By offering a partial or reversible solution to a constitutional problem, a solution that bespeaks its own uncertainty regarding the principle or principles involved, the Court invites the other branches of government, and the public, to rise to a consideration of principle and address the problem in the same spirit. If the invitation is accepted, the Court may be instructed by the "responsive readings" 4 of the Constitution that these other actors offer in reply."

³⁰² BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. p. 169. Tradução livre. Texto original: "They are all techniques of 'not doing', devices for disposing a case while avoiding judgment on the constitutional issues it raises".

³⁰³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. p. iv.

³⁰⁴ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial minimalism on the Supreme Court**. p. xii.

desconhece, ou mesmo por estar ciente de suas próprias limitações em termos de capacidade institucional. Assim, um tribunal minimalista, alerta para a possibilidade de consequências imprevistas, procura decidir os casos em bases estreitas e evita regras claras e resoluções finais. A corte minimalista vê a si mesma como parte de um sistema de deliberação democrática e, na medida do possível, busca fornecer normas que possam atrair o apoio de pessoas com diversos compromissos teóricos³⁰⁵. O minimalismo judicial está enraizado em uma concepção de liberdade em meio ao pluralismo, o que é central para a ideia democrática³⁰⁶.

2.3.2.1 Leaving things undecided

Relativamente à amplitude, os juízes minimalistas procuram restringir o alcance de suas decisões, com o cuidado de não anteciparem soluções a outros problemas, ainda que relacionados, os quais podem ter diferenças relevantes, de forma a preferirem os riscos da incerteza aos de uma resolução prematura de questões difíceis³⁰⁷. Sunstein afirma que juízes, frequentemente, não decidem mais do que precisam decidir, deixam algumas coisas em aberto, tomam decisões deliberadas sobre o que não deve ser dito. No seu sentir, existe de fato uma prática generalizada de fazer e dizer tão pouco quanto necessário para justificar um resultado, ou seja, de deixar tanto quanto possível as coisas indecisas (*leaving things undecided*), que é o que caracteriza o minimalismo judicial³⁰⁸.

Argumenta que, tão importante quanto estudar o que os juízes dizem, é examinar o que eles deixam de dizer e por que não o dizem. Afirma que juízes costumam usar o silêncio por razões pragmáticas ou estratégicas, ou para promover objetivos democráticos, pois assim garantem que certas decisões importantes sejam tomadas por atores da cena democrática que prestam contas à

³⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. iv-v.

³⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 41.

³⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R. Sunstein. Testing Minimalism: A Reply. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 104, Issue 1, p. 123-130, 2005. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 123.

³⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, p. 4-101, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 6.

sociedade porque foram eleitos para representá-la³⁰⁹. A teoria recomenda: que os tribunais, por exemplo, não decidam questões desnecessárias à resolução de um caso; evitem decidir questões constitucionais; respeitem seus próprios precedentes; sigam a *ratio decidendi* das decisões anteriores, mas não necessariamente os *obiter dicta*; e exerçam as virtudes passivas associadas às doutrinas que envolvem a justiciabilidade. Todas essas são ideias que envolvem o uso construtivo do silêncio³¹⁰.

Sunstein chama a atenção para a existência de uma literatura florescente sobre a escolha entre regras legais e padrões legais. Explica que uma regra opera como uma especificação completa, ou quase completa, de resultados jurídicos antes do fato e, em contraste, um padrão que deixa muito trabalho a ser feito no momento da aplicação. A título de exemplo, cita o padrão segundo o qual ninguém pode dirigir em uma velocidade excessiva e a regra que estabelece a velocidade máxima permitida. Argumenta que um padrão é uma boa maneira de as cortes manterem as coisas abertas para o futuro³¹¹, pois, obviamente, as regras estabelecidas antecipadamente podem falhar. Assim, o processo de tomada de decisões caso a caso mantém certo grau de flexibilidade para o futuro, de modo a permitir que se faça simples distinção entre casos passados e aqueles em julgamento, sem a necessidade de se recorrer à superação, se o direito que emana dos primeiros parecer inadequado à vista de novas circunstâncias evidenciadas nos segundos³¹².

Esclarece, por fim, que não existe uma oposição insistente dos juízes da *common law* à amplitude, os quais têm ciência de sua importância em algumas situações, seja porque em determinadas áreas do direito uma regra previsível se

³⁰⁹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 5.

³¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**. p. 7.

³¹¹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 41.

³¹² SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 46.

mostre indispensável, seja porque há casos em que os julgadores têm fortes razões para confiar em sua capacidade de produzir boas regras³¹³.

2.3.2.2 Incompletely Theorized Agreements

No que toca à profundidade, os juízes minimalistas tendem a decidir mais superficialmente, ao invés de profundamente, objetivando favorecer argumentos que não demandem posicionamentos nos debates fundacionais do direito e da política. Esses juízes preferem *incompletely theorized agreements* (acordos não completamente teorizados), que permitem a união decisória por pessoas de diferentes perspectivas, com base em entendimentos modestos, em vez de teorizações ambiciosas. São acordos pautados na consciência quanto à dificuldade de se resolverem debates fundamentais e por meio dos quais as pessoas, incluindo juízes, externam grande medida de respeito mútuo³¹⁴. Segundo essa doutrina, acordos não completamente teorizados são decisões tomadas por pessoas que, apesar de não convergirem quanto às abstrações dos motivos determinantes, conseguem chegar a uma mesma conclusão³¹⁵.

Por entender de questionável “pedigree democrático”, um Judiciário nomeado, Sunstein propõe um mecanismo de modéstia teórica, com base na noção de que os indivíduos podem resolver boa parte dos problemas jurídicos sem necessariamente recorrer a pronunciamentos e acordos teóricos de alto nível³¹⁶. Assim, uma espécie de comedimento conceitual pode produzir acordo ou, em qualquer caso, progresso. O autor sintetiza, portanto, quatro vantagens que acordos não completamente teorizados proporcionam: (a) estabilidade social em meio a intensas divergências sobre o que é certo e o que é bom; (b) possibilidade de boa convivência em meio à diversidade, pois membros de diversos grupos

³¹³ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 241.

³¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. Sunstein. Testing Minimalism: A Reply. **Michigan Law Review**. p. 123.

³¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**, Paper n. 147, Chicago, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 1.

³¹⁶ BATHAEE, Yavar. Incompletely Theorized Agreements: an unworkable theory of Judicial modesty. **Fordham Urban Law Journal**, v. 34, n. 5, p. 1457-488, 2007. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol34/iss5/2>>. Acesso em: 17 abr. 2021. p.1459.

sociais podem trabalhar juntos e demonstrar respeito mútuo; (c) redução do custo político de desentendimentos duradouros; e, (d) abertura para debates posteriores, tanto na lei quanto na política, à vista de novos fatos e perspectivas³¹⁷.

Conforme Sunstein, os acordos não completamente teorizados são um fenômeno generalizado na elaboração do Direito Constitucional, tanto no âmbito da política quanto no dos tribunais; são uma fonte importante de constitucionalismo e de estabilidade social, pois permitem montar um quebra-cabeça constitucional e social duradouro. O fenômeno é, para o estudioso, o que torna possível a existência de uma constituição mesmo em nações cujos cidadãos não concordem com a maior parte das questões fundamentais³¹⁸. Argumenta, o autor, que regras gerais e analogias são os dois métodos mais importantes para resolver disputas constitucionais, pois possibilitam a obtenção de acordo quando esse é necessário, mas também tornam-no desnecessário quando ele é impossível. Aduz que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos foi produzida a partir desse processo de passar ao largo das discussões a respeito de grandes teorias, em um esforço para construir entendimentos generalizados com base em práticas compartilhadas. Sunstein relembra a frase famosa de Jacques Maritain, um filósofo intimamente envolvido na elaboração da Declaração Universal: “Sim, concordamos com os direitos, mas com a condição de que ninguém nos pergunte por quê”³¹⁹.

Adverte, todavia e por fim, que juízes minimalistas não endossam opiniões obscuras ou ofuscantes, tampouco refletem timidez deliberada, ao contrário, respeitam com entusiasmo a obrigação de apresentar razões; muito embora se esforcem para oferecê-las de uma forma pouco ambiciosa³²⁰.

³¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 11 e 13-24.

³¹⁸ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 1-3.

³¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 5-8.

³²⁰ SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**. p. 7.

Capítulo 3

CRIAÇÃO JUDICATIVA DO DIREITO NO BRASIL

3.1 SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Não é objeto desse estudo investigar se os juízes descobrem ou inventam o direito, ou mesmo se fazem as duas coisas ou nenhuma delas, como sugere Dworkin ao propor o direito como integridade³²¹. A expressão “criação judicativa do direito” vem empregada no sentido de precedente como fonte do direito.

A análise das pontuais modificações nas regras processuais implementadas nas últimas décadas demonstra a introdução de institutos que obrigam a observância do precedente no direito brasileiro - de modo que a clássica separação de poderes parece ter sofrido uma mitigação estranha ao sistema civilista -, dada a aparente possibilidade de criação de preceitos jurídicos vinculantes pelo próprio Poder Judiciário. Entretanto:

O aproveitamento de fragmentos do sistema processual estrangeiro torna-se bastante arriscado a partir da percepção dos elementos conjunturais que o formaram. Portanto, a implementação de um sistema de precedentes por meio de lei, embora justificável – em razão da própria exigência constitucional (art. 5º, II) –, representa um modo bastante peculiar de sua inauguração, cuja estrutura deve ser visualizada de modo experimental e por isso mesmo analisada com toda cautela³²².

Assim, é ao estudo do incipiente uso do precedente vinculante no direito brasileiro que se dedica o presente capítulo. A abordagem não é processualística, no sentido de que não pretende avançar nas minúcias técnicas da utilização de cada um dos mecanismos de que trata o Código de Processo Civil. O escopo é tratar do precedente a partir de uma perspectiva mais teórica e filosófica do direito.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**.

³²² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 4.

3.1.1 O Trajeto do Direito Brasileiro rumo ao Precedencialismo

Parece haver uma distinção na *civil law* entre a racionalidade do jurista que legisla e a daquele que judica. Grosso modo, é possível afirmar que o trabalho do legislador tem um enfoque muito mais zetético. Há uma constante ênfase nas perguntas, com respostas que podem ser questionadas a qualquer momento, porque são tomadas como provisórias, como é natural no ambiente de debates que é o parlamento, movimento dialético democrático essencial para o estabelecimento de premissas dogmatizáveis. Tanto é que Theodor Viehweg, estudioso da tópica jurídica, afirma que o *civil law* tem como objetivo principal uma coleção de *topoi*³²³.

De outro lado, o trabalho do juiz na *civil law* está muito mais ligado a um pensamento dogmático, no qual a hermenêutica e a argumentação partem de pontos que não podem ser questionados, justamente pela impossibilidade de oposição aos dogmas já positivados pelo legislador.

Consoante se extrai da obra da professora Cláudia Rosane Roesler³²⁴, Viehweg ensina que, para o pensamento sistêmico, haveria uma resposta dentro do próprio sistema para todo e qualquer problema, ao passo que problêmico é o modo de pensar que não pressupõe a existência prévia de uma solução para tudo. Com efeito, dentro de uma sociedade em constante mutação, parece claro que nem todo problema jurídico entregue para solução pelo Poder Judiciário já fora antes imaginado pelo legislador.

O presente estudo apoia-se nessa concepção moderna da ciência jurídica de que existem novos problemas para os quais ainda não se definiram soluções, porque um sistema ideal que preveja uma solução para tudo, inclusive aquilo que não se conhece ou sequer se imagina, é mera utopia.

Em outras palavras, ainda que dotado da ambição de sistematização e completude, natural da tradição civilista, e a despeito de todo o apoio que a doutrina lhe costuma oferecer nessa empreitada, não é crível seja o Poder Legislativo capaz

³²³ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso racionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 119.

³²⁴ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso racionalidade**.

de deixar prontas, sem lacunas, respostas para absolutamente todas as perguntas nos dogmas que positiva. Indo além, é possível afirmar que, em verdade, muitos dos novos problemas que o dia-a-dia apresenta demandariam a revisão de paradigmas ou mesmo a reestruturação de dogmas existentes, quando não de todo um sistema, consequência da constante demanda pelo desenvolvimento do direito.

A dificuldade reside na mora natural do processo legislativo em uma democracia como a brasileira. Não é possível atender às novas demandas na velocidade necessária para prevenir a ameaça ou a lesão aos novos direitos e garantir, a tempo e modo, a satisfação desses modernos anseios. Na prática, até mesmo para que o legislador tome conhecimento da imprescindibilidade de estabelecer novas premissas, um problema há de ter sido concretamente percebido em momento anterior. É por isso que esse descolamento entre a produção do direito e a casuística, próprios da concepção positivista primitiva da *civil law*, já não mais se sustenta. Como explica o juiz e professor Gilson Jacobsen, fala-se hoje “em uma crise da *fattispecie* ou em uma crise da previsão legislativa, já que o silogismo não funciona mais. As partes já não expõem fatos, mas agitam interesses e relatam necessidades. A lei, não custa repetir, já não é autossuficiente”. Continua:

Por isso a sensação de que o Judiciário ocupa todos os espaços. E a sentença já não é mais um aplicar a lei ou dizer o direito, mas um decidir. E o juiz, agora equipado de valores e vontade, já não encontra lacunas e espaços vazios no direito. Ao contrário, tem sempre a resposta. E é assim que a tutela jurisdicional se apresenta agora como um apelo à decisão do terceiro³²⁵.

Adeotato, ao tratar do que Haberle chama de a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, expõe que “todas as pessoas concretizam a Constituição, na medida em que se conduzem de acordo com ela, sem necessidade de ir ao Judiciário”. Todavia, tendo em conta a escassez de consenso em sociedades democráticas, como é o caso da brasileira, em que essa característica é bem evidente,

³²⁵JACOBSEN, Gilson. Meio Ambiente, Justiça e Criatividade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DANTAS, Marcelo Buzaglo; GIMENEZ, Andres Molina (Org.); SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola; FERRER, Gabriel Real (coord.). **Sociedade, governança e meio ambiente**. Itajai: UNIVALI, 2017. *E-book* (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade, t. 3). Disponível em: <<https://iuaca.ua.es/es/documentos/documentos/ebooks/ebook-colecao-estado-transnacionalidade.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.p. 65-66.

pontua ser “a partir dos conflitos a ele submetidos que o Estado interfere, já que está proibido o *non liquet* nas democracias contemporâneas, dizendo a última palavra sobre o dissenso quanto à solução do caso”³²⁶.

O julgador, portanto, não se pode utilizar de um pensamento sistêmico para recusar resposta a um problema impossível de resolver, ou seja, um problema para cuja solução a criatividade do Legislador (ou mesmo do Constituinte) não se antecipou. Se, portanto, concomitantemente ao surgimento de um novo problema, surgirem também prejudicados, a garantia da inafastabilidade da jurisdição obrigará o Poder Judiciário a receber eventual lide que lhe venha a ser apresentada e providenciar aos jurisdicionados uma resposta. Nesse contexto, será preciso “pensar por problemas”, no dizer de Viehweg³²⁷, para uma “autônoma constituição normativa”, nas palavras do professor Antônio Castanheira Neves³²⁸, e a norma será construída para o caso concreto pelo próprio julgador.

Há de se atentar, contudo, para que o pensamento tópico não leve a uma excessiva abertura em relação à normatividade em que se fundamenta determinado sistema jurídico, sob pena de se incorrer em decisionismo³²⁹. Não há espaço, em um estado democrático de direito, para “uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório”. É o que esclarece Castanheira Neves:

[...] precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência das normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma integração intra-sistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório. Mas aí, também não menos seguramente, com uma autonomia normativamente constitutiva maior do que aquela que se reconhece no juízo decisório por mediação vinculativa da norma³³⁰.

³²⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. p. 279.

³²⁷ O que para Viehweg representa o pensamento tópico, em oposição a “pensar por sistemas”.

³²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.205.

³²⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. p. 280.

³³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p.206

À vista dessa inescapável realidade que é a insuficiência do sistema de regras positivas: “Faz-se necessário, pois, sair do direito positivo, incapaz de debater as grandes questões da dogmática jurídica e de, verdadeiramente, resolver os problemas de justiça do nosso tempo”³³¹. É o que fez o Supremo Tribunal Federal ao decidir, por exemplo, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, em cujos autos restou assentado que os artigos do Código Penal que tratam do aborto não incidem na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos, cujo acórdão restou assim ementado:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal³³².

Fato é que sempre houve, no Brasil, essa necessidade de autônoma constituição normativa por juízos concretamente decisórios, de modo que não é novidade a criação do direito pelo Judiciário para aplicação retroativa às partes envolvidas na causa. A diferença é que, por conta do vínculo às concepções próprias da *civil law*, a resposta criada para o caso concreto, tradicionalmente, não introduz um novo dogma de observância obrigatória que ultrapasse os limites subjetivos da demanda inicial e imponha-se em situações subsequentes. É a essa tradição que vem de encontro à paulatina introdução de mecanismos ligados à doutrina de *stare decisis* no sistema jurídico pátrio, notadamente no enfrentamento de questões cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos na causa.

Com outro enfoque, por conta dos métodos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, Humberto Theodoro Junior afirma que “o

³³¹JACOBSEN, Gilson. Meio Ambiente, Justiça e Criatividade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DANTAS, Marcelo Buzaglo; GIMENEZ, Andres Molina (Org.); SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola; FERRER, Gabriel Real (coord.). **Sociedade, governança e meio ambiente**. p. 65.

³³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2021.

modelo brasileiro, desde sua primeira constituição republicana, nunca foi puramente de *civil law*³³³, e cita uma passagem em que o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, chama a atenção para a presença de precedentes obrigatórios em todo o processo de evolução do direito brasileiro:

[...] precisa [a] observação do professor Danilo Knijnik: embora não seja certo “dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês”, também “será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva” (KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 59)³³⁴.

Ocorre que: “O levantamento histórico do precedente no direito brasileiro, elaborado pelo Ministro Zavascki, limitou-se aos tempos recentes, retratando apenas o ocorrido nos séculos XX e XXI”, contudo, “a presença do direito jurisprudencial, entre nós, já se fazia marcante desde os tempos coloniais (séculos XVI a XVII), bem como nos primórdios da independência monárquica e do regime republicano, ocorridos no século XIX”³³⁵.

Em verdade, inúmeros elementos históricos demonstram a influência exercida pela jurisprudência antes mesmo da era Imperial e, para dizer o mínimo, pelo Decreto nº 848, de 1890: surge a recomendação expressa de consulta à jurisprudência para aplicação do direito. Essa tendência invadiu o século XX e, mesmo com alguma dispersão, diversos textos legais estimularam o uso do direito jurisprudencial. Além do mais, ainda na década de 1960, concebe-se o enunciado de súmula da jurisprudência dominante. Não há dúvida em relação ao aumento da importância do direito jurisprudencial nas últimas décadas, algo facilmente demonstrável pela criação do instituto da súmula vinculante, no início do milênio (2004)³³⁶.

Com efeito, “O texto original do Código de Processo Civil de 1973³³⁷, em capítulo próprio, previu a técnica da uniformização da jurisprudência com a

³³³ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. p. VII.

³³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. p. IX.

³³⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. p. X.

³³⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle, **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. p. 4.

³³⁷ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial

possibilidade de edição de súmula para fins de uniformização e formatação de precedente”³³⁸. Ainda sob a égide desse mesmo Código, diversas alterações a ele incorporadas, até antes de sua revogação, já direcionavam o direito brasileiro para uma institucionalização explícita de elementos da doutrina de *stare decisis*, como a criação do instituto da súmula vinculante, em 2004.

Adiante, sobreveio a previsão da necessidade de que uma questão constitucional fosse considerada de repercussão geral para justificar seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (art. 543-A). O conceito de repercussão geral estava expresso naquele Código: "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (art. 543-A, § 1º). Outros comandos legais nele constantes explicitavam o escopo de se extrair de decisões resultantes de julgamentos proferidos pelos tribunais superiores, ainda que a partir de casos concretos, preceitos normativos aplicáveis para além dos limites subjetivos das demandas originárias (artigos 541 e 544).

Resta claro, assim, que “nosso sistema jurisdicional vem prestigiando, de longa data e cada vez mais, a teoria dos precedentes, afeiçoando-se progressivamente à cultura do *stare decisis* construída no seio dos países de *common law*”³³⁹. Todavia, conquanto seja evidente o gradativo aumento da importância do direito jurisprudencial, “tantas modificações não foram suficientes para promover a plena sistematização da aplicação do direito, e, nesse sentido, a insegurança jurídica e a imprevisibilidade permaneceram como motivos de temor”³⁴⁰. À vista disso, de uma análise apurada do regramento constante da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015³⁴¹, conclui-se que o atual Código de Processo Civil tratou de instituir uma

da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973, republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

³³⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 187.

³³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. VIII.

³⁴⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 4.

³⁴¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

sistematização ampla para esse aspecto particular da atividade jurisdicional”³⁴², com previsões peculiares relacionadas à eficácia dos precedentes e ao claro escopo de enfrentar dois problemas bastante específicos: a profusão de casos repetitivos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro; e a inexistência, na magistratura nacional, de um sentimento de vinculação às decisões das cortes de vértice.

3.1.2 O Precedente de Observância Obrigatória

Os sistemas da família jurídica da *common law* têm o precedente judicial como uma das fontes primárias do direito, sem que isso seja visto como invasão da atribuição do Poder Legislativo. Assim, a casuística dos tribunais estabelece novos dogmas, mas estes são válidos tão somente até que, por conta do sistema de freios e contrapesos, sejam eventualmente revistos pelo legislador. De todo modo, o precedente judicial, lá como aqui, não está acima da lei.

A inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela introdução, por lei, do sistema de precedentes de observância obrigatória consiste em conferir a determinadas decisões judiciais autoridade que lhes permita a aplicação analógica a situações subsequentes. A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 refere-se expressamente à criação de “institutos inspirados no direito estrangeiro, [...] já que a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações”³⁴³. De todo modo, não se podem estudar os precedentes judiciais de observância obrigatória a partir da noção de precedente típica da *common law*³⁴⁴, pois não há uma rendição do sistema jurídico brasileiro à doutrina de *stare decisis*, mas apenas a imposição legal de que, naquelas situações taxativamente previstas, observe-se o precedente.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

³⁴² THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. VII.

³⁴³ BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. Brasília, 8 jun 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2021. p. 37.

³⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. XI.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 926, impõe aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Na sequência, no art. 927, traz nova imposição, esta voltada aos juízes e aos tribunais, de observância não apenas das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, mas, também, dos precedentes firmados no julgamento de incidente de assunção de competência e no de demandas selecionadas como repetitivas, bem como dos enunciados de todas as súmulas dos tribunais superiores e das orientações do plenário ou do órgão especial da corte a que estiverem vinculados.

O termo “precedente”, em verdade, sequer foi utilizado pelo legislador. O art. 927 do Código de Processo Civil fala em decisões, súmulas, acórdãos, enunciados e orientações, mas não menciona precedentes. Adiante, de uma leitura atenta do art. 926 daquele Código, percebe-se que traz uma orientação legislativa para a edição de súmulas, “figura típica de nosso sistema de formação de *direito jurisprudencial*”, “para retratar a *ratio decidendi* a prevalecer como regra para solução de futuros casos similares”³⁴⁵.

Viana e Nunes chamam atenção para a “mixórdia conceitual sobre os precedentes no direito brasileiro, decorrente, de certo modo, do inexpressivo estudo sério da tradição precedencialista”. Segundo alertam os autores, “chama-se de precedente o que de fato não é, como se dá nos casos de invocação de súmula, atribuindo a esta as características de abstração e generalização reservadas à lei”³⁴⁶. Logo, para melhor compreensão de seu conteúdo, convém registrar que a presente dissertação emprega a palavra “precedente”, quando o contexto é o sistema jurídico brasileiro, para se referir às decisões a partir das quais os tribunais redigiram suas súmulas e seus enunciados. Em consequência, não tem relevância para o presente estudo a distinção entre jurisprudência e precedente que se faz na *common law*.

³⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. XI.

³⁴⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 54.

Com efeito, a teoria geral do precedente, no direito brasileiro, não pode ser construída como uma mera adaptação à *common law*, minimizando-se “as diferenças entre os dois regimes relacionadas à organização judiciária, à teoria das fontes do direito, à concepção do papel do juiz, à cultura dos juristas e à prática”. Entretanto, em um sistema ou no outro, de toda decisão judicial que se pretenda utilizar como precedente, é preciso extrair “as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia” e “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”³⁴⁷.

Por esses motivos, “no momento, para a efetiva implantação do sistema de precedentes regulado pelo CPC/2015”, de modo que o sistema jurídico brasileiro seja capaz de utilizar-se dos benefícios da doutrina de *stare decisis* àquelas situações taxativamente previstas em lei, é imprescindível “a absorção das técnicas construídas pelo *common law* em torno das noções de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, distinção e superação”³⁴⁸. Em não se tomando o cuidado de criar um ambiente compatível para a recepção do modelo de precedentes obrigatórios, o sistema jurídico brasileiro pode vir a sofrer tão grave dano quanto aquele que sofre o corpo humano que rejeita um órgão transplantado incompatível.

3.2 O PRECEDENTE VINCULANTE COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

Os críticos à ideia de que fora introduzido um sistema de precedentes no direito brasileiro argumentam que, a despeito da obrigatoriedade de observância, a autoridade de uma decisão anterior sobre um julgamento atual é apenas persuasiva. Entende essa corrente que os novos mecanismos inseridos no direito processual civil brasileiro não teriam o condão de impor ao operador o dever de aplicar o direito que emana do precedente, visto que a expressão “observância obrigatória” há de ser compreendida como a mera incumbência de tomar em consideração o padrão decisório posto no precedente, conquanto possa dele se desviar no momento de resolver a o problema atual. Logo, não seria antijurídica a decisão que deixa de adotar

³⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. XI-XII.

³⁴⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. XV.

a solução exposta no precedente de observância obrigatória, desde que o julgador seja capaz de se desincumbir do correspondente ônus argumentativo.

Já o precedencialismo advoga que, com o advento das mudanças que inseriram o precedente de observância obrigatória no direito brasileiro, uma decisão que transponha os limites da autoridade de um desses precedentes é antijurídica. Em outras palavras, à luz dessa concepção, o precedente de observância obrigatória é um precedente vinculante, o que “tende a promover uma reformulação nunca vista no direito processual e mesmo na teoria do direito brasileiro”, já que “um dos aspectos básicos de funcionamento do sistema é exatamente a conservação do precedente”³⁴⁹.

Essa polarização impõe perpassar pela teoria das fontes do direito, com vistas a identificar a que título fora o precedente de observância obrigatória recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1 As Fontes do Direito e a Autoridade do Precedente

Tema central nas discussões acadêmicas, as fontes do direito são os argumentos que podem ser legitimamente empregados para a tomada de uma decisão jurídica. Como observa Theodoro Junior:

O moderno CPC de 2015 disciplinou o regime brasileiro de jurisprudência ou precedente vinculante, primeiro estabelecendo os requisitos a serem cumpridos pelos tribunais para que seus julgados possam funcionar como fonte de direito para observância em causas futuras similares; e, em seguida, enumerou quais seriam os procedimentos capazes de gerar teses dotadas de força obrigatória, fora do processo que lhes deu origem³⁵⁰.

É possível afirmar de pronto, então, que apenas naquelas hipóteses taxativamente previstas em lei é que existe a obrigatoriedade de observância do precedente. Ressalta-se, contudo, que o verbo empregado no art. 927, do Código de Processo Civil, é “observar”, o que demanda averiguar se a lei introduziu, no ordenamento jurídico pátrio, o precedente como fonte primária do direito ou se, em verdade, impôs tão somente um ônus argumentativo de enfrentamento, na decisão

³⁴⁹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 4.

³⁵⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. X.

posterior, do direito que emana do precedente de observância obrigatória, sem alterar sua característica de fonte secundária do direito.

Em sua Teoria Complexa do Direito, Zanon Junior não trabalha com a dicotomia entre fontes primárias e secundárias. Para o autor, “fontes jurídicas são aqueles argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo direito como legítimos limitadores na tomada de decisões em uma sociedade específica”. A partir dessa concepção, a característica básica e inafastável das fontes do direito não é sua função de direcionar a tomada das decisões jurídicas, mas sim a de restringir a amplitude decisória do intérprete, que, além de ser orientado a seguir em determinada direção, é também e principalmente impedido de escolher outras trajetórias potencialmente disponíveis³⁵¹.

O autor divide as fontes jurídicas, primeiramente, de acordo com a força de sua autoridade: a) intransponível é o elemento de determinação impossível de contrariar, sob pena de a deliberação ser considerada antijurídica; b) vinculante é o argumento que deve ser obrigatoriamente considerado pelo intérprete na tomada da decisão, muito embora sucumba diante de um padrão decisório intransponível e, ainda, possa ceder frente a outro de igual eficácia; c) decisiva é a autoridade do argumento que, conquanto não intransponível, nem vinculante, é relevante a ponto de não poder ser desconsiderado sem justificativa discursiva suficiente e adequada; e, d) limitada é eficácia dos padrões de julgamento importantes, mas passíveis de desconsideração sem que tanto seja demandado do aplicador do direito ao se desincumbir de seu ônus argumentativo³⁵².

Na sequência, Zanon Junior faz uma distinção entre fontes materiais e formais. Explica que as fontes materiais, também chamadas de originárias porque influenciam na tomada das decisões jurídicas, em sociedade e na própria atividade estatal, correspondem a conteúdos valorativos, encontrados nos princípios éticos (produzidos por discussões públicas), na doutrina (produzida pela ciência) e nos costumes (produzidos pelas práticas sociais). Já as fontes formais, que podem ser tidas como a oficialização das primeiras, são os textos normativos produzidos pelo

³⁵¹ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 144-145.

³⁵²ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 147-148.

Poder Legislativo, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário e as políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo³⁵³.

Ao correlacionar esses conceitos, expõe o autor, as fontes materiais ostentam eficácia meramente limitada. Por outro lado, as fontes formais diferem quanto à força de sua autoridade: a) as políticas executivas têm eficácia decisiva; b) os textos normativos, eficácia intransponível; c) a autoridade das decisões judiciais varia de acordo com a tradição jurídica, de modo que pode ser vinculante ou decisiva³⁵⁴. Importa, assim, fazer a ligação entre a sistematização desses conceitos, do modo como proposta por Zanon Junior, e os pressupostos teóricos já assentados no segundo capítulo da presente dissertação.

De pronto, é possível afirmar que a autoridade dos precedentes na *civil law* é, tradicionalmente, apenas decisiva (ou persuasiva). Assim, o precedente no modelo civilista não pode ser ignorado sem justificativa discursiva adequada, mas a decisão que dele se desvia, se suficientemente fundamentada, não é considerada antijurídica. Sob outra perspectiva, mais comumente utilizada pela teoria das fontes, é possível concluir que os precedentes, na *civil law* são, tradicionalmente, fontes apenas secundárias do direito.

Com igual norte, pode-se dizer que, na *common law*, em que pese não tenha autoridade intransponível, ou seja, apesar de não se sobrepor à lei, o precedente é vinculante, de modo que o intérprete só pode dele se desviar acaso esteja frente a um conflito entre um precedente e a lei, ou entre dois precedentes de igual eficácia. Nesta segunda situação, ainda assim, o aplicador precisa “observar” ambos os precedentes, de modo a prestar contas, argumentativamente, da opção por um ou outro padrão decisório. Nesse caso, à luz da integridade do sistema jurídico, seja por conta do conflito com a lei (aí com um ônus argumentativo ainda mais qualificado) ou com outro precedente de igual eficácia, ao intérprete incumbe justificar de forma suficiente e adequada as razões do desvio do precedente. Entretanto, em não havendo conflito com a lei ou outro julgado anterior de igual eficácia, o precedente

³⁵³ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 150-151.

³⁵⁴ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. p. 152.

controla o caso subsequente, de modo que a decisão que transpõe os limites da sua autoridade vinculante é considerada antijurídica.

Voltando, então, à dicotomia tradicional da teoria das fontes, que as divide entre fontes primárias e secundárias do direito, pode-se afirmar que, na *common law*, o precedente vinculante é fonte primária do direito, uma vez que só cede se em conflito com outras fontes também primárias, após adequadamente verificada a força da autoridade de cada uma dessas fontes em conflito e mediante justificação argumentativa da opção.

Firmadas essas premissas, convém discorrer de forma breve e pontual sobre as razões utilizadas para a adoção, nesta dissertação, da concepção de que, no Brasil, existem precedentes vinculantes dentre as fontes primárias do direito.

3.2.2 A Autoridade Vinculante do Precedente de Observância Obrigatória

Muito já se expôs, nos capítulos anteriores, quanto à compreensão de que o respeito às decisões judiciais exsurge mais natural em sociedades que acolhem a doutrina de *stare decisis*, pois a estabilidade jurisprudencial, ao conferir previsibilidade quanto aos resultados das condutas e escolhas da sociedade, promove a confiança no Poder Judiciário. Além disso, a vinculatividade dos precedentes atende ao postulado constitucional da igualdade, ao garantir julgamentos semelhantes para casos semelhantes. Como se não bastasse, a adoção de critérios já estabelecidos previamente para a solução dos casos em julgamento economiza tempo e energia, razão pela qual contribui para uma menor taxa de congestionamento no Poder Judiciário, consequentemente, com importante ganho em eficácia. Assim, a percepção é de que essa mudança é positiva para o fortalecimento da integridade do sistema de justiça brasileiro.

De todo modo, mesmo a partir de uma análise menos idealista e mais adstrita às opções constitucionais e legislativas, exsurgem fundadas razões para acolher a concepção de que o precedente de observância obrigatória tem efeitos vinculantes no sistema jurídico brasileiro, inclusive porque algumas passagens da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 revelam a declarada intenção de implementação de um verdadeiro sistema de precedentes.

Segundo esse documento, adotou-se, na redação do novo código processual, como “um outro viés do princípio da segurança jurídica”, aquilo que também chamou expressamente de um “princípio” segundo o qual, “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”. Até por isso propõe o arrazoadado que “as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal” seriam justamente “as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência”³⁵⁵.

Adiante, no que concerne ao princípio do livre convencimento motivado, pontuou-se que uma compreensão estendida de seu alcance “acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”, porquanto: “A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”. Assim, o “desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma” acaba por comprometer as chances de o estado aferir com isonomia o cumprimento, pelos integrantes da sociedade, da obrigação que todos têm de agir em conformidade com a lei³⁵⁶.

No mencionado texto, ademais, a existência de “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica” é apontada como um fenômeno que “fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”, porque “leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos”. Certamente por isso, na justificativa do prestígio dado a mecanismos como a súmula vinculante e o regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, registrou-se a “tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”³⁵⁷.

³⁵⁵BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. p. 28.

³⁵⁶BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. p. 29.

³⁵⁷BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. p. 27.

Quanto ao temor da sobreposição do Judiciário ao Legislativo, é preciso atentar para o fato de que a reforma não alterou as funções dos poderes da república. O juiz, ao resolver um caso concreto, cria uma normatividade a partir da intenção normativa vinculante do próprio sistema jurídico. Da mesma forma, o legislador, ao propor a solução de questões jurídicas de modo prescritivo, opera dentro de um quadro juridicamente vinculado. As tarefas jurídicas do legislador e do julgador têm o mesmo objetivo, visto que um realiza o direito em abstrato e o outro o realiza em concreto. Assim, apesar de executada em níveis diferentes, partilham momentos sucessivos de uma mesma tarefa³⁵⁸.

No sistema de controle de constitucionalidade vigente, se o Poder Judiciário declara uma lei inconstitucional, o Legislativo pode editar uma nova, que atinja os mesmos propósitos sem atentar contra a Constituição, ou, até mesmo, se isso for constitucionalmente viável, emendar a própria Constituição e, em seguida, reeditar a lei invalidada, hipótese em que a nova lei também estará sujeita a revisão e o diálogo entre os poderes seguirá.

O mesmo raciocínio aplica-se ao sistema de precedentes, pois o legislador tem o poder de criar uma nova realidade normativa que derogue o direito judicativamente constituído. Longe de consistir desrespeito de um poder para com o outro, essa prática permite um diálogo saudável entre poderes parceiros na empreitada da construção do direito³⁵⁹. A paridade é essencial ao adequado funcionamento de um sistema tripartite de poderes, que depende ainda de uma atitude responsiva do Poder Legislativo à atuação do Judiciário³⁶⁰.

Isso posto, a despeito da relevância da discussão levada a efeito pelas correntes contrapostas, não caberia nos limites estreitos desse estudo maior aprofundamento dos motivos pelos quais uma deva prevalecer à outra. Basta, por ora, afirmar que, tanto por razões de ordem ideológica vinculadas à noção de integridade judicial e sustentabilidade do Poder Judiciário, quanto pelas intenções reveladas na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, e sem descurar do fato

³⁵⁸CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 17-13.

³⁵⁹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 4311.

³⁶⁰SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 227.

de que não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade relacionada a essas inovações, o Brasil, hoje, conta com um sistema de precedentes vinculantes.

A partir dessa perspectiva, o precedente vinculante é fonte primária do direito brasileiro, uma vez que só cede se em conflito com outras fontes também primárias, após adequadamente verificada a força de autoridade de cada uma delas e mediante justificação argumentativa da opção. Assim, o precedente vinculante não prevalece no conflito com a lei, cuja eficácia é intransponível, e pode ter que ceder se contraposto a outro precedente de igual eficácia, acaso este se mostre mais adequado à luz da integridade do sistema jurídico. Entretanto, ausente o conflito com a lei ou com outro precedente de igual eficácia, é antijurídica a decisão que transpõe os limites da autoridade vinculante do precedente em controle. A dificuldade reside em distinguir, dentre as incontáveis decisões judiciais já proferidas, quais efetivamente são consideradas precedentes no sentido de decisão vinculante.

3.2.3 A Independência Judicial e o Precedente Vinculante

Da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, colhe-se que “a função e a razão de ser dos tribunais superiores” é justamente “proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”. Adiante, adverte-se para a necessidade de que os “Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável”, uma vez que “a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito” compromete a segurança jurídica. Afirma-se a pretensão de que jurisprudência dos tribunais de sobreposição “sirva de norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário”³⁶¹.

A reformulação da legislação processual civil reforçou o papel dos tribunais superiores, “notadamente após a alteração promovida pela Lei nº 13.256/2016, uma vez que são criadas barreiras de acesso aos tribunais, tornando a revisão do “precedente” bastante difícil”³⁶². Isso colocou em pauta a discussão a

³⁶¹BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. Brasília, 8 jun. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2021. p. 27.

³⁶² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 4.

respeito do que efetivamente representam esses tribunais no sistema jurídico brasileiro, temática que não coube nos limites desta dissertação, apesar de merecer aprofundamento. De todo modo, as cortes têm responsabilidade para com a consolidação do sistema de precedentes obrigatórios, constante da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021 a 2026³⁶³.

Clara está a opção positivada no ordenamento jurídico brasileiro pela adoção do precedente judicial como fonte primária do Direito. Em consequência, não há mais margem para a discricionariedade, uma vez que, se o precedente for vinculante, o julgador do caso subsequente estará obrigado por lei a aplicar o direito que dele emana.

Com efeito, os precedentes vinculantes não representam apenas uma forma já utilizada para a solução de determinado problema jurídico, ainda que reiteradas vezes em julgados posteriores (jurisprudência), mas sim uma regra a ser observada cada vez que o operador do Direito se deparar com aquela mesma questão a resolver.

Um precedente vinculante não é, portanto, somente um exemplo, uma orientação ou um modelo, pois não representa – como a jurisprudência clássica dos sistemas da *civil law* –, uma tendência de julgamento ou uma prática adotada na solução de determinados casos que se repetem: o precedente vinculante é norma fixa, legítima e de observância obrigatória pelos julgadores vinculados à corte que o firmou.

De acordo com MacCormick, “Num sistema hierárquico de tribunais, somente confusão e despesa resultam do fato de tribunais de instâncias inferiores se recusarem a seguir precedentes firmados por tribunais superiores”³⁶⁴. O estabelecimento de mecanismos de jurimetria para aferição das taxas de recorribilidade e reversibilidade, por exemplo, pode auxiliar os tribunais na identificação de situações de inconstância jurisprudencial e na implementação de medidas adequadas de política judiciária:

³⁶³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 325, de 30 de junho de 2020**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

³⁶⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. p. 296.

[...] a aferição e publicação das Taxas de Recorribilidade e de Reversibilidade agregadas e individualizadas de todos os magistrados e tribunais poderia revelar importantes informações tanto para os próprios magistrados, quanto para as partes envolvidas, reduzindo a litigância e gerando mais eficiência na gestão judicial. A depender dos resultados obtidos com a sua implantação, medidas de política judiciária não intuitivas podem ter de ser adotadas para a adequação do nível ótimo de incentivos para as partes recorrerem, bem como para que magistrados em geral produzam ou sigam a orientação jurisprudencial do tribunal a que estão vinculados³⁶⁵.

Entretanto, por ter sido introduzido em um ambiente de tradição civilista, o precedente vinculante, no Brasil, é ainda alvo de muita resistência. Trata-se de declarado investimento do legislador no capital jurídico da nação, mas que tem sido recebido por parte dos juristas como uma afronta à independência judicial.

Todavia, em razão dessa pretensa independência em relação à lei e à jurisprudência, “os magistrados podem ser uma das, se não a principal, causas da morosidade judicial e do aumento persistente dos litígios no país”. Se, mesmo diante de inúmeras ações sobre o mesmo assunto, cada magistrado continuar a decidir “da forma como quer, ainda será racional para o particular litigar a questão, já que sempre haverá uma chance positiva de êxito”³⁶⁶. Logo, “A sobreutilização do Judiciário como uma decorrência do subinvestimento em capital jurídico significa que os magistrados podem contribuir de forma significativa para a crise do Judiciário”³⁶⁷.

O subinvestimento em capital jurídico pode levar a um aumento da divergência entre as probabilidades subjetivas de êxito do autor atribuídas pelo próprio autor (PA) e pelo réu (PR). O aumento do hiato de expectativas retorno esperado do litígio e, ceteris paribus, o número de litígios. Se houvesse incentivos adequados para o investimento em capital jurídico por parte dos magistrados, a expansão do número de litígios faria com que se formasse jurisprudência que, por sua vez, informaria a baixos custos a autor e réu que conjunto de regras seria aplicado pelo Judiciário em casos semelhantes no futuro, fazendo convergir tais probabilidades subjetivas (PA → PR). No limite, pressupondo-se ausência de informações privadas, PA = PR. Por outro lado, se a regra jurídica aplicada a cada caso varia com o posicionamento ideológico do magistrado (subinvestimento em capital jurídico) e a distribuição de casos é feita de forma aleatória, então,

³⁶⁵GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. p. 7.

³⁶⁶GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 173..

³⁶⁷GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 192-193.

autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar PA e PR. No limite, tal estimativa pode ser impossível e as partes estariam diante de uma incerteza³⁶⁸.

Por isso, torna-se imprescindível lograr um compromisso dos julgadores com a consolidação do sistema de precedentes no Brasil, o que imporá uma mudança cultural profunda e efetiva, pois meras previsões legais e regulamentares não garantem o completo alcance dessa finalidade, como alertam Gico Junior e Henrique Haruki Arake:

[...] supondo-se a unicidade de posicionamento dentro do Tribunal de Justiça, do STJ e do STF (alinhamento horizontal), o sistema parece estruturado para convergir à uniformização de regras jurídicas (alinhamento vertical), já que todas as decisões das etapas anteriores são passíveis de revisão pelo STJ e/ou pelo STF. Todavia, é importante indagar se a simples possibilidade de decisões contrárias serem revertidas nas instâncias superiores é suficiente para dissuadir posicionamentos divergentes, uniformizar a jurisprudência nas instâncias inferiores e criar segurança jurídica³⁶⁹.

É tempo, pois, de conscientizar a magistratura, em todas as instâncias, acerca da obrigatoriedade de respeito ao precedente judicial como fonte primária do direito. Há de se ter em mente, contudo, que, para o juiz brasileiro, ver-se na obrigação de aplicar um precedente mesmo acreditando seja equivocado é um dilema novo e que precisa ser enfrentado pelos tribunais a partir da conscientização quanto às tradições jurídicas que guiam a atividade judicante no Brasil. Assim, faz-se necessário lograr novos consensos e incentivar a utilização dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e respeito ao precedente, como um investimento em capital jurídico feito pelos próprios magistrados brasileiros.

Fato é que, independentemente de se tratar de um precedente vinculante ou um texto legal: “Pode o juiz ser chamado a decidir contrariamente às suas predileções; a condenar mesmo os atos de sua escolha. Deve o magistrado esquecer-se de si, para fazer respeitar os direitos de que é guardião”³⁷⁰.

³⁶⁸GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. p. 184..

³⁶⁹GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. p. 21.

³⁷⁰BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. 3.ed. Campinas: Millennium, 2002. p. 125.

Com Dworkin, compreende-se que, ao ceder às convicções pessoais, o julgador não age com independência, mas com voluntarismo, o que atenta contra a integridade do sistema de Justiça:

As doutrinas estritas de precedente, que exigem que alguns juízes sigam as decisões passadas de outros juízes, mesmo quando pensam que tais decisões são equivocadas, são um fato bastante comum. Recordemos um exemplo que utilizei anteriormente: a Câmara de Lordes continua a isentar os advogados da responsabilidade por negligência em certas circunstâncias. A integridade condena esse tratamento especial, e o Parlamento, com base na integridade, deveria revogá-lo. Mas um tribunal inglês de nível inferior não pode fazê-lo, pois o precedente proíbe. O precedente estrito varia de jurisdição para jurisdição, e os tribunais superiores ficam normalmente isentos. Mas a supremacia legislativa constitui outra limitação institucional, e isso geralmente abrange todos os tribunais. Se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar em prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que considere tal lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo. Ele pode pensar que o legislativo deveria corrigir a incoerência com uma legislação posterior, não apenas ou necessariamente com base em um sentido de justiça, mas porque o legislativo é também um guardião da integridade. Mas isso não afetará o que, para ele, é o direito. Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada, por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais³⁷¹.

Claro está, então, que, para Dworkin, se o juízo responsável pela prolação da decisão estiver vinculado a determinado precedente, sua aplicação é a única solução possível para a manutenção da integridade do sistema. Isso porque a correção da premissa dogmática supostamente equivocada ou ultrapassada há de ser feita por um dos sujeitos legitimados para tanto, quais sejam, o próprio juízo que firmou o precedente, um tribunal superior àquele, ou mesmo o Poder Legislativo.

Sob outro enfoque, nos dizeres de Bobbio, a teoria geral do direito tem diferenciado obediência a uma norma de sua aceitação, no sentido em que a primeira

³⁷¹DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 478-479.

seria uma atitude passiva de conformismo para com a regra jurídica, ao passo que a segunda pressuporia uma atitude ativa ao dela se servir.

A teoria geral do direito deteve-se muitas vezes e com prazer (ultimamente, em Hart) na diferença entre a obediência a uma norma ou ao ordenamento em seu conjunto, que é uma atitude passiva (e pode ser também mecânica, puramente habitual, instintiva), e a aceitação de uma norma ou do ordenamento em seu conjunto, que é uma atitude ativa, que implica, se não um juízo de aprovação, pelo menos uma inclinação favorável a se servir da norma ou das normas para guiar a própria conduta e para condenar a conduta de quem não se conforma com ela ou elas³⁷².

É nesse cenário de conformismo que uma alternativa eticamente válida parece exsurgir para aquelas hipóteses em que o julgador se vê na condição de dever de obediência a um precedente, muito embora não o considere o mais adequado, sem que isso signifique ceder em suas próprias convicções. Para tanto, recorre-se à distinção entre resistência e contestação, que Bobbio faz em outro contexto:

Se a resistência culmina essencialmente num ato prático, numa ação ainda que apenas demonstrativa (como a do negro que se senta à mesa de um restaurante reservado aos brancos), a contestação, por seu turno, expressa-se através de um discurso crítico, num protesto verbal, na enunciação de um slogan. (Não por acaso o lugar próprio em que se manifesta a atitude contestadora é a assembleia, ou seja, um lugar onde não se age, mas se fala.)³⁷³

Ao adaptar essa diferenciação para a realidade do julgador que não concorda com o precedente, resistência seria decidir contrariamente ao precedente, enquanto contestação significaria ressaltar as razões pelas quais ele tomaria decisão diversa, muito embora aplique o precedente ao caso concreto, por respeito ao princípio da integridade. Essa solução, além de resguardar com honestidade as convicções próprias do julgador, é o caminho mais seguro a seguir, porque: “A integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais”³⁷⁴.

³⁷² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 2690.

³⁷³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Posição 2701.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 260.

3.3 APONTAMENTOS SOBRE A FORMAÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES NO MODELO BRASILEIRO

Nos sistemas da *common law*, a adoção da doutrina de *stare decisis* não decorre de determinação legal, mas sim da concepção de que decisões anteriores consistem em fonte primária do direito. Já na tradição de *civil law*, muito embora o respeito à autoridade de uma decisão precedente também seja característica abstraída dos costumes jurídicos e “consectário da necessidade de segurança jurídica, traço comum a toda tradição jurídica ocidental”³⁷⁵, a regra é que seja acolhida como meramente persuasiva, não vinculante. É por isso que, no Brasil, a vinculatividade do precedente judicial só existe porque introduzida por lei, não em decorrência da tradição jurídica.

Deve-se lembrar, entretanto, que a engrenagem do precedente orbita sobre dois momentos fundamentais. De um lado, tem-se o estágio no qual é formado, ou, para dizer de outra forma, a declaração emanada pelo tribunal que, ao decidir o caso, cria uma razão determinante e hábil a ser seguida futuramente em casos semelhantes. Por outro lado, um segundo momento, não menos importante é verdade, diz respeito à inevitável interpretação ou de sua utilização, já que a técnica de uso do precedente não se encerra pelo julgamento do caso, mas exige um aprimorado uso de teorias e técnicas capazes de permitir a extração da razão determinante do caso para a devida aplicação em casos que guardem certa correspondência³⁷⁶.

Aqui exsurge uma particularidade: uma decisão na *common law* não é redigida com a pretensão de se tornar um precedente, ou seja, “com o propósito de servir de fundamento a um caso futuro, apesar de se ter a dimensão desse potencial uso e se partir do pressuposto de que os precedentes são sempre um *principium* argumentativo, ou um *starting point*”. Já no sistema brasileiro, “especialmente considerando determinados procedimentos decisórios (IRDR, IAC, Recursos Extraordinários etc.)”, evidencia-se a ideia subjacente “de que as decisões judiciais já nascem com o propósito de servirem de precedentes e de fundamento para futuros casos idênticos (art. 985, II, CPC/2015)”³⁷⁷.

³⁷⁵ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Posição 3051.

³⁷⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 112.

³⁷⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo.

3.3.1 A Dimensão Vinculante do Precedente

A resistência ao controle por um precedente, explicada pelas próprias concepções ideológicas da tradição jurídica da *civil law*, traz aos operadores do direito uma dificuldade adicional na superação do hábito de lidar com as decisões anteriores como meramente persuasivas. Consequentemente, mesmo aquelas decisões consideradas de observância obrigatória pelo Código de Processo Civil tendem a ser recebidas, por grande parte dos juízes e advogados, com uma presunção de justeza passível de ser posta em causa “por posições diferentes ou contrárias, através de um infirmante ônus de contra-argumentação”³⁷⁸, típica de decisões não vinculantes.

Isso pode levar à naturalização de práticas associadas pela *common law* a um ativismo deletério à doutrina da *stare decisis*, pois se destinam à fuga da autoridade de um precedente que pareça inconveniente, a exemplo da degradação da *ratio decidendi*, da promoção dos *dicta* ou mesmo da insolente negação de sua força normativa. Portanto, impõe-se ao operador do direito a capacidade de aferição precisa da dimensão vinculante de um precedente, sob pena de inevitável dificuldade prática em utilizá-lo como fonte primária do direito.

Ocorre que, como a doutrina de *stare decisis* não faz parte da tradição jurídica brasileira, também não se construiu metodologicamente, no Brasil, uma prática jurídica visando à busca pela dimensão vinculante de um precedente, mesmo porque não havia necessidade de treinar o operador do direito para tanto. Também não se utilizam nas universidades as concepções do *case method*, tampouco integra o currículo obrigatório do ensino jurídico brasileiro a técnica de resumo de casos (*briefing*), como forma de treinar o aluno para analisar um precedente em busca da compreensão dos fatos, das questões jurídicas, do direito empregado, da decisão tomada e dos seus resultados³⁷⁹.

A incapacidade de se extrair fundamentos determinantes de acórdãos (de sua parte majoritária), a utilização de ementas (que só possuem função catalográfica) com efetiva força decisória e o uso de

p. 21.

³⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 156.

³⁷⁹ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 2929.

enunciados de súmulas como se fossem comandos gerais e abstratos são apenas alguns dos equívocos recorrentes de muitos profissionais em nosso país por ausência de treinamento específico no trato do direito jurisprudencial³⁸⁰.

De igual modo, os julgadores de hoje não foram propriamente treinados a redigir os acórdãos de forma a que deles se possa extrair com facilidade e precisão a *ratio decidendi*. Urge, portanto, enfrentar “as deficiências de nosso ensino para se adaptar à nova realidade de uso cotidiano de julgados de tribunais (sem esquecer das súmulas, dos temas e das ementas) para postulações, pesquisas e a prática decisória em nosso país”³⁸¹.

O sucesso do sistema de precedentes jurisprudenciais vinculantes, sem embargo de sua alta relevância na efetivação de vários princípios constitucionais, não se alcança apenas por meio de inovações na legislação processual. É imprescindível para tal desiderato que se criem e se adotem nos órgãos do Poder Judiciário a cultura e a técnica do julgamento segundo a coerência e a dinâmica do sistema da jurisprudência como fonte de direito³⁸².

Essas observações ajudam a compreender porque a definição da dimensão vinculante de um precedente, questão cuja resposta parece tão óbvia em teoria, revela-se ainda bastante conturbada na prática forense no Brasil³⁸³, o que redundará na dificuldade de advogados e juízes em trabalhar com decisões judiciais como fontes primárias do direito.

3.3.2 A Amarra às Súmulas ou Teses Vestidas de Enunciados Normativos

Viana e Nunes afirmam que primeira dificuldade quanto ao manejo dos precedentes está justamente “no delineamento fornecido pelo CPC/2015 no que tange

³⁸⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 79-80.

³⁸¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 79.

³⁸² THEODORO JUNIOR, Humberto (2017). Prefácio. In: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. XIII.

³⁸³ A percepção dessa dificuldade decorre de pesquisas feitas casuisticamente por esta mestrandia no exercício da atividade judicante, como evidenciado na lavra do acórdão do Recurso Inominado n. 0321764-84.2015.8.24.0038, julgamento em que as discussões orais centraram-se na dimensão vinculante de um precedente específico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Turma de Recursos – Joinville. **Recurso Inominado n. 0321764-84.2015.8.24.0038**. Relatora: Juíza Caroline Bündchen Felisbino Teixeira. Julgado em 19 de setembro de 2018)

à obrigatoriedade da técnica da comparação de casos”³⁸⁴, pois consolidou-se no Brasil a prática de atribuir à magistratura a elaboração de breves textos normativos dotados de abstração e generalização, predicados estes normalmente reservados à lei. É a dita “era dos enunciados”³⁸⁵.

Esse tipo de construção da decisão precedente, pensada para o futuro, traz a vantagem de viabilizar a instituição de mecanismos de inteligência artificial em busca de julgados a partir da indexação engendrada pelo próprio tribunal julgador, com maior agilidade e precisão.

Um exemplo brasileiro é a ferramenta Corpus927³⁸⁶, desenvolvida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em parceria com o Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de um repositório centralizado de informações, formado por bibliotecas que tratam e tokenizam textos jurídicos, extratores automáticos de referências legislativas, algoritmos e parâmetros utilizados na aferição da similaridade entre conjuntos de textos. Seu propósito é consolidar, em um só ambiente virtual, toda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, além das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal e julgados de outras cortes conveniadas.

A propósito, abrem-se parênteses aqui para dizer que, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que o próprio Poder Judiciário desenvolve portais para busca gratuita de jurisprudência, nos Estados Unidos da América a pesquisa do *case law* é feita quase que exclusivamente por meio de ferramentas de *case reports* desenvolvidas por duas editoras privadas importantes no campo jurídico, WestLaw e LexisNexis. Ambas são autorizadas pelas cortes para a publicação das *opinions*, de modo que seus *reports* são considerados fontes oficiais dessas informações, mas, por esse serviço, profissionais liberais e escritórios de advocacia pagam caro³⁸⁷. A

³⁸⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 5.

³⁸⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 62-63.

³⁸⁶ ENFAM. **Corpus927**. Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br>>. Acesso em: 9 maio 2021.

³⁸⁷ JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal Education and Civil Procedural Practice in Brazil and in the United States. In: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century**:

vantagem é que os *case reports* oferecem também explicações sobre o processo de decisão da corte em cada caso, com apontamentos sobre os princípios legais aplicados e a razão pela qual foram considerados determinantes à vista das circunstâncias particulares dos fatos que ensejaram a lide³⁸⁸.

De volta à construção das decisões jurídicas no Brasil, muito embora esteja incorporando mecanismos “alienígenas” nos seus modos de produção, o direito brasileiro permanece preso à ideia de redação de comandos normativos para prescrição de regras de conduta, isso mesmo quando o direito emana de decisões judiciais que – por força de lei – têm efeitos vinculantes. Essa concepção do sistema tende a conduzir o intérprete à crença de que a regra fixa e de observância obrigatória extraída do caso levado a julgamento coincide com aquela positivada pela corte, em uma fórmula posta como se um comando legal fosse.

Entretanto, “a mera leitura da ementa não entrega, desde logo, os fundamentos; apenas explicita as questões decididas no ‘precedente’ que se quer invocar”, pois redigida “tendo em vista o que foi pedido e julgado, e não com foco na causa de pedir e no fundamento da decisão”, de modo que “a busca por uma *ratio decidendi* jamais será possível pela mera pesquisa de jurisprudência catalogada”³⁸⁹. A avaliação das razões de decidir de um julgado, evidentemente, vai muito além da mera leitura da ementa do acórdão paradigma, porque demanda uma investigação profunda dos seus fundamentos de fato e de direito. Uma alusão apressada à súmula ou tese, assim, traz o risco de inadvertido alargamento ou estreitamento da dimensão vinculante de um precedente

Como alerta o juiz e professor Alexandre Morais da Rosa, a lógica sumular traz o conforto das heurísticas e permite ao julgador acolher o verbete por mera adesão, sem percorrer o trajeto reflexivo, pois o ponto de chegada já está dado.

Constitutionalism, Transnationality and Theory of Law. p. 149.

³⁸⁸SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 14.

³⁸⁹SCHMITZ, Leonard Ziesemer; ARRUDA ALVIM. Ementa. Função indexadora. (Ab)uso Mecanizado. Problema hermenêutico. In: NUNES, Dierle *et al.* Nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à profa. Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *Apud* VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 87.

Por isso será necessário compreender um pouco de Psicologia Cognitiva em face das nossas limitações. Como não conseguimos – nem temos capacidade, disposição e incentivos – para estudar, inventariar, refletir e decidir em cada situação do mundo da vida (jurídica), criamos heurísticas – atalhos mentais – que nos podem levar a vieses – erros sistemáticos – de pensamento. Heurísticas são atalhos simplificadores: julgamentos intuitivos e imediatos, desprovidos de reflexão, fundados na experiência (pessoal ou consultada), capazes de promover decisões com base em suposições, conhecimento parcial. Nossa memória de trabalho é finita, o tempo de reflexão escasso e a tendência a reduzir o esforço mental uma recompensa humana. Isso porque processamos as informações do ambiente e as probatórias dentro das limitações humanas e precisamos, para reduzir o esforço, criar mecanismos de decisão pré-pronta, uma vez que nem sempre estamos interessados (não há recompensas suficientes) para que prestemos a devida atenção (principalmente em casos repetitivos ou por efeito da dissonância cognitiva), gerando, em geral, padrões de comportamento decisório (S1). A Heurística diminui a carga de trabalho mental que manejamos durante o dia. Gera conforto, aparente coerência, mas pode ser uma armadilha cognitiva. Em tempos de velocidade e eficiência em números, parece que é plenamente operável. Esse modelo de “facilitação” não se restringe aos jogadores que já podem ter previamente compreensões sobre temas importantes e não estarem disponíveis para novos argumentos, como acontece, por exemplo, com a lógica sumular do conforto ou da dissonância cognitiva (1.6.4.). Se o tema já está decidido, muitos não acolhem o verbete sumular por reflexão, mas por mera adesão (S1 e não S2). Não há trajeto reflexivo quando o ponto de chegada já está dado. Daí a criação de heurísticas: “mantras de sentido”, adágios, lugares comuns, táticas informais, intuitivas e especulativas que podem gerar padrões de acerto e, também, de erro. Em resumo, no caso do Direito, são atalhos mentais pelos quais o complexo processo de decisão é facilitado, com os riscos inerentes³⁹⁰.

Por essas razões, “Indexadores devem ser utilizados com cautela”. Na busca por um precedente cujos fatos assemelhem-se aos do caso em julgamento, “É preciso percorrer os catálogos de decisões até encontrar uma que tenha sido escorada em fundamentos jurídicos aplicáveis como justificativa legitimadora da norma que está sendo construída para um caso concreto”. Logo, “A ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à

³⁹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2019. p 145-147.

informação nela contida“, de modo a que sirva “de convite para a leitura da íntegra dos votos que compõem o julgado”³⁹¹.

Observa-se, ainda, que a atribuição aos enunciados, forjados por juízes, de predicados típicos da legislação submete o precedente ao risco de ser relegado à condição de um simples texto, de um *topoi* não mais passível de problematização, como se lei fosse³⁹². Esse é um dos motivos que faz com que Lenio Streck rejeite a ideia de estabelecimento de precedentes vinculantes pelos tribunais brasileiros:

“[...] uma das coisas que impede os tribunais estabeleçam precedentes (como respostas antes das perguntas e/ou imitação do pandectismo) no Brasil é o seu alheamento dos casos concretos, a resistência em analisar a prova e as minúcias de fato, que são os elementos definidores de um sistema de precedentes e sua insistência de que é possível resolver casos não partir de casos, mas de temas”.³⁹³

Portanto, o sucesso da adoção de um verdadeiro sistema de precedentes depende de que o aplicador do direito saia da zona de conforto representada pela mera citação de ementas e súmulas de julgamentos, e impõe o uso adequado da analogia para que se possa dar efetividade à técnica da comparação de casos, prevista no Código de Processo Civil de 2015. Em contrapartida, não pode o julgador descurar, na verbalização do julgado, de cuidadosa delimitação dos fatos determinantes da decisão, os quais não podem ser narrados de forma tão concisa a ponto de tornar difícil compreender quais eram, nem com tantos detalhes que impeçam o destaque daqueles que a corte efetivamente tomou por relevantes.

3.3.3 A Analogia e o Raciocínio Indutivo de Identificação do Precedente

É no *Statute of Westminster II*, de 1285, que se encontra o “germe do precedente judicial”. O documento permitia a “emissão de *writs*, desde que se

³⁹¹SCHMITZ, Leonard Ziesemer; ARRUDA ALVIM. Ementa. Função indexadora. (Ab)uso Mecanizado. Problema hermenêutico. In: NUNES, Dierle *et al.* Nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à profa. Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Apud VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 87.

³⁹² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 36, 117-118.

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodvim, 2018. p. 41.

estivesse diante de um caso similar ao anterior”. Era o prenúncio da “técnica jurídica do cotejo de casos, imersa na cultura do *common law*, e capaz de ilustrar a dinâmica de funcionamento desse modelo, orientado por decisões pretéritas”³⁹⁴ e que, por isso mesmo, imprescinde da analogia entre fatos da vida real.

Com Castanheira Neves, aprende-se que “analogia é uma relação de relações”, “uma específica integração inteligível de entidades diversas”, em que se verificam três características fundamentais: 1) “essas entidades não veem reduzida pela analogia a sua diversidade e subsistem, não obstante, na sua diferença”; 2) “a inteligível integração deverá ser uma conclusão nivelada”, isto é, “deverá manter-se no mesmo nível dos relata e não passar, através da inteligibilidade da integração, a um nível diverso (particular a particular, geral a geral e não do particular ao geral ou do geral ao particular)”; e 3) “exige-se um fundamento específico de integração (*fundamentum relationis, tertium comparationis*) a justificar a inteligibilidade ou racionalidade dessa unificante associação na diferença”. O autor ensina que “analogia significa correspondência”, e que “o interesse da analogia, por oposição à proporção, consiste na aproximação de dois domínios heterógenos”³⁹⁵.

A analogia é o que torna possível a aplicação de um precedente a um caso subsequente ainda que não idêntico em todas as nuances, mas contanto que, diante da comparação entre as questões de fato presentes em cada qual, seu julgamento demande perpassar pela análise dos mesmos valores e princípios jurídicos utilizados para assentar o fundamento determinante da decisão anterior. Por isso Michelle Taruffo afirma que o núcleo de um precedente é formado pela *ratio decidendi* e pela analogia entre os casos (o anterior e o sucessivo)³⁹⁶.

Segundo Castanheira Neves, por meio da analogia se pode obter “apenas uma indicação sobre a relação de um dado com uma coisa não dada, quer

³⁹⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 5.

³⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 241.

³⁹⁶ TARUFFO, Michele. Aspetti del precedente giudiziale. In: RAMELLI, Alejandro et al. **El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes**. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015. p. 20. Apud VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 110.

dizer, uma indicação sobre o modo como temos que procurar o que não é dado, a partir do dado, e sob que forma o devemos procurar, quando ele se mostra a si mesmo”³⁹⁷. Para o professor, “o direito é originariamente análogo”, pois a analogia funciona como critério judicativo de uma decisão normativa: “o que se pensa, pensa-se tão-somente analogicamente; o que se ajuíza, ajuíza-se unicamente justificado pela analogia”³⁹⁸. A analogia “descobre conexões históricas e mantém vivas as relações com o passado”, de modo a promover a “consistência do caso analogicamente decidendo com o direito tal qual ele existe”³⁹⁹, o que conduz à visão do direito como um fluxo englobante entre passado, presente e futuro:

“[...] não temos só contemporâneos, mas predecessores e sucessões num fluxo englobante, e cuja temporalidade de ordem superior tem uma inteligibilidade própria segundo categorias de ação comum, portadoras de tradições, que transcendem os limites da ação individual”⁴⁰⁰.

Ao tratar das hipóteses em que o objeto da analogia (referente análogo e base para a válida utilização do critério da analogia) são casos jurídicos concretos, observa que sua utilização não é estranha à tradição civilista:

“[...] estaremos numa analogia entre casos quando se invoque como critério judicativo um caso já judicativo-concretamente decidido. Se é isso a regra num regime [de] precedentes (de *case law*) [...], não deixa de verificar-se em termos de todo semelhantes, com a diferença embora de grau de vinculação ou de relevo normativo, ainda num sistema de legislação, através da invocação da jurisprudência, enquanto dimensão da especificação e concretização do sistema jurídico vigente”⁴⁰¹.

Descartes já afirmava que “as ciências dos livros [...] não se aproximam tanto da verdade como os simples raciocínios que pode naturalmente fazer um homem de bom senso sobre as coisas que se lhe apresentam”⁴⁰². O direito judicativo é extraído dos fatos que se apresentam ao julgador. Por suas mãos, uma questão de

³⁹⁷CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 242.

³⁹⁸CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 244-245

³⁹⁹CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 247.

⁴⁰⁰CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 246.

⁴⁰¹CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. p. 246.

⁴⁰²DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle. Posição 504.

fato torna-se uma questão de direito. Quando surge um novo caso que compartilha fatos semelhantes com casos anteriores, o julgador recorre a um pensamento indutivo para encontrar a questão de direito formada no passado e dedutivamente replicar a solução⁴⁰³.

O regramento do sistema brasileiro de precedentes vinculantes reconhece a essencialidade do raciocínio analógico para que se possa aferir se os estreitos limites definidos pelos fundamentos relevantes da lide já submetida a julgamento acomodam as nuances da segunda controvérsia, hipótese em que o direito indutivamente identificado na primeira, será dedutivamente utilizado para a solução da segunda. Somente nessas hipóteses é que o precedente controlará o julgamento subsequente.

Logo, é da própria essência do sistema de precedentes a extração de efeitos vinculantes da *ratio decidendi* do julgado, visto ser justamente no processo de busca das razões de decidir que o julgador guia seu raciocínio pela analogia entre os fatos do caso atual e os do precedente. “Contudo, a própria analogia é incerta, pois parece faltar, principalmente no Brasil, aporte teórico que sirva de base para ordenar essa técnica”⁴⁰⁴. Daí a importância da reformulação da metodologia do ensino jurídico no país, para que o uso da analogia e do raciocínio indutivo seja estimulado ainda nas universidades, assim como da apuração das técnicas de redação das decisões precedentes, de forma que se possam prevenir equívocos, por parte do futuro aplicador, na identificação dos fatos e fundamentos jurídicos determinantes para o julgamento.

3.4 UMA ABORDAGEM MAIS MINIMALISTA EM PROL DA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES, DA INTEGRIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA E DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

A decisão por uma abordagem minimalista não pode ser feita de antemão, desvincilhada do contexto do caso a decidir. Quando o planejamento é importante ou quando os juízes confiam em uma decisão ampla ou profunda, as

⁴⁰³ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 3024.

⁴⁰⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 114.

abordagens maximalistas podem ser as melhores. Todavia, o minimalismo é provavelmente o melhor caminho quando se trata de questões de alta complexidade factual ou ética que estejam produzindo discordâncias e debates democráticos, o que permite ao tribunal fornecer normas que possam atrair o apoio de pessoas com diversos compromissos teóricos⁴⁰⁵.

Um tribunal minimalista, ao se pronunciar sobre o caso, deixa muitas coisas por decidir, tanto por compreender a existência de desacordos razoáveis em uma sociedade heterogênea, quanto por saber que há muito que desconhece, ou mesmo por estar ciente de suas próprias limitações em termos de capacidade institucional. Assim, estando alerta para a possibilidade de consequências imprevistas, procura decidir os casos em bases estreitas e evita regras claras e resoluções finais. O minimalismo judicial está enraizado em uma concepção de liberdade em meio ao pluralismo, o que é central para a ideia democrática⁴⁰⁶.

No âmbito legislativo, por exemplo, os legisladores podem concordar com abstrações sem entrar em acordo quanto ao seu significado particular. É uma estratégia geral para lidar com as decisões mais difíceis, pois, mesmo quando as pessoas discordam ou não têm certeza sobre uma questão abstrata, podem progredir mediante o silêncio sobre aspectos básicos do problema, o que lhes permite alcançar um nível de maior particularidade. O silêncio funciona como uma força construtiva para produzir convergência apesar da heterogeneidade, do desacordo, da incerteza ou dos limites de tempo e de capacidade institucional⁴⁰⁷.

3.4.1 A Dimensão Vertical das Razões de Decidir

No que toca à profundidade teórica dos fundamentos de uma decisão, é claro que dificilmente pode ser rejeitada em abstrato⁴⁰⁸. Quando não restam dúvidas quanto à higidez da teoria relevante, e as pessoas concordam quanto a isso; ou mesmo quando a invocação de determinada teoria é necessária para decidir o caso,

⁴⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. iv-v e 46.

⁴⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 41.

⁴⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 2.

⁴⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 19.

os acordos teorizados de forma mais completa surgem como a melhor opção. A modéstia teórica não deve ser celebrada em todos os momentos e contextos, pois, por vezes, os participantes das discussões têm informações e concordância suficientes para raciocinar ambiciosamente na resolução dos problemas. Todavia, juízes dificilmente são infalíveis⁴⁰⁹ e, para seres humanos falíveis, cautela e humildade sobre afirmações teóricas são apropriadas, pelo menos quando várias teorias podem levar na mesma direção⁴¹⁰.

No curso das discussões em um julgamento colegiado, os julgadores podem concordar, por exemplo, que certa prática é constitucional, mesmo quando as teorias que fundamentam suas conclusões individuais divergem agudamente. O acordo sobre as particularidades pode ser teorizado, então, de forma incompleta, sem a necessidade de declarações diversas de votos vencedores ou vencidos, desde que os julgadores tenham clareza sobre qual deve ser o resultado e possam fundamentá-lo, a despeito da não concordância no que toca às teorias mais gerais que o explicam ou mesmo às suas especificidades. Esses acordos são cruciais quando há um esforço para tomar decisões eficazes em meio à intensa discordância, pois relegam o restante do trabalho de teorização para os julgamentos posteriores, caso a caso, nos quais será possível tratar pontualmente daquilo sobre o que antes se silenciara⁴¹¹.

Neste ponto, é importante ter em mente que o efeito vinculante opera somente a partir das questões jurídicas específicas sobre as quais se formou a maioria. O dissenso não gera precedente, ainda que no dissenso se consiga chegar a uma mesma conclusão, pois somente o acordo no que toca à questão jurídica é que produz efeitos vinculantes⁴¹². Justamente por isso é que o respeito à doutrina de *stare decisis* exsurge fundamental para que acordos incompletamente teorizados fomentem

⁴⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 13.

⁴¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 21

⁴¹¹ SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**. p. 3 e 11.

⁴¹² SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. p. 106.

novos acordos⁴¹³, como forma de continuação de um trabalho coparticipativo de construção do direito.

Ocorre que os sistemas da *common law* e da *civil law* não dão ao princípio da colegialidade o mesmo sentido:

O sentido da colegialidade em ambos os sistemas é igualmente diverso. Se nos países tradicionalmente filiados ao *common law* os juristas possuem um respeito intrínseco à deliberação colegiada, com aberta contraposição, debate e deliberação de entendimentos diferentes, nos países filiados ao *civil law*, a exemplo do Brasil, trabalha-se com recorrência com ilhas decisórias, e frequentemente o julgamento se dá por adesão a votos (decisões) que já são levados prontos à sessão de julgamento⁴¹⁴.

Ao procurar abordar todos os argumentos teóricos possíveis, fazer menção a casos hipotéticos (desenvolver *obiter dicta*), além de reduzir as chances de um consenso absoluto entre os juízes envolvidos no julgamento, esses votos condutores, levados prontos para a sessão de julgamento, tendem a promover arrazoados em separado, para que cada julgador tenha a chance de registrar suas próprias concepções ou ressalvas ao conteúdo das manifestações dos demais integrantes do colegiado.

Como explica Ferraz:

No sistema brasileiro de precedentes, como se verá, a *ratio decidendi* deverá ser procurada não apenas no voto do ministro escolhido como relator do recurso paradigma. É que, ainda que cheguem a uma mesma conclusão, é possível que os ministros o façam por diferentes razões, louvando-se de fatos e de fundamentos jurídicos diversos. Enquanto no país não se adotar a técnica da *majority opinion* do Direito norte-americano para a confecção do voto do relator, será necessário buscar os fundamentos determinantes adotados pela maioria em todo o conteúdo do acórdão, inclusive na transcrição das discussões, sem contar o necessário estudo do processo que conduziu ao julgamento paradigma e de outros elementos que possam ter contribuído para a formação do convencimento dos julgadores, provenientes das técnicas de ampliação do debate, adotadas no regime de julgamento da repercussão geral e dos recursos repetitivos⁴¹⁵.

⁴¹³ BATHAEE, Yavar. Incompletely Theorized Agreements: an unworkable theory of judicial modesty. **Fordham Urban Law Journal**. p.1459.

⁴¹⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 20-21.

⁴¹⁵ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do

Em outras palavras, a forma como são registradas as decisões colegiadas, no Brasil, a partir de um voto condutor complementado por vários outros e pelos debates orais, pode, não raro, tornar impossível encontrar uma *ratio decidendi* comum à maioria e que se distinga claramente dos *dicta*, situação que retira a força vinculante do precedente e reduz o peso de sua autoridade a meramente persuasivo⁴¹⁶. Nesse contexto, enquanto o país permanecer optando pela não adoção da técnica da *majority opinion*, os acordos incompletamente teorizados podem ser a alternativa ideal para, mediante a redução de divergências, minimizar as chances de inexistência de uma *ratio decidendi* comum à maioria a ponto de impedir que a decisão alcance autoridade vinculante.

3.4.2 A Dimensão Horizontal das Razões de Decidir

A amplitude, de igual forma, é uma virtude altamente contingente e pode ser o ideal quando o planejamento é importante, bem como nos casos em que os juízes têm capacidade para criar regras satisfatórias. Entretanto, quando lhes falta informações suficientes e há uma profusão de fatos e valores legalmente relevantes a considerar, a estreiteza pode muito bem ser o melhor caminho. Isso explica porque o processo de tomada de decisões, na *common law*, normalmente é feito caso a caso, de forma cuidadosa, e decisões amplas são prolatadas apenas em raras ocasiões, quando o momento parece certo⁴¹⁷.

Viana e Nunes advertem para os riscos da preferência por decisões amplas:

Um regime de precedentes vinculantes inspirado no ideal de maximização de equidade e previsibilidade cobra um preço alto, pois se constata a clara possibilidade de decisões serem prolatadas de modo consequencialista e em prejuízo ao caso a ser decidido. Abre-se espaço para a forjatura de decisões generalizáveis com base em critérios de ponderação que contrapõem direitos fundamentais mediante uma prestidigitação dissimulada numa complexa metodologia aritmética anunciada como portadora de grande racionalidade. Portanto, falando em linguagem dworkiniana, há sério

juízo da questão como de repercussão geral. p. 260.

⁴¹⁶ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 209.

⁴¹⁷ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 209 e xii.

risco de quebra da resposta correta no caso a ser apreciado, com o pretexto de fixação do precedente prospectivo⁴¹⁸.

Sunstein explica que juízes minimalistas não gostam de trabalhar dedutivamente, pois não veem os resultados como reflexos de regras ou teorias estabelecidas de antemão. Preferem prestar muita atenção aos detalhes de casos individuais e tendem a pensar analogicamente e por referência próxima a problemas reais e hipotéticos. Não é seu objetivo decidir casos de forma a estabelecer regras gerais para o futuro, característica que torna suas decisões estreitas, em vez de amplas. Juízes minimalistas decidem o caso em questão, não outros casos de antemão, exceto na medida em que uma decisão necessariamente incide sobre outros casos, ou a menos que sejam praticamente forçados a fazê-lo, quando visando a evitar que pessoas em situações semelhantes sejam tratadas de maneira diferente. Sua característica mais marcante é justamente essa: sempre que possível, deixam questões fundamentais por decidir, como forma de permitir que sobre elas continue o debate democrático e judicial⁴¹⁹.

Adiante, não se pode perder de vista que, salvo em hipóteses específicas, como quando cuida da validade de um enunciado normativo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Poder Judiciário não detém legitimidade democrática para a criação do direito a partir de fatos hipotéticos que não façam parte da disputa. Não é função do julgador a produção de *topoi*. Há de se observar, por isso mesmo, que nem todas as formulações de regras jurídicas constantes de um acórdão podem ser consideradas vinculantes, pois não são necessariamente abarcadas pela regra que o tribunal realmente aplicou no julgamento colegiado, a partir das questões de fato e de direito efetivamente debatidas entre as partes.

Com muita frequência, inserem-se razões adicionais em um voto, como reforço à argumentação, as quais expressam a concepção particular daquele julgador sobre as teorias que fundamentam a solução. A prática difundida no judiciário brasileiro de apoiar uma decisão em vários fundamentos, em vez de trazer mais autoridade ao precedente, acaba por tornar suas razões menos confiáveis à luz da

⁴¹⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 328.

⁴¹⁹ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 9-11 e vii.

concepção própria da doutrina de *stare decisis*, que demanda precisão e, por isso, tem por supérfluos elementos que não lhe sejam essenciais⁴²⁰. Além disso, os votos condutores redigidos a partir de diversos argumentos tendem a instigar a redação de manifestações em separado, o que acaba por criar uma dificuldade adicional na correta identificação da *ratio decidendi* para aplicação no futuro, ou mesmo reduzir as chances de que venha a ser recebido o precedente como vinculante.

Com outro norte, observa-se que a idealização que marca a concepção do juiz Hércules não se conforma com a do juiz minimalista, mas “oferece um critério que deve ser satisfeito por todas as decisões”⁴²¹, inclusive aquelas proferidas à luz do minimalismo judicial.

Com Dworkin, entende-se que a justificação há de ser exaustiva o suficiente para demonstrar, argumentativamente, a coerência com decisões anteriores, de forma a garantir a integridade do sistema de justiça. Essa régua pode ser utilizada na medição do limite mínimo de amplitude adequado à fundamentação da decisão de um caso difícil.

3.4.3 O Uso Construtivo do Silêncio

Uma constituição é o documento que contém o projeto político de um povo. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o seu primeiro guardião, mas a tarefa de proteção da Constituição brasileira é compartilhada com todos os membros do Poder Judiciário.

Cruz ensina que: “Toda atividade humana que tende a orientar ações que significam a solução de problemas sociais, através de atos imperativos expressos, prevendo benefícios e sanções e resolvendo conflitos, é uma atividade política”⁴²². À luz desse conceito abrangente, é inegável que o Judiciário tem uma função política e, portanto, tem obrigação de prestar contas à sociedade, que lhe transfere essa parcela do poder.

⁴²⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. Posição 1111.

⁴²¹ SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 566.

⁴²² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 60-61.

A ampliação do acesso à justiça, nas últimas décadas, e o incremento da consciência cívica da população fazem com que sejam submetidas à jurisdição desde trivialidades até graves questões que ainda se encontram em construção no ideário da nação, as quais colocam o julgador diante de um cenário de ineditismo, incerteza e conflitos ideológicos profundos que demandam o uso da criatividade para construção de respostas a novos problemas. Além disso, vivem-se tempos em que: “Demandas sociais são transformadas em direitos e direitos em lides”, o que tem colocado o Judiciário na posição de aferir o adequado desempenho do poder político na implementação desses direitos.

Em situações tais, tendo em vista que o Judiciário é obrigado a dar respostas a todas as demandas que lhe são endereçadas, os juízes acabam inexoravelmente envolvidos em assuntos políticos, que demandam perpassar por elementos de ordem moral, religiosa, política ou econômica, circunstância que aproxima a criação do direito judicado à do legislado. Não existem “vácuos de exercício de Poder”, esse “vazio legislativo é ocupado por juízes” que, por vezes – com ou sem razão – adotam uma postura ativista (e, conseqüentemente, retroalimentam a judicialização)⁴²³.

A opção pelo minimalismo, em regra, faz sentido quando o tribunal vê-se diante de uma questão constitucional de alta complexidade (seja por falta de informação, seja pela mudança das circunstâncias ou mesmo por incerteza moral legalmente relevante) sobre a qual a nação está dividida. Em situações tais, os tribunais correm o risco de resolver essas questões incorretamente e, não menos relevante, de criar sérios problemas na sociedade, mesmo se suas respostas estiverem corretas. Assim, quando a assunção de compromissos morais profundamente arraigados de outras pessoas não é necessária para decidir um caso, a abordagem minimalista assegura um viés de economicidade ao minimizar a possibilidade de discordância moral e permite à corte gerar decisões catalíticas ao invés de preclusivas⁴²⁴.

⁴²³SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 125-140.

⁴²⁴SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. p. 5-6.

Há, contudo, questões em torno das quais o conflito é tão intenso que acaba por bloquear a capacidade de decisão dos poderes políticos. Em outras situações, a falta de vontade política para a promoção de mudanças está relacionada ao desejo de perpetuação no poder. Além disso, por vezes, grupos de interesse tomam as rédeas do processo legislativo e conseguem determinar seu direcionamento para um desfecho contrário ao interesse constitucional. Em se deparando com situações tais, de bloqueio do processo deliberativo democrático, o Judiciário há de agir, por meio de decisões tão maximalistas quanto necessário for, para fazer cumprir a Constituição⁴²⁵.

Não se advoga aqui, portanto, a partir da ideia minimalista de uso construtivo do silêncio, que o tribunal deixe de decidir questões polêmicas ou que só o faça quando puder dar uma decisão que acomode a opinião pública: não se pode confundir o ideal de manter a confiança pública no Poder Judiciário com uma pretensão de popularidade. Como esclarece Barak:

A pré-condição de “confiança pública” corre o risco de ser mal interpretada. A necessidade de garantir a confiança do público não significa a necessidade de garantir popularidade. A confiança do público não significa seguir tendências populares ou pesquisas de opinião pública. A confiança pública não significa prestação de contas ao público da maneira como o executivo e o legislativo são responsáveis. A confiança pública não significa agradar ao público; confiança pública não significa decisão contrária à lei ou à consciência do juiz para obter o resultado que o público deseja. Pelo contrário, confiança pública significa governar de acordo com a lei e de acordo com a consciência do juiz, qualquer que seja a atitude do público. A confiança pública significa dar expressão à história, não à histeria. A confiança do público é garantida pelo reconhecimento de que o juiz está fazendo justiça nos termos da lei. Dentro e fora do tribunal, os juízes devem agir de maneira a preservar a confiança do público neles⁴²⁶.

⁴²⁵SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. p. 219-220.

⁴²⁶ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Posição 2162. Tradução livre. Texto original: “The precondition of ‘public confidence’ runs the risk of being misunderstood. The need to ensure public confidence does not mean the need to ensure popularity. Public confidence does not mean following popular trends or public opinion polls. Public confidence does not mean accountability to the public in the way that the executive and the legislature are accountable. Public confidence does not mean pleasing the public; public confidence does not mean ruling contrary to the law or contrary to the judge’s conscience to bring about a result that the public desires. On the contrary, public confidence means ruling according to the law and according to the judge’s conscience, whatever the attitude of the public may be. Public confidence means giving expression to history, not to hysteria. Public confidence is ensured by the recognition that the judge is doing justice within the framework of the law. Inside and outside the court, judges must act in a manner that preserves public confidence in

De todo modo, é possível perceber que, muitas vezes, pedidos de vista são realizados por ministros do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, com o “fim estratégico” de “obstar a continuidade de julgamentos”, o que resulta em acréscimo de tempo aos julgamentos, ampliação por vezes bastante significativa⁴²⁷.

A despeito da crítica que a doutrina brasileira faz, trata-se de um claro exemplo de aplicação do uso construtivo do silêncio a que se reporta a teoria das virtudes passivas de Bickel. O silêncio pode ser uma expressão de prudência e uma estratégia para reduzir as pressões que poderiam inviabilizar a própria subsistência de um princípio constitucional impopular. Ao silenciar, embora deixe evidente que está considerando todas as opiniões, o tribunal não endossa qualquer delas, pois pode, em um momento subsequente, mais conveniente e oportuno, abordar a questão diretamente e adotar inclusive a solução recomendada pelo princípio constitucional desfavorecido pela opinião pública⁴²⁸.

Esse modo de proceder promove a preservação institucional do Judiciário, pois evita desgastes de imagem, reações políticas e mesmo receios de fragilização da autoridade dos Tribunais por dificuldades na execução de seus julgados⁴²⁹. Mas, não existem fórmulas, somente a experiência poderá orientar a corte acerca de quando o silêncio é o caminho mais adequado para a proteção da Constituição.

them.”

⁴²⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. p. 4.

⁴²⁸ KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel’s Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**. p. 1585-1586.

⁴²⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. p. 194.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa partiu do problema da viabilidade de se promover a integridade judicial a partir da consolidação do sistema de precedentes vinculantes, tendo como norte duas hipóteses: (a) a de que essa possibilidade pode promover imediata racionalização do uso da Justiça e gradativa melhora no grau de respeito às decisões judiciais, o que resultaria em relevante ganho em legitimidade para o Poder Judiciário; e (b) a de que, por ser o sistema jurídico criado com bases na tradição civilista, impõe-se uma mudança cultural, no Brasil, no sentido de que as decisões judiciais passem a ser respeitadas não mais apenas em decorrência do poder coercitivo do Estado de fazê-las cumprir, mas especialmente porque não de ser tidas como regras de conduta.

O primeiro capítulo dedicou-se ao estudo da integridade judicial. Em busca de resposta acerca de ser possível a obtenção de um consenso global sobre integridade judicial, verificou-se que a Organização das Nações Unidas passa por uma crise de legitimidade; entretanto, segue desempenhando importante papel na promoção da paz e da segurança internacionais, na defesa dos direitos humanos e na proteção ambiental.

Demonstrou-se que os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, positivados no âmbito das Nações Unidas, externam um consenso obtido pelo universo dos homens a respeito de padrões universais de integridade judicial. Pontuou-se que eles têm natureza de valores transnacionais, pois representam um ideal comum a ser alcançado pelos povos, cuja internalização é importante para assegurar a credibilidade internacional no Poder Judiciário de uma nação.

Em seguida, perpassou-se pelas diferentes abordagens que se dá à expressão integridade judicial. Quanto à primeira delas, à integridade judicial como atributo da correção e da virtude, concluiu-se que tem seu enfoque na conduta e autoridade moral da pessoa do juiz, para as quais há parâmetros tanto internacionais, representados pelos Princípios de Bangalore de Integridade Judicial, quanto nacionais, encontrados no Código de Ética da Magistratura Nacional. No que toca à segunda abordagem, a que cuida da integridade judicial

como princípio judiciário, à luz da teoria pós-positivista substancialista da Ciência Jurídica, de Ronald Miles Dworkin, verificou-se que seu conceito compreende o sistema jurídico como um todo destinado a expressar a concepção de uma determinada comunidade sobre justiça e equidade. Por fim, com relação à terceira concepção de integridade judicial, que é a da integridade do sistema de justiça, percebeu-se que tem o sentido de um atributo que confere ao Poder Judiciário de uma nação características distintivas de instituição forte, eficaz e confiável.

Ao abordar a integridade judicial no Brasil, evidenciou-se que a crise de legitimidade do sistema de justiça brasileiro está intimamente ligada à morosidade processual, à insegurança jurídica e à sensação de que a lei não é interpretada de forma igual para todos, o que mina o senso de justiça e compromete a respeitabilidade das instituições judiciárias. Especificamente no que se refere ao direito de acesso à Justiça, explanou-se sobre como a escassez de capital jurídico gera a sobrecarga do Poder Judiciário e provoca o problema da seleção adversa dos litigantes. À vista disso, discorreu-se sobre como o respeito às decisões judiciais é mais natural em sociedades cujo ordenamento jurídico pertence à família da *common law*, visto que são fontes primárias do direito, percebidas pela sociedade como regras de conduta. Com isso, o capítulo concluiu ser viável incrementar a integridade judicial a partir da consolidação de um verdadeiro sistema de precedentes, o que confirmou a primeira das hipóteses levantadas no limiar da pesquisa.

No segundo capítulo, o enfoque foi o *case law*. De início, foi feita uma imersão na tradição jurídica ocidental. Tratou-se, primeiramente, da *civil law*, família jurídica de origem romano-germânica que tem no legislador a figura central da produção do direito, concebido pela ciência jurídica em termos gerais e com a pretensão de reger o futuro. Percebeu-se um ideal de plenitude do ordenamento jurídico, que é visto como um sistema fechado e autônomo, a partir do qual o direito aplicável poderia ser logicamente deduzido. Em seguida, estudou-se a *common law*, família jurídica de origem inglesa que centra no juiz a produção do direito, o qual é criado caso a caso, com o objetivo de resolver disputas concretas. Verificou-se que sua ênfase está nos fatos e no empirismo, e que o direito não é percebido a partir de uma concepção dogmática, mas, sim, prática e adversarial. Ato contínuo,

demonstrou-se a existência de incessantes influxos de uma família na outra, a ponto de desfigurar suas principais diferenças; outrossim, comprovou-se a inexistência de marcantes diferenças entre os métodos decisórios utilizados em cada uma delas, pois em ambas os juízes tendem a perpassar a análise dos fatos, a consulta ao direito positivado, o exame de precedentes e, quando necessário, recorrem a práticas, princípios e noções relevantes de teoria e filosofia do direito.

Adiante, ao tratar especificamente do *judge-made law*, verificou-se que a doutrina de *stare decisis*, segundo a qual as decisões posteriores são baseadas em casos anteriores, tem como principais vantagens a promoção da igualdade, a previsibilidade do direito e a economicidade processual. Cuidou-se, a seguir, das técnicas de identificação dos precedentes na *common law* e do especial cuidado que se tem na distinção entre *ratio decidendi* (as razões efetivas da tomada de uma decisão) e *dicta* (dizeres periféricos que, se não ditos, não alterariam os rumos do julgamento). Adiante, fez-se uma análise das técnicas de desvio do precedente, oportunidade em que se estudaram as modalidades de distinção e superação. Esse exame da aplicação do precedente na *common law* evidenciou a importância do adequado uso da analogia na comparação entre os fatos do caso antecedente e os do caso subsequente.

No encerramento do capítulo, direcionou-se o estudo ao minimalismo judicial. Percebeu-se que a lição mais importante a se extrair da *common law* acerca da criação judicativa direito é a de que ele é feito em pequenos, ao invés de em grandes passos, um caso por vez, de forma a decidir o direito que é a partir do uso cuidadoso da analogia, que mantém a conexão com o direito que foi, mas sem a pretensão de definir de antemão o direito que será. Percebeu-se que a cautela consiste em evitar que o julgador imponha suas opiniões ao restante da sociedade e crie, em um caso concreto, regras tão amplas que poderiam colocar em questão a legislação democraticamente gerada. Identificou-se uma tendência ao uso construtivo do silêncio, como método para atrair às decisões do Poder Judiciário o apoio de pessoas com diversos compromissos teóricos e de permitir à corte gerar decisões catalíticas ao invés de preclusivas.

No terceiro e último capítulo, verificou-se que o sistema de precedentes introduzido no Brasil deu nova roupagem à clássica separação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Viu-se que, conquanto tenha sido gradual a inserção de mudanças legislativas, votadas sob o estímulo da cultura de respeito aos precedentes, foi o advento do Código de Processo Civil de 2015 que trouxe a figura do precedente de observância obrigatória, mesmo sem sequer utilizar essa terminologia no texto legal.

À luz da Teoria Complexa do Direito, percebeu-se que o precedente de observância obrigatória tem força vinculante, mas que sua autoridade não supera a da lei, que é intransponível. Assim, concluiu-se que o Legislativo tem o poder de criar novas realidades normativas que derroguem o direito judicativamente constituído, o que evidencia ser infundado o temor à figura do juiz legislador e permite um diálogo saudável entre os poderes do Estado, os quais hão de ser percebidos como parceiros na empreitada da construção do direito. Ato contínuo, tratou-se da viabilidade de se conciliar a independência judicial e o precedencialismo, com uma reflexão sobre a necessidade de futuros estudos que aprofundem o entendimento sobre o papel dos tribunais no sistema de precedentes.

Na sequência, foram feitos alguns apontamentos sobre a formação e a utilização do sistema de precedentes do Brasil. Denunciou-se, de pronto, a dificuldade que o operador do direito enfrenta para identificar a dimensão vinculante de um precedente, visto que não fora treinado para isso, assim como o julgador não o fora em técnicas próprias de redação de decisões com potencial de se tornarem fontes primárias do direito. Adentrou-se o problema da amarra às súmulas e teses resultantes dos julgamentos, que são redigidas como se comandos legais fossem, com uma pretensão prospectiva, o que, conquanto traga a vantagem de facilitar a pesquisa por indexação, serve de estímulo ao intérprete para que se renda às heurísticas e acolha o verbete sem reflexão, por pura adesão. Reforçou-se, assim, a necessidade de bem utilizar a analogia e o raciocínio indutivo na identificação de um precedente e sua *ratio decidendi*, bem como a importância da adaptação da metodologia de ensino jurídico para o uso do precedente e da apuração das técnicas de redação de decisões.

Na última parte do capítulo, traz-se a proposta de uma abordagem mais minimalista em prol da consolidação do sistema de precedentes, da integridade do sistema de justiça e da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Defendeu-se que, ao restringir os fundamentos do julgado àqueles estritamente necessários à tomada da decisão, o tribunal contribui para a clareza das regras jurídicas por si criadas. Pontuou-se que o julgador não tem legitimidade democrática para tomar decisões sobre questões desnecessárias à resolução de um caso. Afirmou-se, ainda, que a prática de ter uma opinião da corte, ou opinião da maioria, em lugar de votos individualmente elaborados pelos integrantes do colegiado de julgadores, contribuiria em clareza no registro dos fundamentos das decisões colegiadas. Reforçou-se, por fim, que, quanto mais profundo e abrangente for um voto, maiores as chances de diversas opiniões emergirem, o que dificulta não só a formação de um precedente com efeitos vinculantes, mas, mesmo nos casos em que esse se forma, há também dificuldade na identificação de uma *ratio decidendi* a controlar um julgamento posterior.

Diante de todo o exposto, confirmou-se igualmente a segunda hipótese levantada no início desta pesquisa, pois, de fato, à vista da tradição civilista, a consolidação do sistema de precedentes depende de uma mudança cultural que permita a uma decisão judicial ser respeitada como fonte primária do direito. Comprovou-se, também, em adição, que é preciso reformular o ensino jurídico, a fim de que os operadores do direito recebam a formação necessária para utilizarem a analogia e o raciocínio indutivo em busca de uma decisão precedente, bem como para aprimorar as técnicas de redação das decisões colegiadas, de modo que o excesso de informações não prejudique a exata identificação da dimensão vinculante de um precedente.

O tema da dissertação é sem dúvida dos mais atuais e sensíveis na teoria do direito. Vale ressaltar que, entre a defesa e o depósito definitivo da presente dissertação de mestrado, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, no bojo do procedimento n. 0003991-76.2021.2.00.0000, durante sua 335ª Sessão Ordinária, realizada no dia 3 de agosto de 2021, minuta de resolução que institui o Sistema de Integridade do Poder Judiciário, com a definição de diretrizes a serem seguidas pelos tribunais na construção de seus respectivos planos de integridade,

o que reforça a atualidade da matéria. O presente estudo, sempre com humildade científica, propôs-se a lançar um olhar cuidadoso sobre o ambiente do sistema jurídico pátrio neste momento de recepção do precedente como fonte primária do direito. As experiências adquiridas por meio da dupla titulação foram fundamentais para lançar luzes sobre algumas questões não imaginadas no início da pesquisa, a exemplo das práticas de ensino jurídico. A continuidade dos estudos, sem dúvida, é necessária para melhor compreender um assunto de tamanha importância.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1. p. 166-178, 30 jun. 2014. Acesso em: 30/5/2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/284274771_De_Graca_ate_Injecao_na_Testa_Analise_Juseconomica_da_Gratuidade_de_Justica>.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru; SP: Edipro, 1995.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. Edição do Kindle.

BATHAEE, Yavar. Incompletely Theorized Agreements: an unworkable theory of Judicial modesty. **Fordham Urban Law Journal**, v. 34, n. 5, p. 1457-488, 2007. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol34/iss5/2>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica**: ética geral e profissional. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. 3.ed. Campinas: Millennium, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado. *Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 1332-1351, 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9700/5451>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais 2021**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n. 325, de 30 de junho de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil**. Brasília, 8 jun. 2010. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 8 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973, republicado em 27 jul. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty). **Reformando o Conselho de Segurança da ONU**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/4779-reformando-o-conselho-de-seguranca>>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quinta Turma de Recursos – Joinville. **Recurso Inominado n. 0321764-84.2015.8.24.0038**. Relatora Juíza Caroline Bündchen Felisbino Teixeira. Julgado em 19 de setembro de 2018

BRASIL. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. **Objetivo 16 – Paz, Justiça e Instituições Fortes**. Disponível em: <<https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=16>>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**, Luiz Inacio Lula da Silva e Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em: 4 abr. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=15132272>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAWSON, Christopher. **Inquéritos sobre religião e cultura**. Tradução de Fábio Faria. São Paulo: E Realizações, 2017.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Nilton de Macedo. Mimética, 2019. Edição do Kindle.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. Bauru; São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENFAM. **Corpus927**. Disponível em: <<http://corpus927.enfam.jus.br>>. Acesso em: 9 maio 2021.

FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4. ed. Nova York: Oxford University Press, 2010. Edição do Kindle.

FERRAZ, Taís Schilling. **Leitura e aplicação de precedentes no Direito brasileiro**. Curso Demandas repetitivas e grandes litigantes: Possíveis caminhos para a efetividade do Sistema de Justiça brasileiro. Apostila da unidade IV. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, ensino à distância, 2018.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão como de repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 1 set. 2014. Acesso em: 30/5/2021. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>>.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 1, e31820, jan./abr. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31820>>. Acesso em: 7/5/2021.

JACOBSEN, Gilson. Meio Ambiente, Justiça e Criatividade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DANTAS, Marcelo Buzaglo; GIMENEZ, Andres Molina (org.); SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; VIEIRA, Ricardo Stanziola; FERRER, Gabriel Real (coord.). **Sociedade, governança e meio ambiente**. Itajai: UNIVALI, 2017. *E-book* (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade, t. 3). Disponível em: <<https://iuaca.ua.es/es/documentos/documentos/ebooks/ebook-colecao-estado-transnacionalidade.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2021.p. 65-66.

JACOBSEN, Gilson; RAUPP, Daniel; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino. Legal Education and Civil Procedural Practice in Brazil and in the United States. In: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century: Constitutionalism, Transnacionality and Theory of Law**. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2020. Disponível em: <<https://www.giurisprudenza.unipg.it/dottorati/co-tutele/10-generale/1145-e-books-univali-unipg>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

JACOBSEN, Gilson; TEIXEIRA, Caroline Bündchen Felisbino; ORTALE, Miguel Angelo Zanini. Judicial Integrity at the Transnational Realm: the legitimacy of the United Nations Principles of Judicial Conduct in times of ideological conflicts over globalization, globalism, anti-globalization, and nationalism. In: DAL RI, Luciene; BONISSONI, Natammy; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Perspectives of Law in the 21st Century: Constitutionalism, Transnacionality and Theory of Law**. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 2020. Disponível em: <<https://www.giurisprudenza.unipg.it/dottorati/co-tutele/10-generale/1145-e-books-univali-unipg>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Penn State International Law Review. Volume 24. Number 4, 5 jan. 2006.

KRONMAN, Anthony T. Alexander Bickel's Philosophy of Prudence. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, 1985. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fs_s_papers>. Acesso em: 19 abr. 2021.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAIDAME, Márcio Manoel. **“Custo Brasil” e a adequação do Poder Judiciário às Necessidades do Setor Empresarial**: a Corte de Chancelaria de Delaware – um exemplo a ser seguido. Disponível em: <<https://momentum.emnuvens.com.br/momentum/article/download/220/171/425>>. Acesso em 22 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAURER, Andreas. The Creation of Transnational Law – Participatory Legitimacy of Privately Created Norms (paper). In: **Postnational Rulemaking between Authority and Autonomy** (conferência). 2012, University of Amsterdam, Amsterdam.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Dialética, 2020. Edição do Kindle.

ONZE. **Risco Brasil**: o que é, a importância e como calcular. Disponível em: <<https://www.onze.com.br/blog/risco-brasil-2/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

POLLEIT, Thorsten. **A diferença básica entre globalismo e globalização econômica**: um é o oposto do outro. Mises Brasil, 1 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2639>>. Acesso em: 20 out. 2019.
QUINTAS, Fábio Lima. Controle de constitucionalidade em ações coletivas desafia lógica. **Consultor Jurídico**, 7 fev. 2015, 8h01. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-07/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-acoes-coletivas-desafia-logica>>. Acesso em: 5 jul. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 342.

RODRIGUES, João Gaspar. **O perfil Moral e Intelectual do Juiz Brasileiro**: a formação dos magistrados no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso racionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2019.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Common Law*. 2019. 509 f. Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí.

SCHUBERT, Frank August. **Introduction to Law and the Legal System**. 11. ed. Stamford: Cengage Learning, 2015.

SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, From Transnational Law to Transnational Legal Orders. **Legal Studies Research Paper Series**. Irvine, University of California, School of Law. n. 2017-02.

SOLÁ, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars; JAMIN, Christophe; KHANNA, Vikramaditya S; LIU, John Zhuang; MAMIDI, Pavan K; MORELL, Alexander; REIDEL, Ivan. Judges in the Lab: No Precedent Effects, No Common/Civil Law Differences. **Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper**, Cambridge, n. 1044, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3700289_code837010.pdf?abstractid=3700289&mirid=1>. Acesso em 22 abr. 2021.

SPENCER, A. Benjamin. **Civil Procedure: A Contemporary Approach**. 5. ed. West Academic, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodvim, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. **Public Law and Legal Theory Working Papers**, Paper n. 147, Chicago, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Sunstein. Testing Minimalism: A Reply. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 104, Issue 1, p. 123-130, 2005. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 110, p. 4-101, 1996. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2781624>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

UNITED NATIONS (UN). **About Us**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **Goal16: Peace, Justice and Strong Institutions**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/>>. Acesso em: 4 maio 2021.

UNITED NATIONS (UN). **History of the United Nations**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/history-of-the-un>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **Our Work**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/our-work>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **The Sustainable Development Agenda**. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **United Nations Charter**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **The Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/bangalore_e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime. (UNODC). **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/commentary-on-the-bangalore-principles.html>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **About the United Nations Office on Drugs and Crime**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/about-unodc/index.html>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNIVERSITY OF MARYLAND, **Robert H. Smith School of Business**. Why Globalism Isn't Globalization, 10 abr. 2019. Disponível em: <www.rhsmith.umd.edu/faculty-research/smithbraintrust/insights/why-globalism-isnt-globalization>. Acesso em: 27 out. 2019.

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

WENDPAP, Friedmann Anderson. **ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes**: Explicação do ODS 16 em linhas gerais e na ótica do Poder Judiciário. Curso Modular em Laboratório de Inovação, Centro de Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Módulo IX: Dimensão Institucional “Eixo Paz e Parcerias da Agenda 2030” - ODS 16 e 17. Material complementar. Associação Paranaense dos Juízes Federais, ensino à distância, 2021.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.