

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

DOUGLAS JUREK

**O RESPEITO AOS PRECEDENTES E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL:
CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA À LUZ DA HERMENÊUTICA**

FLORIANÓPOLIS - SC
2014

DOUGLAS JUREK

**O RESPEITO AOS PRECEDENTES E A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL:
CONDIÇÕES DE CONVIVÊNCIA À LUZ DA HERMENÊUTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

FLORIANÓPOLIS - SC

2014



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**O respeito aos precedentes e a independência judicial: condições de convivência à luz da hermenêutica**”, elaborada pelo acadêmico **Douglas Jurek**, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 15 de Julho de 2014.

Pedro Miranda de Oliveira
Professor Orientador

Ezair José Meurer Júnior
Membro da Banca

Fernando Dauwe
Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Renato e Cirlete, por terem enfrentado todas as intempéries da vida para fazerem de mim e de minha irmã quem somos hoje; por terem andado à frente quando as placas ordenavam a parada ou o retorno; por terem acreditado que é possível fazer diferente; por cada gota de suor, dia e noite no batente despendidos para o êxito desta empreitada acadêmica. Enfim, pelo amor incondicional e pelas diversas formas de apoio que tornaram possível a conclusão da faculdade de Direito e desta monografia.

Agradeço à minha irmã, Renata, tendo em vista o amor, o respeito, a atenção e, em especial, a compreensão a mim dedicados ao longo de nossas vidas. Agradeço a ela, também, por ser o meu principal e mais próximo exemplo de que é preciso abrir as portas e sair para o mundo; e, mais do que tudo isso, por ter comigo compartilhado as alegrias, as angústias e as tristezas desta passagem mundana.

Agradeço à minha namorada, Vanessa, por ser o maior motivo de minhas felicidades; pelo amor, carinho, respeito e companheirismo conferidos a mim. Agradeço, especialmente, por todos os conselhos dados na construção deste trabalho.

Ao meu cunhado, irmão e grande amigo, Maikon, pela amizade e por todo o apoio prestado desde que nos conhecemos.

Aos amigos e companheiros de morada, Gustavo Giassi e Rafael Giassi, pela convivência diária, risadas e repartição das contas do A2, 03; e em especial ao último, meu melhor amigo nestes tempos de faculdade.

Aos amigos e advogados, Fabrycio da Silva Raupp, Fernando Dauwe e Klaus da Silva Raupp, pela amizade, pelo companheirismo e, sobretudo, por terem sido fundamentais na minha formação profissional. Agradeço, da mesma forma, a todos os integrantes da Raupp Advocacia Empresarial.

Ao professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira, pela orientação deste trabalho e pela prontidão no esclarecimento de todas as dúvidas.

Aos colegas de classe, pelo aprendizado conjunto e por todos os momentos vividos na faculdade e fora dela, especialmente, pelos inúmeros acampamentos e trilhas, pelas edições semestrais do “*Francis Bacon Night*”, pelo cicloturismo no vale europeu, pela escalada do Cambirela, e claro, pela nossa mais recente e empolgante aventura: a viagem de carro até Buenos Aires via Montevideú.

“Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano”.

(Hans-Georg Gadamer)

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar a compatibilidade do respeito aos precedentes com a independência judicial no sistema jurídico brasileiro e identificar as condições de possibilidade dessa convivência. Para tanto, utiliza-se, precipuamente, o aporte teórico da Crítica Hermenêutica do Direito. Intenta-se comprovar, inicialmente, que a teoria dos precedentes judiciais - oriunda do *common law* - é coadunável com a tradição romano-germânica e, portanto, com o direito brasileiro. Num segundo momento, o estudo explora a noção de independência judicial, classificando-a em três dimensões: interna, externa e psicológica; e aponta que, no tocante aos membros do Judiciário considerados singularmente, a ideia de independência judicial traz subjacente a concepção de que o magistrado deve ser livre para julgar. Essa suposta liberdade para decidir, então, é exposta no trabalho juntamente a questões conexas, como o “livre convencimento motivado” e a discricionariedade judicial. Fincados esses pressupostos e se valendo da Crítica Hermenêutica do Direito, as investigações se direcionam à comprovação de que a interpretação de precedentes judiciais é tão complexa e produtora de sentido quanto a exercida sobre a lei, o que torna equivocado se projetar num sistema precedentalista a solução para a falta de isonomia e segurança jurídica diante das decisões judiciais. Além disso, sustenta-se que a liberdade dos juízes para decidir, além de incompatível com o Estado Democrático de Direito, não pode mais ser considerada como uma fatalidade do sistema jurídico, tendo em vista os avanços promovidos pela filosofia da linguagem e, a partir dela, a possibilidade de contextos intersubjetivos de fundamentação. Nesse ponto, o trabalho defende a importância dos precedentes na composição da tradição e nas pretensões de coerência e integridade da ordem jurídica. Por fim, a pesquisa explana que a utilização de precedentes passa a se tornar um risco à independência judicial e, portanto, à democracia, a partir do momento em que entendimentos jurisprudenciais são hierarquicamente impostos, para serem burocraticamente seguidos.

Palavras Chave: Precedente judicial. Independência judicial. Liberdade decisória. Hermenêutica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 O precedente judicial como fonte do direito	13
1.2 Aproximações e distanciamentos históricos entre <i>common law</i> e <i>civil law</i>	14
1.3 A teoria dos precedentes judiciais e os mecanismos necessários à sua aplicação	23
1.3.1 A definição de precedente judicial	25
1.3.2 <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> : as partes integrantes do precedente	26
1.3.3 Técnica de confronto e de aplicação do precedente: <i>distinguishing</i>	28
1.3.4 Técnicas de superação do precedente: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	29
2 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E A LIBERDADE DECISÓRIA	32
2.1 Considerações iniciais sobre a independência judicial	32
2.2 A definição de independência do poder judicial	35
2.2.1 A independência externa	36
2.2.2 A independência interna	37
2.2.3 A independência psicológica	38
2.3 As garantias constitucionais e legais da independência judicial	40
2.4 A inter-relação das dimensões interna, externa e psicológica da independência judicial	41
2.5 A liberdade decisória e a independência judicial	45
2.5.1 A liberdade de julgar conforme o direito	45
2.5.2 A valoração probatória e a discricionariedade judicial	48
2.6 A independência judicial para os defensores de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil	51
3 A COMPATIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES COM A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	53
3.1 O caráter produtivo da interpretação de precedentes e os equívocos das tentativas de uniformização jurisprudencial forçada	54
3.1.1 O precedente judicial no Código de Processo Civil projetado	65
3.2 O <i>solipsismo</i> do intérprete como causa da fragmentação das decisões judiciais	68
3.3 Exemplos de como os precedentes (não) têm sido aplicados na prática judiciária brasileira	78

3.4 A independência judicial, os precedentes e a autonomia do Direito.....	83
3.4.1 A aplicação de precedentes no Brasil como um risco à independência judicial	83
3.4.2 Os precedentes como blindagem aos “decisionismos”: fortalecimento da autonomia do direito.....	89
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional no Brasil se encontra em estado de total fragmentação. Demandas “idênticas” ou similares obtêm soluções díspares do Judiciário num mesmo contexto histórico causando incredulidades de toda ordem e deixando a impressão de que o sucesso na empreitada judiciária, na maioria das situações, depende mais da sorte dos litigantes que do Direito posto. Aliás, Direito posto parece não haver; parece, isso sim, existirem tantos direitos quanto o número de julgadores investidos no Judiciário brasileiro.

Em face dessa situação, iniciou-se movimento doutrinário e jurisprudencial em prol da implementação de um sistema de precedentes vinculantes no Direito brasileiro nos moldes do *stare decisis*, vivenciado no *common law*. A proposta, segundo seus defensores, teria o condão de garantir ou, ao menos, aumentar o grau de previsibilidade e de isonomia diante das decisões judiciais, tendo em vista que juízes e tribunais seriam obrigados a respeitar suas próprias decisões e, mais do que isso, a adotar as interpretações sobre a lei e a Constituição fixadas por tribunais hierarquicamente superiores.

De outro vértice, parte da comunidade jurídica se mostra contrária à vinculação a precedentes argumentando que essa medida afetaria a independência do Judiciário e de seus integrantes, bem como a liberdade dos juízes de decidirem consoante seu convencimento pessoal acerca das provas e do direito.

É com vistas a solucionar esse imbróglio que o presente trabalho será desenvolvido. Buscar-se-á explicar em que medida a aplicação de precedentes no Brasil é compatível com a independência judicial e com a liberdade decisória dos julgadores. Mais do que isso, investigar-se-á se o problema de fundo, a fragmentação das decisões judiciais, marcada pela falta de isonomia e de segurança jurídica, é passível de solução pela utilização de um sistema de precedentes.

Cabe destacar que a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, principalmente às proferidas pelas cortes de sobreposição, tem gerado inúmeras discussões na ordem jurídica brasileira há décadas. Mais recentemente, com a criação das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45/2004 e de mecanismos para julgamento em massa pela Lei n. 11.418/2006 - que inseriu os artigos 543-B e 543-C no Código de Processo Civil, deu-se início a nova onda de debates no tocante à legitimidade da imposição de entendimentos jurisprudenciais pelas cortes superiores às inferiores e de ambas aos juízos de

primeiro grau. E o debate promete se acirrar ainda mais, uma vez que o novo Código de Processo Civil, em via de promulgação, buscará instaurar um sistema de precedentes no Direito brasileiro, trazendo capítulo específico sobre o tema. Para alguns, o novel diploma estará, efetivamente, criando o *stare decisis* no Brasil.

Neste contexto, o presente trabalho pretende inovar a discussão acima referenciada por confrontar a proposta de respeito aos precedentes com os argumentos - conjuntamente analisados - da independência judicial e da liberdade decisória. Para além disso, a partir do aporte da Crítica Hermenêutica do Direito, visa-se demonstrar, ao contrário do que normalmente se faz, que esse confronto somente se justifica mediante visões equivocadas acerca da utilização de precedentes, da independência judicial e da liberdade de decisão.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem. O conteúdo teórico da pesquisa foi desenvolvido a partir da leitura de legislações, excertos doutrinários, artigos científicos, dissertações e notícias publicadas em jornais online.

No primeiro capítulo, a preocupação inicial será investigar se a teoria dos precedentes judiciais, que deita raízes no *common law*, é compatível com a tradição romano-germânica do direito brasileiro. Para isso, será realizado um cotejo histórico entre as tradições de *civil law* e de *common law*, tangenciando a problemática das fontes do direito. Ato contínuo, abordar-se-á a teoria dos precedentes judiciais em suas especificidades, pontuando os estágios de desenvolvimento histórico e descrevendo os conceitos e mecanismos mais importantes à sua compreensão, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *anticipatory overruling*, *prospective overruling*, *retrospective overruling*.

Ainda no primeiro capítulo, serão expostos os entendimentos de doutrinadores que visualizam no sistema de precedentes vinculantes a solução - total ou parcial - para o problema das interpretações/decisões judiciais fragmentadas, geradoras de insegurança jurídica e quebra da isonomia.

O segundo capítulo terá como objetivo explanar o que se entende por independência judicial e por liberdade decisória, e qual a relação entre as duas noções. Buscar-se-á demonstrar que “independência judicial” é um conceito multifacetário que se refere ao Judiciário, como instituição, e aos seus membros, singularmente considerados. Em seguida, serão apresentadas as principais classificações existentes em torno da noção de independência judicial - externa, interna e psicológica - e o modo como elas se inter-relacionam. Também

receberão atenção, ainda que de passagem, os mecanismos previstos na legislação com o objetivo de garantir a independência judicial.

No segundo capítulo, outrossim, analisar-se-á, especificamente, a questão envolvendo a liberdade dos juízes para decidir segundo seu próprio entendimento acerca da ordem jurídica posta. Conjuntamente, por guardarem estreita relação com a aludida liberdade de interpretação e decisão, o sistema de valoração probatória vigente no direito processual brasileiro - livre convencimento motivado - e a temática da discricionariedade judicial também serão abordados neste momento do estudo.

O terceiro capítulo, desenvolvido precipuamente a partir do aporte teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, terá como primeiro objetivo investigar se a atividade interpretativa exercida sobre precedentes é menos produtora de sentidos ou exige menos esforço do julgador que a despendida para a interpretação dos textos de lei e da Constituição. Essa análise tem lugar para se apurar a viabilidade das teses que projetam num sistema de precedentes vinculantes a solução para a ausência de isonomia e de segurança jurídica diante das decisões judiciais. Na mesma toada, intentar-se-á visualizar se é hermeneuticamente possível, sem obnubilar as especificidades dos casos concretos e visando garantir prestação jurisdicional adequada, conferir a órgãos judicantes específicos a competência de definir “o sentido correto” de um determinado dispositivo de lei ou da Constituição, a ser adotado pelo restante do Judiciário.

Ainda na primeira parte do terceiro capítulo, abordar-se-á pontualmente o sistema de precedentes previsto no projeto do novo Código de Processo Civil, ao qual se aplicarão todas as considerações hermenêuticas dispostas previamente naquela seção.

Na segunda parte do terceiro capítulo, o estudo debruçar-se-á sobre a legitimidade constitucional-democrática das posturas que defendem a liberdade dos juízes para julgarem de acordo com seu convencimento pessoal acerca do Direito e de questões fático-probatórias. Mais uma vez recorrendo à hermenêutica - especificamente, à Crítica Hermenêutica do Direito, serão analisadas as condições de possibilidade da construção do Direito, de modo que esse não se resuma àquilo que o intérprete quer que ele seja. Neste ponto, buscar-se-á apontar o valor hermenêutico dos precedentes na composição da tradição - no sentido hermenêutico do termo - e na busca por coerência e integridade da ordem jurídica.

A terceira parte do terceiro capítulo será destinada à análise de quatro decisões judiciais representativas de diferentes problemas verificados na utilização de “precedentes” -

ementas descontextualizadas, na verdade - no direito brasileiro atualmente. Problemas esses, é claro, aferíveis de acordo com os pressupostos da teoria dos precedentes e da hermenêutica a serem fixados ao longo do trabalho.

No último ponto do terceiro capítulo, os esforços serão envidados no sentido de relacionar a independência judicial, a utilização de precedentes e a autonomia do Direito. Investigar-se-á como o manejo de precedentes no Direito brasileiro pode incrementar ou restringir a independência judicial, a depender do modo como forem assimilados. Em seguida, objetivar-se-á elucidar o papel do respeito aos precedentes na preservação da autonomia adquirida pelo Direito, no contexto do Estado Democrático de Direito, em face das outras dimensões que o engendram - moral, política, economia, entre outras.

1 A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

As decisões judiciais no Brasil cada vez mais fazem jus ao epíteto *jurisprudência lotérica* (CAMBI, 2001, p.108-128), que busca referir a caótica convivência, no sistema jurídico, de provimentos decisórios nos mais variados sentidos regulando casos substancialmente idênticos. O destino das causas, na maioria das situações, depende mais da “sorte” dos litigantes na distribuição dos processos e recursos que da qualidade das decisões judiciais. Mais que isso, a álea se faz presente no âmbito individual de cada órgão judiciário, de modo que, mesmo se conhecendo o julgador com antecedência, não há expectativas seguras de que este guardará coerência com suas próprias decisões anteriores.

Diante desse quadro, grande parte da doutrina vem defendendo a importação e aplicação no direito brasileiro do sistema de precedentes vinculantes - *stare decisis* - oriundo do *common law*, visando conferir mais previsibilidade às decisões judiciais e tratamento isonômico aos jurisdicionados diante do Poder Judiciário.

Essa proposta costuma encontrar, preliminarmente, objeção no argumento de que a tradição à que se filia nosso ordenamento - *civil law* - seria incompatível com a vinculação a precedentes judiciais. Afirma-se que nos países cuja tradição jurídica é a romano-germânica, onde as normas escritas se impõem como fonte do direito, não há espaço para que este último seja criado pela atividade judicial (MEDINA, FREIRE e FREIRE, 2013, p.680-682).

Sendo assim, neste capítulo inicial, analisar-se-á, previamente, a compatibilidade sistêmica do *stare decisis* com o *civil law* e, especialmente, com o direito brasileiro. Para tanto, mostra-se imprescindível resgatar historicamente as tradições de *civil law* e *common law*, tangenciando a problemática das fontes do direito e percorrendo os inúmeros fatores que levam a doutrina a asseverar a aplicabilidade de um sistema de precedentes no direito brasileiro.

Num segundo momento do capítulo, o estudo se voltará à apreciação da teoria dos precedentes judiciais, estabelecendo o que é o precedente, quais são as partes que o compõem e as técnicas necessárias à sua aplicação.

1.1 O precedente judicial como fonte do direito

Não se insere nas pretensões deste trabalho investigar com profundidade as inúmeras teorias acerca das fontes do direito que buscam posicionar o produto da atividade jurisdicional – seja com a ideia de precedente judicial ou com a de jurisprudência – como fonte ou não da ordem normativa.

Sob a ótica do *civil law*, à jurisprudência por vezes não é conferido o atributo de fonte do direito (MONTEIRO, 1961, p. 93). Alguns autores, por outro lado, erigem-na à categoria de *costume judiciário* (FRANÇA, 1974, p. 175), a partir do que se poderia enquadrá-la na categoria das fontes materiais. Há, ainda, estudiosos que a consideram um meio exegético suplementar, a par das fontes formais - primárias e secundárias - e das materiais, embora se reconheça que os enunciados sumulados possam ser classificados como fontes formais ao lado das normas escritas (MANCUSO, 2010, p.93).

No âmbito do *common law*, os costumes reconhecidos em precedentes judiciais representam a principal fonte do direito, “embora não a que tem a maior hierarquia no sentido formal a que estamos acostumados nos sistemas jurídicos de tradição continental” (BUSTAMANTE, 2012, p. 4). Na verdade, sob referido aspecto formal, “no common law, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário [...]” (MARINONI, 2013, p. 35).

O que deve ficar assentado, por ora, independentemente da hierarquia ou da alocação taxonômica que se dê ao produto da atividade jurisdicional na teoria das fontes do direito, seja no *common law* ou no *civil law*, é que, neste último, o direito codificado, ainda que auxiliado por fontes formais subsidiárias – analogia, princípios gerais, equidade, etc. – é insuficiente para regular a realidade social, oferecendo segurança jurídica e isonomia (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 26-27; MANCUSO, 2010, p. 68).

Trata-se, então, de se reconhecer que a lei não é a única fonte do direito na família romano germânica, embora, hierarquicamente, ocupe o primeiro lugar (HECK apud MANCUSO, 2010, p. 66-67). Neste contexto, a verificação da importância das decisões judiciais na elaboração do direito deve “duvidar das fórmulas feitas que, na intenção de sublinhar o exclusivismo da lei, recusam a natureza de fonte do direito à jurisprudência” (DAVID, 2002, p. 147).

O papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode precisar-se em relação com o da lei. Verificando-se a propensão atual dos juristas, em todos estes países, nos nossos dias, para procurarem apoio num texto de lei, o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma interpretação da lei. Só excepcionalmente os juristas se afastam deste hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador de regras de direito (DAVID, 2002, p. 149).

Ademais, esclareça-se que a análise das fontes normativas deve levar em conta a historicidade destas. A prevalência de determinada fonte - seja material ou formal - num dado ordenamento decorre de inúmeros fatores culturais, sociais, econômicos e políticos que, quando alterados, podem levar a modificações naquilo que se entende por origem do direito.

Observe-se, a propósito, que durante a formação do Estado Moderno, nos três séculos que precederam à Revolução Francesa, “a unificação do direito por meio da jurisprudência é um fenômeno que se verificou em praticamente todos os sistemas jurídicos de tradição continental europeia” (BUSTAMANTE e DERZI, 2012, 338-339). Isso não impediu que, logo em seguida, se vivenciasse profunda transformação por meio do positivismo decimonônico, que instaurou o império da codificação no direito continental europeu. Referida transformação, por sua vez, também não impediu que ainda no século XIX surgissem e ganhassem corpo tendências antiformalistas (WOLKMER, 2006, 199-207).

Quer-se com isso dizer que as fontes do direito são mutáveis e que estão condicionadas ao devir histórico, de modo que a mera asserção de que a tradição civilista do nosso direito impediria um diálogo com teorias do *common law* é insubsistente. Como será mais bem demonstrado no tópico subsequente, a atual realidade histórico-cultural exige novo olhar acerca do papel da atividade jurisdicional como fonte do direito.

1.2 Aproximações e distanciamentos históricos entre *common law* e *civil law*

Afora o problema estrito das fontes do direito, é necessário dar ênfase aos inúmeros fatos históricos que demonstram forte interação entre o *common law* e o *civil law*. Com isso, visa-se demonstrar não apenas a compatibilidade da teoria dos precedentes judiciais com o direito brasileiro, como evidenciar a necessidade de respeito às decisões passadas em nossa prática judiciária.

De plano, importa frisar que as práticas judiciais empregadas pelo próprio direito romano do período clássico eram substancialmente mais semelhantes às verificadas no

common law atual que às observadas nos países de tradição romano-germânica contemporâneos:

Costuma-se afirmar que o direito romano, especialmente no período clássico (e pré-clássico) – que, grosso modo, começa na metade do século II a.C. e se estende até meados do século III d.C. –, apresenta mais semelhanças com o Common Law inglês que com os sistemas jurídicos que se constituíram sob a influência direta, como os da França, da Itália e da Alemanha, onde se pode falar de uma “recepção expressa” do direito romano. Há um senso comum entre os juscomparatistas no sentido de que os sistemas jurídicos da Roma antiga e da Inglaterra contemporânea apresentam notáveis semelhanças quanto à estrutura, as quais repercutem, direta ou indiretamente, sobre o método judicial e o estilo da argumentação que os juízes adotam para justificar suas decisões (BUSTAMANTE, 2012, p. 3-4).

Na mesma esteira de raciocínio, Arruda Alvim Wambier (2012, p. 24) destaca que “não é demais lembrar que os romanos também tinham um direito “jurisprudencial”. Informa (2012, p.25), ainda, citando Zweigert e Kotz, que o advogado inglês, atualmente, se assemelha muito mais ao advogado romano do que aos seus contemporâneos do *civil law*.

Quando se olha para o *common law* da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de “intérpretes autorizados” – em Roma, os jurisconsultos; na Inglaterra, os juízes – que têm prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica (BUSTAMANTE, 2012, p. 5).

Não se nega a existência de variadas diferenças entre o direito romano clássico e o atual *common law*, mormente na esfera institucional e na autoridade que se atribui às decisões judiciais. Não obstante, há “uma indiscutível proximidade entre eles no que se refere aos procedimentos de desenvolvimento e, quando necessário, modificação do Direito a partir da experiência obtida por via da análise de casos individuais e da aplicação do método indutivo” (VACCA *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 7).

Ademais, rechaçando a ideia de que o direito inglês se desenvolveu de maneira autônoma e isolada, cabe destacar que, praticamente durante toda a sua história, “o *common law* se caracterizou por ser um sistema jurídico ‘aberto ao exterior’, dotado de um sistema de fontes estruturalmente comunicante em relação ao *civil law* e ao Direito das gentes” (MOCCIA *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 93).

De acordo com Moccia, citado por Bustamante (2012, p. 58-59), os contatos da experiência jurídica inglesa com a continental européia ocorreram em pelo menos três grandes fases:

(1) No período formativo do common law, do século XII ao século XIII [Moccia 2005:896 e SS.]; (2) no período (do início do século XVI à primeira metade do século XVII “de máxima expansão pelos soberanos Tudor e Stuart das jurisdições especiais, instituídas como emanação direta da “prerrogativa real” no campo da Justiça e como parte integrante da política destes soberanos voltada a um reforço da presença do Estado na vida do país” [idem:904]; e (3) no período (durante o século XVIII) “de afirmação da Inglaterra como potência econômica e da conexa participação no mundo europeu dos tráfegos marítimos e comerciais” [ibidem].

Reconhece-se, por exemplo, que desde os séculos XI e XII, os *common lawyers* - juristas formados nas tradições do *common law* e que aplicavam o direito inglês de suposta derivação consuetudinária, mas na realidade de matriz jurisprudencial - tinham profundo conhecimento do direito continental e não eram os “praxistas insulares” a que se reporta a parte ortodoxa e nacionalista dos doutrinadores do *common law* (BUSTAMANTE, 2012, p. 14).

Em momento posterior, principalmente durante o período do Humanismo Jurídico no Continente Europeu e da formação do Estado Nacional Moderno - séculos XVI a XVIII - a Europa, incluindo os países de *common law*, vivenciou um direito cosmopolita e jurisprudencial, em que o papel dos tribunais superiores foi de suma importância à unificação do direito, do que muito dependia o fortalecimento do Estado Moderno. (BUSTAMANTE, 2012, p. 94; BUSTAMANTE e DERZI, 2013, p. 343).

Em ambos os sistemas, *common law* e direito continental, a *jurisprudentia forensis* era a principal fonte do Direito, “muito mais importante que qualquer outra no referido período”, e a unificação do Direito era realizada principalmente por “interpretações judiciais uniformes”. (GORLA/MOCCIA *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 65)

Essa interação histórica entre o *common law* e o direito continental europeu, bem como referida tendência cosmopolita que se acentuava na Europa até o século XVIII, acaba sendo interrompida pelo Positivismo Jurídico a partir do século XIX e volta à tona com o enfraquecimento desta teoria em tempos do chamado pós-positivismo (BUSTAMANTE, 2012, p. 95).

Na realidade, foi o modo de pensar iluminista, particularmente o observado na França, ao proclamar reformas jurídicas radicais, fontes nacionais unificadas e racionalidade nas fundamentações que, mais do que se contrapor aos *ius commune* do Antigo Regime, direcionou-se a processos de codificação (WOLKMER, 2006, p. 162). Estes processos - em que se destaca o Código de Napoleão de 1804, somados ao surgimento da Escola da Exegese, representam o ápice do positivismo jurídico francês.

[Nesse cenário] não se poderia reconhecer com segurança e certeza o Direito que não estivesse contido no código publicizado pelo Estado. Assim, o exegetismo

empírico dessa escola expressa todo um legalismo dogmático-dedutivo. Tal espírito proclamava a identificação mecânica do Direito com a lei, reconhecendo como valor máximo o Direito positivo, e a “onipotência jurídica” do legislador. Certamente que esta postura ultralegalista da escola da *École de l'Exégèse* restringia toda a experiência jurídica ao exame literal da lei positiva, relegando a um automatismo a função judicial e definindo, de vez, a estatalidade do Direito (WOLKMER, 2006, p. 192).

No direito anglo-saxão, diferentemente do ocorrido na França, o formalismo positivista acabou por exaltar, de maneira rigorosa e utilitária, a experiência judicial e não a lei, embora a estatização total do direito aqui também se verifique. Pode-se dizer, como faz Wolkmer (2006, p.194), citando Billier e Maryioli, que a doutrina de Austin foi a que melhor desenvolveu o positivismo em face da realidade inglesa:

[Austin] não ataca de frente o sistema anglo-americano do *common law*. Ao contrário, ele tem a habilidade de articular seu positivismo com o sistema jurídico específico da Inglaterra. Assim, reconhece o caráter jurídico do *common law*, especificando que o direito positivo, mesmo que ele não emane diretamente da autoridade soberana, mas só indiretamente, pelo viés de um poder conferido. O direito criado pelos juízes no sistema jurisprudencial permanece como [...] um Direito conferido pelo Estado soberano.

Nos dizeres de Bustamante, “foi durante esse breve período de hegemonia positivista que se acentuaram as diferenças entre o *common law* e o *civil law*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 95).

A dicotomia rigorosa entre um direito *inteiramente* “codificado” e um Direito *inteiramente* “jurisprudencial” é um dos resíduos da forma de pensar positivista, que [...] considerava o direito apenas como um *objeto estático* a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como Direito positivo/Direito natural; norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma/proposição jurídica; Direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do Direito expositória/ censorial (BUSTAMANTE, 2012. p. 95).

O cenário jus teórico do positivismo se espalhou por toda a Europa e levou muitos estudiosos a enxergarem um distanciamento estrutural entre o direito inglês e o da tradição continental baseados no fato único, mas crucial do ponto de vista positivista, de que a fonte de direito válido nos dois sistemas era (é) diferente (lei e precedentes). O que se deve destacar, no entanto, quando se pensa na viabilidade de uma teoria do precedente judicial aplicável a sistemas jurídicos de ambas as tradições, é que, mesmo sob a ótica juspositivista, o processo intelectual de criação do direito é o mesmo no *common law* e no *civil law*, “pois o que diferencia a atividade dos juízes nos dois sistemas é unicamente a origem das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão” [legislação e costume] (BUSTAMANTE, 2012, p. 101).

A natureza da atividade do legislador e da atividade do juiz, ao interpretar normas de escalão superior e criar normas individuais ao mesmo tempo, é exatamente a mesma,

de sorte que a única diferença entre os dois casos “é uma diferença quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida que a vinculação do juiz” (BUSTAMANTE, 2012, p. 101; KELSEN *apud* BUSTAMANTE, 2012, p. 101).

Anote-se, de qualquer modo, que nos países de tradição civilista, a despeito do contexto positivista e do fortalecimento do estado legislativo, a força dos precedentes sempre esteve presente, em maior ou menor grau, nas mais diferentes épocas e lugares. Com efeito, não apenas o direito insular se mostrou historicamente aberto ao direito comum, como o continental europeu recorrentemente concedeu - e concede - valor às normas oriundas de precedentes judiciais.

Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (precedentes verticais), como, e.g., os arrêts de règlement do Parlamento francês; os julgamentos das “causas maiores” da Rota Romana, da Itália pré-unitária; o regime de assentos da Casa de Suplicação em Portugal; o prejudgado trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam precedentes judiciais (...) Se olharmos ainda mais para o passado, iremos verificar que o *usus do precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam, (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 23-24)

Na mesma linha de raciocínio, Taruffo (2008, p.795) destaca a importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do direito de todos os sistemas jurídicos modernos. Relata o autor que estudos realizados em vários sistemas jurídicos demonstram que a utilização do precedente não mais é uma característica peculiar do *common law*, ocorrendo também em quase todos os países do *civil law*. Assevera que a distinção tradicional pela qual o primeiro sistema seria baseado no precedente, enquanto o último seria baseado na lei escrita, não tem mais valor descritivo algum, isso, admitindo-se que o teve no passado. Aduz, por fim, que não apenas no civil law se faz grande referência à jurisprudência, como o *common law* tem regulado áreas inteiras de seu ordenamento por meio da lei escrita¹.

¹ No original: “Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l’impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di common law, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di civil law. Quindi distinzione tradizionale secondo la quale i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi sarebbero fondati sulla legge scritta non há più – ammesso che davvero l’abbia avuto in passato – alcun valore descrittivo. De um lato, invero, nei sistemi di civil law si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi

Até aqui, observou-se que a tradição romano-germânica do direito brasileiro, que se estrutura a partir de um sistema de fontes próprias – dando ênfase, como fonte formal, à escrita, não pode vincular de maneira imutável e ortodoxa o direito pátrio. O sistema de fontes do direito de qualquer organismo social, incluindo as classificadas como formais, é essencialmente dinâmico, estando condicionado à realidade histórica de cada organização política.

E a realidade atual do direito brasileiro, assim como de outros países de *civil law*, é a de que a fonte escrita, derivada de um processo legislativo, tem se mostrado insuficiente para regular as práticas sociais. Isso, em primeiro lugar, porque a legislação não contém a realidade; não é possível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas e ampará-las previamente nos códigos. Em segundo lugar, porque o processo legislativo não consegue acompanhar a dinâmica da sociedade contemporânea, que se transforma a todo instante. Por fim, porquanto a atividade interpretativa exercida sobre a lei é sempre produtora de sentido, situação que, por não ser bem compreendida – como será visto adiante, acaba gerando a fragmentação das decisões judiciais, com a consequente quebra de isonomia e da segurança jurídica diante da prestação jurisdicional.

Outrossim, viu-se que, ao contrário do que muito se imagina, há, sim, histórica troca de informações entre o direito anglo-saxão e o continental europeu. Aquele não foi e não é alheio à doutrina romano-germânica, assim como este, em diversos países que seguem sua tradição, concedeu e concede importância diferenciada aos precedentes, não apenas dentro do conceito clássico de jurisprudência.

Feitas essas observações de caráter geral, cabe, ainda, fazer referência aos diferentes papéis históricos assumidos pelos judiciários inglês e francês nas revoluções de seus países, respectivamente ocorridas em 1688 e 1789, a fim de demonstrar as origens do mito da vinculação do juiz à lei no *civil law*, que continua vivo até os dias atuais. As diferenças entre o *civil law* e o *common law* na transposição do jusnaturalismo racionalista para o positivismo, que estão completamente relacionadas aos cenários revolucionários acima mencionados, são determinantes para se entender os problemas hoje verificados no Judiciário brasileiro (MARINONI, 2013, p. 48-50).

No período pré-revolucionário francês, os membros do Judiciário faziam parte de uma classe aristocrática sem qualquer compromisso com os valores que vieram a guiar a revolução. Mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. A legislação contrária aos interesses dos seus protegidos não era aplicada e os processos interpretativos buscavam inibir qualquer tentativa progressista (MARINONI, 2013, p. 51).

A Revolução Francesa [...] procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo, como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam do lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Veja-se, então, que o direito francês, além de rejeitar o direito comum do *civil law* e de procurar instituir um direito nacional novo, teve a necessidade de legitimá-lo mediante a subordinação do poder do juiz ao poder do Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável déficit democrático caso fosse interpretado pelos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo (MARINONI, 2013, p. 55-56).

Como bem frisa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 25), “acreditava-se que, na lei, estava contida a vontade do povo e que, sendo esta literalmente respeitada, a vontade do povo seria também respeitada. As pretensões decisionistas dos tribunais, influenciadas pelo clero e pela nobreza, não deveriam mais ter lugar”.

Na Inglaterra, pelo contrário, tendo em vista que o juiz atuou junto ao Parlamento em face das arbitrariedades da monarquia, não havia razões para se desconfiar do Judiciário. Além disso, a Revolução Inglesa não propunha a criação de um direito novo, mas apenas dar continuidade à ideia de supremacia do *common law*, ao qual o juiz estava submetido antes de mais nada, independentemente da produção legislativa (MARINONI, 2013, p. 44).

Enquanto na França dos enciclopedistas e da Revolução Francesa as concepções políticas e sociais nortearam-se por rupturas radicais e por fortes manifestações ideológicas, o norte da Europa, particularmente a Inglaterra, vive uma experiência institucional mais moderada e linear. A tradição política e cultural inglesa não registra um processo revolucionário extremo de derrubada do absolutismo monárquico como no caso francês, pois a vitória do Parlamento sobre o rei foi alcançada através de uma guerra civil, assumindo características mais liberais e constitucionalistas. (WOLKMER, 2006, p. 184-185)

No contexto francês, imaginava-se que a certeza jurídica - e, em último plano, a igualdade perante as decisões judiciais - seria garantida por meio da aplicação da lei. A vinculação total do juiz à legislação representaria a segurança jurídica. Na Inglaterra, a

segurança seria garantida pela vinculação do juiz ao *common law* (MARINONI, 2013, p. 47-48; 60).

Consoante aponta Accatino (2002, p. 563-564), o clima de desconfiança que circundava os juízes e a completa crença na autossuficiência dos códigos “(que não requeriam interpretação!) levaram a pensar que podia se por fim a importância que haviam tido até então, em toda a Europa, as coleções de decisões que davam conta do *stylus iudicandi* ou *usus fori* dos grandes tribunais centrais”².

O exposto até aqui leva à conclusão de que o posicionamento contrário ao desenvolvimento da teoria dos precedentes em solo brasileiro, que se fundamenta genericamente em supostas barreiras intransponíveis entre o *common law* e o *civil law*, se mostra acrítico e desconhecedor da história. Acrítico, porque se nega a repensar a realidade posta, a enxergar a insuficiência do direito legislado como fonte exclusiva e suficiente das relações sociais (MARINONI, 2013, p. 62). Desconhecedor da história, primeiramente, por não perceber que em diferentes épocas e lugares, de Roma aos atuais países seguidores da tradição de *civil law*, o precedente despontou, sim, como fonte do direito (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 23-24). E, em segundo lugar, porquanto ignora a troca de experiências havida há séculos entre a Inglaterra – berço do *common law* – e o direito continental europeu, em que o rumo à uniformização dos sistemas jurídicos, principalmente dos padrões decisórios, predomina sobre as tendências disjuntivas (BUSTAMANTE, 2012, p. 93-96).

Fato é que o exegetismo fracassou e hoje não há dúvidas de que o juiz exerce atividade criativa ao interpretar os dispositivos legais. Ao mesmo tempo em que essa constatação se faz presente, verifica-se uma total fragmentação das decisões judiciais, em que a multiplicidade de interpretações, nos mais variados sentidos, traz o caos ao sistema jurídico e gera quebra da isonomia e da segurança jurídica diante das decisões judiciais.

É imprescindível sublinhar [...] que o judiciário de *civil law* não se submete [embora devesse se submeter] ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. O judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante de sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto.

² No original: El uso de la expression jurisprudência pretendió ser desterrado del lenguaje jurídico, junto con la relevância jurídica de los materiales a los que alude, en la época de las revoluciones liberales y los proyectos codificadores (de manera paradigmática en el marco del proyecto político-jurídico revolucionario francés). La desconfianza que inspiraban los jueces del antiguo régimen y la confianza en la autossuficiencia de los códigos (; que no requerían interpretación!) llevaron a pensar que podía ponerse fin a la importancia que habían tenido hasta entonces, em toda Europa, las colecciones de fallos que daban cuenta del *stylus iudicandi* o *usus fori* de los grandes tribunales centrales (tradução livre).

Raciocínio contrário, capaz de desculpá-lo, seria razoável apenas se lhe coubesse decidir os casos iguais de forma desigual (MARINONI, 2013, p. 139).

De nada adianta se garantir igualdade de tratamento aos litigantes dentro do processo, igualdade de acesso à justiça e igualdade às técnicas e aos procedimentos processuais. É preciso questionar em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Em resposta, pode-se dizer que, embora seja um elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, a igualdade é frontalmente sonogada no momento da prestação jurisdicional (MARINONI, 2013, p. 138).

De outro vértice, é imperioso afirmar que, ao se interpretar de maneira fragmentada as mesmas regras e princípios, diante de casos iguais, “isso gera insegurança jurídica, pois para o mesmo problema uns obtêm e outros deixam de obter êxito em suas respectivas demandas” (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 680).

Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão, qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados.

Saber as regras do jogo antes do começo da partida, significa que: “pessoas não devem ser tratadas como animais, que descobrem que algo é proibido quando o bastão alcança o seu nariz” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 32; CAENEGEM *apud* ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 32).

Em face dessa situação, muitos juristas asseveram que o *civil law* - e, naturalmente, o direito brasileiro - nunca se preocupou em desenvolver um mecanismo com o fim de gerar segurança jurídica e igualdade ante as decisões judiciais, ao contrário do *common law*, que teria conseguido isso por meio da vinculação aos precedentes judiciais. Veja-se o que diz Marinoni (2013, p.62):

Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

No mesmo sentido, anotam Cambi e Brito (2013, p. 997) que “a utilização do precedente vinculante cumpre o seu papel de proporcionar segurança jurídica e isonomia, além de tornar mais rápida e efetiva a prestação jurisdicional”. Assim, também, Redondo (2013, p. 328) aponta que o principal objetivo de um sistema que reconhece a importância dos precedentes é assegurar a efetividade de garantias constitucionais, dentre as quais se inserem a isonomia e a segurança jurídica.

Volpe Camargo (2012, p. 555), a seu turno, é categórico ao asseverar que o respeito aos precedentes é um caminho sem volta, porquanto tem as virtudes de garantir a isonomia no

momento da prestação jurisdicional e a previsibilidade das regras jurídicas aplicáveis a cada caso.

Já Miranda de Oliveira (2012, p. 684), ao se debruçar sobre a necessidade de o direito, na dinâmica judiciária, comportar instrumentos capazes de oferecer certeza jurídica aos jurisdicionados, destaca a importância dos precedentes das cortes superiores de cada Estado na uniformização das interpretações acerca do direito escrito vigente.

Na mesma esteira, é a lição do italiano Chiarloni (2012, p. 227), ao tratar da importância da função nomofilática exercida pelas cortes supremas, tendo em vista a igualdade e segurança jurídica:

Primeiro de tudo entra em jogo o princípio da igualdade, solenemente consagrado no artigo 3º. da nossa constituição. É verdade que a norma fala de igualdade “perante a lei”. Mas também é evidente que, se a lei é interpretada ou aplicada de maneira não uniforme e talvez fortemente contraditória por diversos tribunais inferiores ante os quais ela é invocada, estamos diante de uma violação da igualdade de tratamento dos cidadãos precisamente quando a lei toma vida, descendo, por assim dizer, da abstração do texto à concretude do caso singular. [...]

Em segundo lugar, a previsibilidade das decisões, consentida de uma prática interpretativa uniforme pela suprema corte. Reduz, assim, a conflituosidade e se obtém segurança e a “programabilidade” do tráfego jurídico. As partes de uma relação podem avaliar melhor as consequências futuras de suas ações, apenas com base nas diretrizes estabelecidas pela orientação consolidada. (tradução livre).³

Mas o que é o precedente judicial e o que prega a doutrina que lhe confere caráter vinculante? Como funciona e quais são os conceitos operacionais de um sistema precedentalista? Responder a essas questões é o que se pretende com o tópico subsequente.

1.3 A teoria dos precedentes judiciais e os mecanismos necessários à sua aplicação

À guisa de introdução, deve-se esclarecer que o *common law* e a atribuição de força obrigatória a precedentes judiciais – *stare decisis* – são coisas diferentes. Aquele já era praticado há séculos quando as regras e princípios atinentes à teoria dos precedentes começaram a ser desenvolvidas (MARINONI, 2013, p. 31). Em verdade, a própria doutrina

³ No original: “Prima di tutto in gioco il principio di uguaglianza solennemente enunciato dall' art. 3 della nostra costituzione. E' vero che la norma parla di uguaglianza davanti alla legge. Ma è anche evidente che, se la legge viene interpretata oppure applicata in maniera non uniforme e magari fortemente contraddittoria da diversi giudici di merito davanti ai quali viene invocata, ci troviamo di fronte ad una violazione della parità di trattamento dei cittadini proprio nel momento in cui legge prende vita, scendendo, per così dire, dall' astrattezza dei testi concretezza dei singoli casi. [...]

In secondo luogo la prevedibilità delle decisioni, consentita da una prassi interpretativa uniforme ad opera della corte suprema. Si reduce così la conflittualità e si ottiene sicurezza e programmabilità del traffico giuridico. le parti di un rapporto possono meglio valutare le future conseguenze delle loro azioni, proprio in base agli indirizzi impartiti da orientamenti consolidati”.

dos precedentes é algo diverso do *stare decisis* – precedentes vinculantes, como se verá adiante (ABBOUD, 2013, p. 509).

De acordo com David (2002, p. 357-370), o período de formação do *common law* vai do ano de 1066, quando a Inglaterra é tomada pelo normandos, até o ano de 1485, com o advento da dinastia dos Tudors, e se caracteriza por ser um direito novo, comum a todo o reino, em substituição aos costumes locais. Antes de referido marco inicial, vigorava o denominado direito anglo-saxão, com relação ao qual muito pouco se conhece.

A tradição histórica, de caráter eminentemente prático, sempre exerceu forte influência no *common law* inglês. Esse cenário, aliás, constituiu terreno fértil para o desenvolvimento de um método filosófico experimental (Robert Boyle e Matthew Hale) - em contraposição ao cientificismo de Hobbes - pelo qual a validade de princípios legais, assim como a dos naturais, dependeria da repetição, da verificação e da validação pelos membros da comunidade. A consequência da junção desses fatores - tradição histórica e método filosófico experimental, devendo-se considerar, ainda, a inexistência de um direito dogmatizado e científico ministrado nas universidades inglesas, foi a estruturação do *common law* a partir da prática cotidiana do direito, não existindo uma doutrina ou ciência do direito como ocorrido no *civil law*. Em outros termos, o *common law* não teve origem científica (do ponto de vista professoral), mas, sim, judicial, como prática judiciária (ABBOUD, 2013, p. 510-511).

Isso é o suficiente para se afirmar que, independentemente do posterior surgimento da teoria dos precedentes e do *stare decisis*, o *common law* sempre se embasou na casuística, representada pela análise prévia de decisões judiciais que, todavia, não passavam de meros exemplos de como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares (ABBOUD, 2013, p. 511).

A doutrina dos precedentes exsurge como evolução histórica da filosofia do *common law*. As decisões judiciais passam a representar evidências do direito vigente e não mais meros exemplos de como aplicar determinadas regras ou princípios, como ocorria até então. O reconhecimento judicial faz prova da existência dos princípios e das regras, de modo que, em casos posteriores, o juiz deve procurar o direito vigente nas decisões anteriores e declará-lo (ABBOUD, 2013, p. 512).

O *stare decisis* - precedentes com força vinculante, por sua vez, embora também seja fruto de desenvolvimento histórico não linear, é inquestionavelmente mais recente. Consolidou-se de 1862 a 1900, tendo sido definitivamente reconhecido em 1898, quando a

Câmara dos Lordes, ao decidir o paradigmático caso *London Tramways Company v. London Country Council*, reconheceu sua autovinculação aos precedentes, bem como a vinculação de todos os juízes de grau inferior (ATAÍDE JR., 2013, p. 576; REDONDO, 2013, p. 327; MARINONI, 2013, p. 30).

Originou-se da doutrina dos precedentes, mas inovou ao sistematizar esta, distinguindo *holding* e *dictum*, e reconhecendo a possibilidade de uma única decisão em determinado sentido ter caráter vinculante (ABBOUD, 2013, 509-513).

1.3.1 A definição de precedente judicial

Sem grandes dificuldades, é possível afirmar que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 385).

Nas palavras de Miranda de Oliveira (2012, p. 699), “o chamado precedente, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados”.

Interessante, também, é a definição construída pelo doutrinador luso Castanheira Neves, ao tratar dos assentos portugueses e de sua diferenciação em relação aos precedentes do *common law*:

O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação completamente analógicas (1983, p. 12).

Mister se faz colacionar, ainda, a definição elaborada por Volpe Camargo (2012, p. 555-556), mormente porque esclarece que a valorização do precedente judicial não constitui exclusividade dos países seguidores do *common law*:

No sistema romano-germânico (*civil law*), ordinariamente, precedente é um pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, sobre questão jurídica determinada, cujas razões determinantes, de regra, apenas orientam (mas não vinculam) o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria.

Por derradeiro, esclareça-se que não se deve confundir os conceitos de precedente e jurisprudência. “Em sentido estritamente técnico processual, por jurisprudência, deve ser entendida a reiteração de julgamentos sobre a mesma matéria, no mesmo sentido proferido em

sede de tribunais” (MONNERAT, 2012, p. 351). Por outro lado, “um precedente (um só) pode vincular, como é o que ocorre na Inglaterra, que adota o *stare decisis* na sua versão mais rígida, em que há extrema aversão à ideia de que precedentes devam ser modificados” (ARRUDA ALVIM WAMBIER *apud* MIRANDA DE OLIVEIRA, 2012, p. 701).

1.3.2 *Ratio decidendi* e *obiter dictum*: as partes integrantes do precedente

Se a definição de precedente judicial não parece ser das tarefas mais complexas, o mesmo não se pode afirmar nos tocante à análise das partes que o compõe, ou melhor, da delimitação entre o que constitui *ratio decidendi* e o que constitui *obiter dictum*.

Com efeito, Marinoni (2013, p. 221) preleciona que não há consenso, no *common law*, no tocante à definição de *ratio decidendi* ou a um método capaz de permitir a sua identificação. Ramires (2010, p. 69), por sua vez, informa que muito já se discutiu acerca da melhor maneira para se identificar a *ratio decidendi* ou *holding* de um caso. Segundo o autor, em 1960, Karl Llewellyn identificou 64 técnicas com esse desiderato, alguma delas, a seguir consideradas.

Segundo o teste de Wambaugh, o que constitui a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira (RAMIRES, 2010, p. 69; MARINONI, 2013, p. 222). Para se chegar a ela, deve-se formular a suposta proposição de direito e, ato contínuo, inserir-lhe uma palavra que inverta o seu sentido. Após, é necessário verificar se, com a inversão, a decisão do tribunal teria sido a mesma. Caso a resposta seja afirmativa, o caso não constitui um precedente para a proposição inicialmente formulada. Se a resposta for negativa, o caso reforça a proposição original (MARINONI, 2013, p. 222).

O teste de Goodhart dá mais valor aos fatos. Por ele, a identificação da *ratio decidendi* prescinde da discriminação entre os fatos tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*) para a tomada de sua decisão, os quais serão encontrados procedendo-se a um raciocínio de exclusão, e os fatos imateriais ou não fundamentais para o julgamento. Sob a ótica de Goodhart, no caminho à identificação da *ratio decidendi*, para o fim de aplicação futura do precedente em casos análogos, seria mais importante determinar quais fatos foram considerados pelo juiz como fundamentais para a decisão, do que propriamente identificar a proposição de direito decorrente do precedente. (MARINONI, 2013, p. 223; RAMIRES, 2010, p. 69).

Já Cross, citado por Bustamante (2012, p. 260), estabelece que qualquer regra jurídica utilizada, expressa ou implicitamente, pelo juiz, como um passo necessário para alcançar a sua conclusão, constitui *ratio decidendi*.

Simpson e McCormick, referidos por Marinoni (2013, p. 231-239), embora de maneiras contrapostas, refutam a concepção de Cross, substituindo a ideia de necessariedade – da proposição, para ser considerada *ratio* – pela de suficiência. A *ratio decidendi* não seria apenas a proposição sem a qual o caso seria resolvido de outro jeito, mas a que, a despeito da existência de uma proposição que resolva o caso, é suficiente para a resolução de questões individualizadas discutidas no processo.

Inobstante as dificuldades acima mencionadas, nada impede que se apontem algumas construções acerca da definição de *ratio decidendi*, que, de um jeito ou de outro, acabam levando em consideração as teorias dos autores já aludidos.

De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira (2012, p. 385), a *ratio decidendi* (Inglaterra) ou *holding* (EUA) representa os fundamentos jurídicos sem os quais uma decisão não teria sido proferida como foi. Refere-se à tese jurídica acolhida pelo julgador para resolver o caso concreto.

Cruz e Tucci (2004, p.12), de maneira simples e objetiva, estabelece que *ratio decidendi* é “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório”. Ou, como expõe Abboud (2013, p. 516), “*ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide)”.

Essas noções de *ratio decidendi* consubstanciam a dimensão normativa da expressão. Dizem respeito à proposição de direito (*proposition of law*) que se poderá extrair do precedente em que se formou a *ratio*, a fim de aplicá-la a casos futuros (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 44). A propósito, quando se fala na força vinculante de um precedente, na verdade, está-se a referir a *ratio decidendi* (ou *holding*), pois é ela a parte da decisão que realmente vincula o órgão judiciário que a proferiu e os órgãos judicantes hierarquicamente inferiores a aplicarem a mesma regra em casos semelhantes posteriores. (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 43; DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 385).

Mister se faz esclarecer, também, que a *ratio decidendi* não tem um correspondente no direito brasileiro. Ela não se confunde com o dispositivo, tampouco com a fundamentação. Seria, isso sim, algo externo a ambos, formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo (MARINONI, 2013, p. 221).

Por outro lado, em contraposição à *ratio decidendi*, tem-se o *obiter dictum*, que pode ser definido de maneira negativa, ou seja, tudo que não for *ratio é obiter*:

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência ou relevante e substancial para a decisão (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 387-388).

De acordo com Taruffo (2008, p. 801), *obiter dictum* são “as afirmações e argumentos contidos na motivação, mas que, mesmo podendo ser útil para a compreensão da decisão e seus motivos, não fazem parte da base jurídica da decisão” (tradução livre).⁴

Conforme anota Redondo (2013, p. 321), embora a regra de direito não seja extraída do *obiter dictum*, ele não é irrelevante para o sistema jurídico, uma vez que pode ter a função, por exemplo, de indicar futura orientação dos tribunais ou de servir de elemento persuasivo em tentativa posterior de superação do precedente.

Delineados os conceitos de *ratio decidendi* (*holding*) e *obiter dictum*, convém, por fim, demonstrar como eles se articulam na prática judiciária, o que se dá em três etapas.

Primeiramente, ocorre a seleção dos precedentes suficientemente similares cujas exposições decisórias serão confrontadas com o caso a ser decidido. Ato contínuo, o julgador busca identificar a regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que poderá ser utilizada para solucionar o caso presente. Por fim, há reflexão acerca da existência de circunstâncias particulares no caso a ser julgado - fatos materiais anteriormente não reconhecidos - que permitam ao juiz o afastamento da aplicação dos precedentes consultados (ABBOUD, 2013, 516).

1.3.3 Técnica de confronto e de aplicação do precedente: *distinguishing*

Parece evidente que, para se aplicar determinada *ratio decidendi*, é necessário, antes de tudo, comparar o caso de onde provém a *ratio* com o caso a ser julgado, confrontando as situações fáticas. Essa reflexão atinente à diferenciação de casos assume a forma de técnica jurídica destinada a permitir a aplicação de precedentes. É o que se chama, no *common law*, de *distinguishing* (MARINONI, 2013, p. 325).

⁴ No original: “quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione”.

A técnica do *distinguishing* é uma maneira de se afastar a incidência de um precedente judicial, sem que, no entanto, a regra de que o órgão julgador se afasta tenha sua validade contestada. O afastamento em comento, segundo Bustamante (2012, p. 488), pode ser feito de dois modos: (1) Reconhecendo-se uma exceção no caso em análise, que não tenha sido anteriormente considerada. Assim, o julgador restringe a hipótese de incidência da *ratio decidendi*, promovendo uma redução na área semântica da regra jurídica excepcionada - é o que o autor chama de redução teleológica das normas jurídicas; (2) Por meio de um argumento *a contrario*, em que se conclui que os fatos do caso em análise não se subsumem à *ratio decidendi* que se pretende evitar a aplicação. Não se trata, como na redução teleológica, de limitar o campo semântico da norma, de modo a afastá-la de um caso em que, a princípio, deveria haver sua aplicação. Preconiza, apenas, que as normas não podem ser estendidas a casos cujos fatos não correspondem aos fatos do precedente que se pretende aplicar (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 402-403).

Contudo, a impossibilidade de extensão do *ratio* a casos inicialmente não abrangidos pelo precedente não deve ser compreendida de maneira tão rígida. Na verdade, ao se deparar com distinções entre os fatos do caso presente com os fatos do precedente, não apenas poderá o julgador dar interpretação restritiva à *ratio decidendi* (*restrictive distinguishing*) – como visto acima, o que Bustamante denomina redução teleológica, como também estendê-la a caso anteriormente não abrangido pela *ratio*, por entender que as peculiaridades do caso concreto não ensejam a aplicação de outro precedente ou mesmo a criação de uma nova *ratio* (*ampliative distinguishing*) (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 402-403).

Há que se dizer, ainda, que a técnica do *distinguishing*, sem deixar de se atentar à estabilidade do direito, confere-lhe maleabilidade e permite seu desenvolvimento, por dar conta de novas realidades e de situações antigas que não foram anteriormente tratadas. E faz isso sem que se rompa o sistema ou se revogue o precedente que ainda é aplicável aos casos semelhantes aos que contemplou desde a sua origem. “Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito” (MARINONI, 2013, p. 331).

1.3.4 Técnicas de superação do precedente: *overruling e overriding*

Atualmente, a vinculação aos precedentes apresenta certa relatividade mesmo na Inglaterra, onde a doutrina do *stare decisis* é mais ortodoxa. Há consenso sobre a necessidade de se dar margem à evolução do direito (TARUFFO, 2008, p. 802). Para a consecução deste fim, desenvolveram-se, no seio da teoria dos precedentes, alguns mecanismos aptos à superação, total ou parcial, das regras estabelecidas: *overruling* e *overriding*.

Modernamente, a modificação da doutrina vinculante é vista como um aprimoramento do pensamento jurídico passado para adequá-lo ao desenvolvimento social. Dentro dessa ótica, a invalidação parcial ou total de uma doutrina vinculante é considerada como um instrumental intrasistêmico para assegurar a necessária flexibilização ao ordenamento jurídico. *Overruling* e *Overriding* entendidos como soluções sistêmicas para evitar a petrificação do direito, fazem parte e complementam a ideia de uma doutrina vinculante (SILVA *apud* DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 407).

Sem dúvida, de maior importância, o *overruling* é o reconhecimento da superação total de um precedente, levando ao seu afastamento e à elaboração de nova regra para os casos futuros (WOLKART, 2012, p. 295-296). Permite ao julgador adotar nova orientação jurisprudencial quando a contida no precedente não se mostrar a melhor medida de justiça. (BRITO e CAMBI, 2013, p. 996).

O *overruling* não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial. Vai além disso, procedendo à ab-rogação da própria *ratio decidendi* até então aceita como válida, de modo que as razões que o justificam devem ser mais fortes que as utilizadas para se realizar o *distinguishing*. Ademais, a decisão que realizar o *overruling*, além de tematizar expressamente a necessidade do afastamento do precedente judicial, deve apresentar carga de motivação diferenciada, enfrentando os argumentos até então não suscitados (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 406; BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

Convém ressaltar que o poder de revogar precedentes não autoriza os órgãos julgadores a exercê-lo em quaisquer situações, ausentes circunstâncias especiais. Conquanto não seja mais plausível se pensar num sistema precedentalista sem *overruling*, é preciso assentar que a possibilidade de revogação dos precedentes não exclui a eficácia horizontal destes, vale dizer, a obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. De acordo com Marinoni (2013, p.388-389) não é possível se falar em um sistema de precedentes em que os órgãos julgadores não se submetem a critérios especiais para revogar seus precedentes.

Quanto às razões que justificam a revogação do precedente, as mais frequentemente indicadas são as seguintes: (i) quando ocorre a obsolescência ou desfiguração do precedente; (ii) quando o precedente se mostra injusto, incorreto ou equivocado; (iii) quando se revela praticamente inexecutável (REDONDO, 2013, p. 324-325; DIDIER JR., BRAGA e

OLIVEIRA, 2012, p. 406); (iv) quando deixa de atender aos padrões de congruência social ou passa a negar proposições morais, política e de experiência; e (v) quando não tem consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com outras decisões ou com novos dispositivos legais (REDONDO, 2013, p. 325; MARINONI, 2013, p. 389-391).

Tocante à eficácia temporal da revogação do precedente, costuma-se classificar o *overruling* em retrospectivo, prospectivo e antecipado. A escolha por um método ou outro dependerá do sopesamento que o órgão revogador realizar, levando em conta, principalmente, os princípios da segurança jurídica e da isonomia (REDONDO, 2013, p. 325).

O *overruling* retrospectivo (*retrospective overruling*) ocorre quando se confere efeito *ex tunc* à revogação, de maneira que a *ratio* revogada não pode ser invocada como parâmetro decisório nem mesmo para as situações fáticas ocorridas antes da revogação. A revogação prospectiva (*prospective overruling*), que foi instituída pela Suprema Corte americana, opera efeitos *ex nunc*, fazendo com que a *ratio* decorrente do precedente revogado continue a ser aplicada aos fatos anteriores à revogação. O *overruling* antecipado (*antecipatory overruling*), por fim, que também deita raízes no direito norte-americano, é uma espécie de revogação preventiva do precedente realizada pelas cortes inferiores. Em regra, a revogação do precedente é feita pelo órgão que o editou. No entanto, quando há fundados indícios de que as cortes superiores, de onde tem origem o precedente, irão revogá-lo, possibilita-se aos órgãos inferiores que se antecipem à mudança (CRUZ e TUCCI, 2012, p. 109)

Além do *overruling*, outra técnica apta à superação de precedentes é o *overriding*. Por meio dele, o órgão julgador apenas limita o âmbito de incidência de determinada *ratio*, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Diz-se, então, que há revogação parcial do precedente (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 406).

Marinoni (2013, p.346), sob outra ótica, preconiza que o *overriding* não enseje propriamente uma revogação parcial do precedente, posto que o resultado da decisão tomada a partir dele não seja compatível com a totalidade do precedente. Destaca, a propósito, que o fato de o órgão julgador deixar de adotar precedente em princípio aplicável aproxima o *overriding* mais do *distinguishing* que do *overruling*. Aduz, ainda, que, embora o novo entendimento seja incompatível com o precedente, essa incompatibilidade existe apenas porque as velhas razões desconsideravam a nova situação ou novo entendimento. O antigo precedente, então, continua aplicável, em seu formato original, aos casos não atingidos pela nova situação ou entendimento.

2 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E A LIBERDADE DECISÓRIA

Enquanto parte da doutrina defende a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, sustentando a nocividade das múltiplas interpretações judiciais a partir do mesmo texto jurídico, outra parte dos estudiosos se mostra contrária a essa imposição, afirmando, dentre inúmeras outras razões, que a instituição de referido sistema violaria a independência judicial e a liberdade decisória dos juízes (CAMBI/BRITO, 2013, p. 1000).

Desta forma, o presente capítulo se destinará a investigar o que se entende por independência judicial e liberdade decisória, demonstrando o atual estado da técnica e as classificações existentes sobre o tema. Interessa, sobretudo, tornar claro que a independência do Poder Judiciário - institucional e de cada magistrado, bem como a liberdade de decidir são noções interligadas e que merecem tratamento conjunto.

Por fim, considerando que as concepções acerca da independência judicial têm subjacente a ideia de que o juiz deve ser livre para julgar conforme o direito, outros temas conexos, como o sistema de livre convencimento motivado - atinente à valoração probatória - e a discricionariedade judicial também serão expostos, preparando o terreno para o estudo a se realizar no terceiro capítulo.

2.1 Considerações iniciais sobre a independência judicial

É intuitivo que as diversas abordagens acerca do tema da independência judicial estão diretamente condicionadas aos avanços e retrocessos políticos, jurídicos e sociais a que a magistratura esteve sujeita ao longo da história. Falar em independência judicial onde nem sequer existia um órgão judicante, como nas sociedades primitivas, seria um despropósito. Indo além, no momento em que esse Poder se formulou minimamente como braço do soberano absolutista, embora a corrupção e a parcialidade fossem um problema, a visão da magistratura como mera engrenagem do poder real centralizado fez com que o clamor social mais quisesse o extermínio dos juízes do que sua independência (DALLARI, 1996, p. 11-12).

Com efeito, Dallari (1997, p. 11) explica que, no contexto conflituoso vivenciado em grande parte da Europa no século XVII, os juízes foram utilizados pelos governantes absolutos para cumprir objetivos que, em muitas situações, em nada se referiam ao

juízo de contendas jurídicas. Comparato (2011, p. 723), por sua vez, pontua que “no sistema do Antigo Regime a jurisdição era prerrogativa pessoal do soberano [...] Os juízes e tribunais, da mesma que os senhores de terras, exerciam a jurisdição por delegação do soberano”. E, embora se caracterizassem como agentes políticos arbitrários e implacáveis, o fato de serem escolhidos diretamente pelo detentor do poder político os colocava em relação de forte dependência em face dele (DALLARI, 1996, p. 11).

De acordo com Dallari (1996, p. 13), o sentimento mútuo de desaprovação em relação aos juízes, que foi carregado à Revolução Francesa e produziu efeitos no cenário pós-revolucionário, é um dos antecedentes que embasam a grande vertente política moderna que não reconhece a existência de um *poder* judiciário. Segundo essa diretriz, por mais notável que seja a magistratura, e por mais próxima que ela esteja do poder soberano, sempre deverá ser submissa a ele, que representa os interesses do povo.

A estas alturas, beira a redundância lembrar que esse reconhecimento do poder judicante na Revolução Francesa não ocorreu sem que se tomassem fortes medidas contra as arbitrariedades dos juízes. Não apenas o Judiciário, embora reconhecido, foi alocado na estrutura constitucional francesa como subordinado do Legislativo, como os juízes, individualmente, foram proibidos de interpretar a lei (GOMES, 1997, p. 21), reforçando o postulado de primazia da legislação e do legislador, representantes da vontade do povo. Em síntese, Gomes (1997, p. 18) anota que, na França pré e pós-revolucionária, forjou-se “a figura do juiz ‘burocrata’, servil, asséptico e neutro”.

Com o advento do constitucionalismo estadunidense, conferiu-se, em teoria, verdadeira independência ao Judiciário, como instituição, e a todos os magistrados, singularmente, ao se lhes atribuir o poder de aferir a constitucionalidade dos atos dos outros poderes. Nos Estados Unidos, a magistratura se desenvolveu envolta à concepção de que tanto seus membros como a instituição em si - o Poder Judiciário - deveriam ser necessariamente independentes para exercerem suas funções. É um raro exemplo de uma instituição teorizada que encontra correspondência na realidade prática (FACCHINI NETO, 2009, p.132).

De plano, a Constituição daquele país (1787) consagrou (art. III, seção 1^a) o Judiciário como um autêntico Poder político, ao lado e independente do Executivo e do Legislativo. Previu, também, a estabilidade para os juízes da Suprema Corte e de graus inferiores, que

ficariam no cargo enquanto mantivessem adequado comportamento (*the good behavior clause*)⁵, além de se garantir a irredutibilidade de vencimentos (SAMPAIO, 2007, p. 8).

Laboulaye, citado por Silveira (1993, p. 200), ressalta que os norte-americanos, ao fazerem do Judiciário um poder político, foram os primeiros a compreender o papel da Justiça num país livre e a instituir um Judiciário verdadeiramente independente. O autor relembra que jamais a Justiça havia recebido esse tratamento, tendo sido, historicamente, tratada como um ramo da administração ou uma função subalterna do governo.

No Brasil, o Judiciário teve sua independência formalmente reconhecida pela Constituição Imperial de 1824, conquanto ainda fosse considerado um poder secundário em confronto com os demais - fruto do liberalismo de tendência europeia (SILVEIRA, 1993, p. 200). Na prática, logo após dissolver a Assembleia Constituinte, o autoritário Dom Pedro I outorgou referida Carta política, atribuindo a si próprio um Poder Moderador que importava em negação da divisão de poderes (PEDUZZI, 2007, p. 19-20).

Definitivamente, o Judiciário do Brasil imperial não era um poder político. Ainda que reconhecida a independência no plano Constitucional, as garantias necessárias à sua materialização inexistiam, tais como a inamovibilidade, a inviolabilidade das decisões e a atribuição de interpretar, em definitivo, as leis (PEDUZZI, 2007, p. 20). “A independência do Judiciário havia de ser, desse modo, entendida, apenas, como a independência da autoridade judicial, do magistrado” (SILVEIRA, 1993, p. 201), realidade que também parecia distante, visto que estes ascendiam ao cargo “cooptados pelas vantagens pecuniárias, os acessos, as honras e as distinções feitas pelo Imperador a eles próprios, mas também a seus filhos, parentes e amigos” (BUENO apud SAMPAIO, 2007, p. 31).

O advento da República, segundo Silveira (1993, p. 201), estabeleceu um marco fundamental na história do Judiciário brasileiro, uma vez que este passou a se inspirar no liberalismo de matiz estadunidense. Assumiu, pois, contornos institucionais de Poder Político, sustentado - pelo menos em teoria - pelos princípios da supremacia da Constituição e da independência do Poder Judiciário.

O texto constitucional de 1891, de acordo com Bonavides e Andrade, citados por Peduzzi (2007, p. 21) visava neutralizar o poder pessoal dos governantes e distanciar, o quanto fosse possível, o Estado da Sociedade, conforme axiomas do liberalismo. Na prática,

⁵ Bastando que não fossem praticados crimes ou sérios desvios de conduta.

porém, a força atrativa do executivo concentrava as oligarquias estaduais, pondo-se em evidência na figura do Presidente da República.

Fazendo um salto histórico a 1988, verifica-se que a Constituição democrática previu, assim como em cartas constitucionais anteriores, as garantias de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos para os magistrados (MATHIAS, 2009, p. 281). O novo texto deu ênfase à autonomia administrativa e financeira do Judiciário, fortalecendo-o como instituição (SAMPAIO, 2007, p. 86). O controle de constitucionalidade de atos legislativos e administrativos também foi contemplado pelo atual texto.

É importante notar, junto com Axt (2001), que a independência do Judiciário é conquista que se afirma em meio a um processo lento e gradual. Em inúmeras oportunidades, no decorrer da história brasileira, foi garantida em textos legislativos e frontalmente desrespeitada no mundo prático. A partir da República Velha, tornou-se claro o custo político e social oriundo da falta de autonomia do Judiciário. Atualmente, tendo em vista toda a dinâmica histórica do país, não é possível afirmar que as ameaças à independência institucional e à funcional estejam afastadas.

2.2 A definição de independência do poder judicial

De plano, é necessário partir de algum lugar e atribuir contornos ao que se entende por independência judicial. Assim, parece adequada a esta quadra da história a definição formulada por Sampaio (2007, p. 4), autor que, embora prefira a expressão “independência do Judiciário”, está a se referir à independência da instituição e à de seus integrantes conjuntamente:

Podemos definir a independência do Judiciário como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de os órgãos do Judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, sem receio das consequências ou represálias advindas dos outros poderes, políticos ou sociais.

Sob uma ótica instrumental, pode-se dizer que a independência da magistratura, longe de representar um privilégio aos juízes (CLÈVE, 2011, p. 660), é o resultado da concretização de inúmeras medidas que visam garantir aos jurisdicionados um processo justo, conforme o direito, por um magistrado imparcial. “Isto é, um processo que o juiz possa decidir de forma autônoma e independente, seja em relação ao poder político, seja frente aos condicionamentos

que provenham da sociedade civil, seja diante das partes em conflito”. (FACCHINI NETO, 2009, p. 122).

Mas importa dissecar a noção geral acerca da independência do Judiciário e de seus integrantes, classificando-a de modo a facilitar o estudo e a possibilitar a compreensão minimamente satisfatória da questão. Assim, não olvidando a existência de inúmeros critérios taxonômicos, adotar-se-á o sistema classificatório de Facchini Neto (2009, p. 125), que divide a independência da magistratura em externa, interna e psicológica.

2.2.1 A independência externa

A independência externa se refere à possibilidade de os juízes desempenharem suas atividades alheios às pressões e aos interesses de outros poderes, políticos ou econômicos. Esse viés da independência judicial não apenas é o analisado há mais tempo, como era praticamente o único estudado até pouco tempo atrás (FACCHINI NETO, 2009, 125).

A independência “externa”, “objetiva”, “institucional”, “orgânica” ou “coletiva” refere-se à autonomia do Judiciário como Poder em face das forças exteriores, sejam elas os outros poderes, os partidos políticos, a imprensa ou mesmo a sociedade civil. Sua proteção imediata é o autogoverno judiciário e, mediatamente, a independência do juiz. (SAMPAIO, 2007, p. 130).

No mesmo rumo, Santos (2008) destaca a noção de autonomia, individual e coletiva, dos juízes em face de outros indivíduos e instituições, que está relacionada à desvinculação dos julgadores de outras forças políticas e não políticas externas ao mister judicante.

Tomando-se emprestada a lista de opositores da independência da magistratura elaborada por Dallari (1996, p. 47-53), pode-se alocar, como inimigos da independência externa, os regimes ditatoriais, as estruturas sociais e políticas que, conquanto não se caracterizem como ditaduras, são intrinsecamente antidemocráticas e se valem de mecanismos políticos para assegurarem a supremacia de grupos sociais determinados, os indivíduos que se valem de poderes econômicos, políticos ou militares para manipular decisões, e, como se verá abaixo, os próprios magistrados.

Aqui, até como decorrência do acima exposto, coloca-se a questão da corrupção, representada pelos carreirismos, personalismos e “desfamiliarização” dos juízes (SAMPAIO, 2007, p. 122). Chauí, citada por Sampaio (2007, p. 123), afirma - particularmente, em relação ao Brasil - que o Judiciário hoje representa, como sempre fizera, os interesses das oligarquias e não dos direitos da generalidade social. Nesses casos, e se está a falar sobre independência

externa, “os juízes é que são os principais inimigos da independência da magistratura” (DALLARI, 1996, p. 45).

Obviamente, quando a própria magistratura é conivente com as manipulações vindas de forças externas, torna-se falaciosa a crença em um Judiciário capaz de contrabalançar as outras estruturas de Poder, como teoricamente ocorre nos Estados Unidos desde 1803⁶ e no Brasil - com avanços e retrocessos - desde 1891⁷. Assim sendo, nem mesmo a previsão de garantias diferenciadas à independência, como sugerido por Facchini Neto (2009, p. 124), evitariam as ingerências externas em comento.

2.2.2 A independência interna

A independência interna, por outro lado, diz respeito à relação entre o magistrado, considerado singularmente, e seus superiores hierárquicos. Vale dizer, foca-se na possibilidade de os magistrados poderem decidir livremente, não se sujeitando ao poder de controle dos juízes de grau superior, a despeito do controle das decisões por meio do sistema recursal (FACCHINI NETO, 2009, p. 125).

A independência “interna”, “decisória”, “subjéitiva”, “funcional” ou “particular” é, como o nome está a dizer, a do juiz em face de seus pares, seja os de mesmo nível, seja os de nível superior, e ainda das entidades ou de outros órgãos do próprio Judiciário, não podendo sofrer pressões ou influências, além de sua consciência e do direito, na hora de decidir ou na condução dos processos sob sua responsabilidade, sujeitando-se apenas ao poder revisional previsto em lei (SAMPAIO, 2007, p. 140-141).

A independência interna, segundo Gomes (1997, p. 21-22) assegura ao juiz o poder de dirimir os conflitos sem coerção ou temor de seus companheiros ou superiores. Segundo o autor, é inconcebível que os juízes de maior hierarquia ditem normas aos hierarquicamente inferiores no que se refere à função de julgar.

Recentemente, a Declaração de Campeche (2008) demonstrou a preocupação dos magistrados latino-americanos com a independência interna da magistratura. A FLAM - Federação Latino-americana de Magistrados, juntamente à seção Ibero-Americana da UIM - União Internacional de Magistrados, divulgou mencionado documento reconhecendo que “o entendimento de que a independência dos poderes judiciais e a independência e a

⁶ Ano em que a Suprema Corte estadunidense julgou o caso *Marbury vs. Madison*, assentando a competência do Judiciário daquele país para controlar a constitucionalidade dos atos dos outros Poderes.

⁷ Ano da primeira Constituição brasileira a prever o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos administrativos.

imparcialidade dos juízes, é condição prévia e necessária para a vigência real dos direitos fundamentais”⁸. Precisamente sobre a independência interna, o item 2 dos princípios gerais dispostos na Declaração assim dispôs:

Sendo a independência e a imparcialidade do juiz específico indispensável para o exercício da função jurisdicional, estas qualidades devem ser preservadas no âmbito interno dos Poderes Judiciais, de modo a não resultarem direta ou indiretamente afetadas pelo exercício de atividades disciplinares, de ajuizamento ou de governo do próprio poder. Deve-se assegurar aos juízes que pela sua atividade jurisdicional, conforme suas decisões para os casos a eles destinados, esses não serão premiados ou punidos, estando estas decisões sujeitas apenas à revisão dos tribunais superiores conforme indicado pelo respectivo direito interno⁹.

Essa preocupação, aliás, também é compartilhada por Dantas e Feliciano (2012, p. 48-50). Os autores denunciam a praxe, cada vez mais corriqueira, de instauração de Procedimentos Administrativos Disciplinares por Corregedorias, Tribunais, Conselhos Superiores e pelo Conselho Nacional de Justiça para questionar simplesmente o mérito de decisões judiciais proferidas pelos magistrados. Afirmam os autores que o juiz “não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar, ainda que incomuns ou minoritárias”. A obediência aos comandos de gestão e administração provindos dos Tribunais, arrematam os autores (2012, p.50), não pode ensejar perda alguma dos atributos de independência do juiz, principalmente em sua atividade-fim.

2.2.3 A independência psicológica

A par das facetas externa e interna, existe a chamada independência psicológica do magistrado frente à sociedade. Significa, segundo Facchini Neto (2009, p. 127), a possibilidade de os juízes desenvolverem raciocínios jurídicos livres de condicionamentos decorrentes da manipulação e uniformização da opinião pública pelos centros de poder político e econômico. Sob esse aspecto, visa-se garantir, também, a imunidade das decisões às pressões culturais e ideológicas da sociedade.

⁸ No original: “[...] en el entendimiento que la independencia de los poderes judiciales y la independencia e imparcialidad de los jueces, es condición previa y necesaria para la vigencia real de los derechos fundamentales”- Tradução livre.

⁹ No original: “Siendo la independencia e imparcialidad del juez concreto, indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, estas cualidades deben ser preservadas en el ámbito interno de los Poderes Judiciales, de modo que no resulten directa o indirectamente afectadas por ejercicio de actividades disciplinarias, de enjuiciamiento o de gobierno del propio poder. Se debe garantizar a los jueces que por su actividad jurisdiccional, por como decidan los casos a ellos confiados, no serán ni premiados ni castigados, estando dichas decisiones solo sujetas a la revisión de los tribunales superiores conforme lo indique el respectivo derecho interno” - Tradução livre.

Quanto à expectativa de realização desse escopo da independência judicial, Nalini (2006, p. 274), fadando o direito ao solipsismo dos julgadores, aceita que o julgamento é um ato de vontade, em que o juiz primeiro se convence para apenas depois fundamentar sua convicção. Somado a isso, questiona, retoricamente, se existe alguma garantia de que o juiz não se deixará levar por ideologias, interesses, preconceitos, idiosincrasias ou outras manifestações do subjetivismo. Desacreditando a viabilidade da independência psicológica, ele mesmo responde afirmando a ingenuidade da crença em um juiz que não esteja condicionado a preconceitos próprios de sua origem social, a seu posicionamento político e a sua visão de mundo; “que em nenhum homem se pode eliminar um último resto de subjetivismo”.

E o subjetivismo dos juízes, segundo Facchini Neto (2009, p. 131), por fatores os mais diversos, acaba assumindo matizes conservadores. Primeiramente, porque a formação jurídica e a própria ciência do direito teriam mais características de conservação (da ordem) do que de transformação. Adiante, quando o jurista se torna juiz, absorve a concepção de que integra um Poder historicamente tido como engrenagem de manutenção da ordem. Por fim, pelo fato de provirem das classes mais abastadas, a quem normalmente interessa a manutenção do *status quo* social, é muito difícil que os julgadores tenham independência psicológica para negarem sua história e formação pessoal. Esse conjunto de fatores explicaria, de acordo com o mencionado autor (2009, p. 131), o porquê de a magistratura, em muitas situações, não ter encontrados forças para se contrapor aos outros poderes.

[...] mesmo quando a magistratura passou a configurar um ramo apartado do governo, com certa independência, essa independência se mostrou mais forte quando se tratava de julgar imparcialmente as partes de um litígio. Quando se tratava, porém, de agir com verdadeiro “contra-poder”, usando sua autoridade para evitar desmandos e condutas antidemocráticas, pouco uso fez a magistratura de sua suposta independência (FACCHINI NETO, 2009, p. 132).

Tendo em vista esse cenário, Facchini Neto (2009, p.128) aponta que a independência psicológica constitui o grau mais difícil que se pode alcançar, além de ser a mais complexa e controvertida. Ao se envidarem na busca por esse tipo de independência, torna-se iminente o risco de os julgadores se afastarem dos valores que norteiam a sociedade por eles vivenciada, proferindo decisões dissonantes das necessidades sociais.

2.3 As garantias constitucionais e legais da independência judicial

O direito brasileiro, assim como o de outros países, busca preservar a independência judicial por meio de um sistema de garantias estruturado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁰ e da Lei Complementar nº. 35, de 1979 - Lei Orgânica da Magistratura¹¹. Assim, a independência externa seria garantida, segundo Sampaio (2007, p.130), pela autonomia administrativa, orçamentária e financeira do Poder Judiciário (arts. 93, 96 e 99 da CF). Na classificação do mesmo autor (2007, p. 141 e 150), a independência interna seria resguardada pelas garantias constitucionais da irredutibilidade de subsídios, da vitaliciedade e da inamovibilidade (art. 95, incisos I, II e III da CF). Entram aqui, também, a imunidade material relativa (art. 41 da LOMAN), a prerrogativa de foro - dispersa em inúmeros dispositivos constitucionais, a inexistência de hierarquia funcional - questão polêmica e que será abordada adiante, e outras vedações pontuais que visam à imparcialidade dos magistrados (art. 95, parágrafo único, da CF).

Adotando classificação diferenciada, Clève (2011, p. 660-661) divide as garantias entre as que preservam a autonomia institucional do Judiciário e as que privilegiam a autonomia funcional concedida à magistratura. As primeiras correspondem aos princípios organizativos constitucionais do autogoverno, da autoadministração, da inicialidade legislativa e da autoadministração financeira (arts. 93, 96 e 99 da CF). As segundas se referem à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade de vencimentos, e às vedações indicadas no parágrafo anterior (art. 95, I, II e III e parágrafo único, da CF).

Tendo em vista a classificação de Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 182), tanto a independência externa quanto a interna da magistratura se encaixariam no que os autores denominam de independência política do Judiciário e de seus juízes. Essa abordagem comporta a classificação entre garantias institucionais e funcionais de independência, mas se adéqua melhor à divisão adotada neste trabalho quanto às faces da independência da magistratura. A pura distinção entre garantias institucionais e funcionais desconsidera que um órgão judicial - considerado em sua singularidade, que seja dependente de interesses externos, acaba soçobrando a independência da própria instituição de que faz parte. O Judiciário não atua senão por meio de seus órgãos, monocráticos ou colegiados, de modo que, estando algum

¹⁰ Utilizar-se-á a sigla CF para se referir à Constituição da República Federativa do Brasil nas citações subsequentes.

¹¹ Nas citações subsequentes, será utilizada a sigla LOMAN para se referir à Lei Orgânica da Magistratura.

desses jungidos a interesses alheios ao direito, também aquele estará sendo parcial e dependente (Gomes, 1997, p. 21). Em consequência, as garantias normalmente elencadas como relativas à independência interna (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vedações em prol da imparcialidade), devem ser também consideradas como pertinentes à independência externa.

É preciso deixar claro, no entanto, como salientam Feld e Voigt, citados por Sampaio (2007, p. 121), que mesmo a garantia constitucional de independência orgânica e funcional do Judiciário não é certeza de independência de fato. Aliás, essas garantias vêm sendo dispostas nos textos constitucionais brasileiros desde 1891, o que, conquanto possa ter ajudado, nunca garantiu uma magistratura realmente independente.

2.4 A inter-relação das dimensões interna, externa e psicológica da independência judicial

Feitas essas considerações e classificações iniciais acerca da independência judicial, bem como das garantias positivas que visam preservá-la, importa, agora, confrontar as faces externa, interna e psicológica da temática, a fim de demonstrar que elas estão quase sempre interligadas e se condicionam reflexivamente. Esta abordagem, outrossim, demonstrará que a independência judicial - considerando as três ramificações já mencionadas - constitui um daqueles princípios que, fatalmente, não podem ser satisfeitos de maneira completa - como a democracia participativa, por exemplo, sendo reconhecidos por sua margem negativa. Quer dizer, embora possam ser indicadas, de plano, algumas interferências que ameaçam a independência em comento, é impossível asseverar todos os atributos que o Judiciário e seus integrantes precisam ostentar para serem considerados efetivamente independentes (SANTOS, 2008).

Primeiramente, como um dos pontos mais importantes para este trabalho, cabe destacar que as independências interna e externa são dois lados do mesmo problema (FACCHINI NETO, 2009, p. 126), podendo-se dizer, inclusive, que há relação direta de proporcionalidade entre uma e outra na maioria das situações. Verifica-se, com efeito, que a maneira mais eficaz para se limitar a independência externa da magistratura é justamente restringir a interna, criando uma estrutura hierárquica e piramidal no interior no Judiciário. Desta forma, fortalecendo-se a hierarquia, tende-se à submissão dos magistrados das

inferiores instâncias, componentes da base da pirâmide, aos entendimentos dos tribunais superiores. Ocorrendo isso, basta aos poderes externos concentrar sua atenção e poderes de influência nos poucos membros das cortes superiores e estarão, indiretamente, influenciando todo o restante da magistratura (FACCHINI NETO, 2009, p. 126-127).

A título de exemplo, costuma-se afirmar que a magistratura ordinária era consideravelmente imparcial e abrigada de condicionamentos políticos na Espanha de Franco, com exceção da corte de cúpula do Judiciário daquele país, que, de fato, era controlada pelo mencionado general. Esse controle era suficiente para que o regime obtivesse as decisões que lhe interessavam apenas modelando os entendimentos a partir do vértice superior da pirâmide¹². (FACCHINI NETO, 2009, p. 127).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Sampaio (2007, p. 123), com vistas à relação entre a independência e os laços entre partidos e outros grupos de pressão, destaca o uso político das nomeações para os órgãos de cúpula como meio de influenciar todos os ramos inferiores do Judiciário.

Para Koerner (2000), é possível afirmar que a independência estritamente externa do Judiciário brasileiro pode ser constatada desde a CF de 1988, à exceção de algumas situações estaduais em que influências ilegítimas ainda agem diretamente sobre os juízes. No entanto, ressalta o autor, o viés externo da independência e a organização burocrática da magistratura - estruturada em carreira e com prerrogativas funcionais específicas - não garantem a promoção e concretização de direitos. Citando Zaffaroni e Santos¹³, aludido autor reforça a ideia de que a hierarquização nas estruturas judiciárias, em que se atribua à magistratura ordinária o papel de mera aplicadora da lei, possibilita ao poder político, que tem relações privilegiadas com a cúpula do Judiciário, controlar todo o aparato desse Poder. Em outras palavras, para o autor, a organização burocrática do Judiciário, em que as dimensões políticas das práticas jurídicas são deslocadas à cúpula desse poder, proporciona um controle político mais rápido e fácil por quem ocupa o governo.

Na medida em que a sociedade atual e a prática do direito atual exigem essa atuação mais aberta, mais ampla dos juízes, as situações de conflito entre a prática judicial e os objetivos governamentais políticos se expandem enormemente. Repetem-se as

¹² Facchini Neto (2009, p. 127) relata que o mesmo fenômeno ocorreu na Itália liberal e na fascista, e em praticamente toda a história da magistratura francesa.

¹³ Zaffaroni e Boaventura de Souza Santos, citados por Koerner (2000), também relacionam a hierarquização do Judiciário aos regimes fascistas e nazistas e aos regimes autoritários vivenciados na Espanha e em Portugal. Relatam que, quando ascenderam ao poder, esses governos promoveram a troca da cúpula do Judiciário, caçaram alguns juízes e a máquina judiciária passou a funcionar segundo os princípios e para atingir os objetivos dos novos Estados.

situações nas quais a decisão judicial é abertamente contrária a objetivos, a diretrizes políticas e temos como consequências que a organização burocrática do Poder Judiciário acaba servindo de um freio mais ou menos efetivo para a autonomia decisória dos juízes. Dependendo da habilidade política dos governantes, eles conseguem submeter ou, digamos, aproximar as decisões judiciais de seu programa e objetivos. Num prazo mais longo, a perspectiva é que o judiciário burocrático acaba fatalmente decidindo de forma integrada ao novo diagrama de governo (KOERNER, 2000).

Também é possível identificar condicionamentos entre as independências externa, interna e psicológica levando em conta a dimensão ideológica do direito. Para isso, é preciso ter presente a noção de que, invariavelmente, a “ordem jurídica positiva reflete sempre um arcabouço ideológico de uma dada existencialidade concreta. Impõe-se, destarte, que toda estrutura jurídica traduz o jogo de forças hegemônicas de uma organização estatal institucionalizada” (WOLKMER, 1995, p. 164). Sendo assim, mesmo que a lei contivesse todo o direito e fosse possível ao juiz apenas reproduzir os ditames legislativos, o julgamento não seria neutro e sim dependente dos interesses políticos predominantes. Tanto a independência externa estaria comprometida, como a psicológica, ainda que o julgador acreditasse estar julgando de maneira neutra.

Ocorre que a lei não esgota o direito, tampouco a atividade judicial é meramente declaratória da vontade legislativa. Isso obriga as forças hegemônicas a deslocarem sua atenção, ainda que parcialmente, do Legislativo ao Judiciário. A uma, porque a insuficiência legislativa deixa áreas das relações sociais sem regulamentação. A duas, porquanto os juízes, uma vez que criam o direito, podem se orientar por concepções ideológicas diversas das dominantes. Nesse contexto, a “uniformidade e constância de decisões, bem como o conjunto de julgados similares proferidos em tribunais jurídicos, tornam-se as mais vivas instrumentalizações do Direito positivo no âmbito das relações sociais de um modo de produção dominante” (WOLKMER, 1995, p. 168). Esse modo de ver a atividade judicante pressupõe, igualmente, ausência de independência judicial nos três níveis abordados neste trabalho.

Nessas condições é irrecusável discriminar a função relevante das decisões judiciais e o papel dos tribunais na formação e conservação do Direito. A força criadora da jurisprudência qualifica-a, historicamente, como autêntica fonte reprodutora da consciência e do interesse de um determinado momento, não só no sistema da *Common Law* anglo-americana - profundamente costumeira e jurisprudencial - como também, de forma crescente, nos países de Direito escrito (Civil Law), onde a invocação dos “precedentes judiciais” é uma constante entre advogados e um auxílio natural para os juízes (WOLKMER, 1995, p. 168).

Ainda quanto ao papel da ideologia, Clève (2011, p. 669) sublinha que os juristas e, em especial, os juízes procuram negá-la. Para o autor, acontece corriqueiramente a tentativa dos julgadores de tentar esconder suas preferências atrás de discursos pretensamente neutros.

Adéquam o direito à sua professada ideologia, mas decidem invocando a vinculação à lei. Essas decisões, prossegue o autor, contêm verdadeiros silêncios discursivos cuja carga de significação é mais intensa que a presente no texto. Exorta, então, os juízes a assumirem a dimensão ideológica do direito e a serem transparentes em suas decisões quanto ao tipo de ideologia que as subjaz, em atenção ao Estado Democrático de Direito e à facilitação do controle dos pronunciamentos judiciais. Mais à frente, o autor complementa sua análise:

Pior todavia do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, aquele incapaz de enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, aquele que desconhece os movimentos da história e os interesses concretos das classes sociais, este é cativo das ideologias hegemônicas, é escravo do poder e dos interesses dominantes. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, acobertando certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que aplicar a lei (CLÈVE, 2011, p. 669).

Levando a abordagem ideológica do direito às últimas consequências, impossibilitar-se-ia falar em algum nível de independência psicológica na magistratura, bem como de independência externa. Esforçando-se para seguir ou se distanciar, consciente ou inconscientemente, dos ditames legais, os magistrados estarão demonstrando dependência psicológica a alguma ideologia. No mesmo rumo, considerando que essa ideologia não brota do próprio magistrado, mas sim do direito posto - que representa uma ideologia - ou de alguma força à margem deste - que também representa uma ideologia, a magistratura sempre será dependente externamente.

Partindo do pressuposto de que o direito legislado e os entendimentos jurisprudenciais uniformizados representam, via de regra, uma ideologia hegemônica, muitos autores incitam os juízes a exercerem sua independência e a se afastarem dessas manifestações predominantes da ordem jurídica sempre que a satisfação dos direitos das minorias (YANG, LARKINS, O'DONNELL, MORLINO *apud* SAMPAIO, 2007, p. 120; PACIOTTI *apud* FACCHINI NETO, 2009, p. 126) ou das classes sociais menos favorecidas (WOLKMER, 1995, p. 170-173) assim o exijam.

O grande problema, e esse é um assunto para ser explorado no terceiro capítulo do presente trabalho, é que os juízes, singularmente considerados, também carregam ideologias, assim como as que sustentam o poder predominante. A questão, destarte, é saber se a aposta nas ideologias e concepções de individuais de mundo de cada juiz - que constroem seu próprio direito sob o manto da independência judicial e da promoção da “justiça” - é mais democrática que qualquer outra.

2.5 A liberdade decisória e a independência judicial

2.5.1 A liberdade de julgar conforme o direito

Alguns autores, como Sampaio (2007, p. 140-141), inserem a liberdade decisória no espectro da independência interna. Assim, independente internamente será o juiz que possa julgar de acordo com sua consciência e com o direito, sem sofrer pressões ou influências direta ou indiretamente de outros órgãos de hierarquia igual ou superior. Tanto a imposição de entendimentos jurídicos quanto as tentativas de manipulação, por via administrativa ou mesmo direta sobre os magistrados, afrontariam a independência interna.

Outros estudiosos, como Marques (1979, p. 85) e Cintra, Dinamarco e Grinover (2011, p. 182), a par da independência política do Judiciário e de seus integrantes, destacam a chamada *independência jurídica dos juízes*, que garante a esses a não subordinação a não ser ao direito. Retira-se o magistrado, pois, de “qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência” (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2011, p 182).

Não importando tanto a classificação adotada, verifica-se que se está, no fundo, a afirmar a liberdade do juiz para decidir como parte integrante da ideia de independência judicial. Parte-se, ademais, da premissa de que o juiz está autorizado e preparado, intelectual e moralmente, para realizar o julgamento. (SAMPAIO, 2007, p.141).

O escritor português Castanheira Neves (1983, p.16), ao tratar dos *assentos*¹⁴ no direito luso, faz importante análise sobre o aspecto subjetivo da independência judicial, que denomina de *independência decisória dos juízes*. Citando Marcic, começa sua abordagem sublinhando que, assim como o legislador e o administrador público, o juiz também tem um tipo próprio de consideração do direito, uma função jurídica peculiar que o define (juiz) como tal.

Em seguida, o mesmo autor (1983, p.18) reconhece que os entendimentos - no caso dele, os assentos - hierarquicamente impostos aos juízes não passam de instruções hierárquicas similares às ordens de serviço verificadas na administração pública, dirigidas por

¹⁴ Instituto similar às súmulas do direito brasileiro. Surgiram no século XVI, foram extintos em 1822 e voltaram efetivamente à tona entre 1926 e 1927. Em 1993, os assentos foram tidos como inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional português por meio do acórdão 810/93 (Ferreira Neto, 2008).

uma autoridade superior às inferiores que lhe são subordinadas. Nesse caso, prossegue, o princípio da independência dos juízes, em seu aspecto subjetivo, é frontalmente preterido e a função judicial se converte numa “função meramente administrativo-burocrática e executiva, onde justamente não há lugar a afirmar um princípio de independência e sim de dependência e obediência”. Conclui o ponto, então, referindo-se ao direito português, mas em passagem que se pode aplicar ao direito brasileiro:

E no nosso direito não pode duvidar-se de que a função judicial compete constitucionalmente aos Tribunais tomados na sua pluralidade e, portanto, com a sua independência correlativa, e não a um todo institucionalmente interligado através do qual os diversos tribunais fossem entendidos como meros participantes dependentes numa ordem ou corpo unitário e hierarquicamente organizado (1983, p.18-19).

Indo além, Castanheira Neves (1983, p.102-104) introduz outra classificação em seu estudo, afirmando a existência de dois sentidos para a independência judicial, ambas pertinentes à análise da liberdade decisória: o sentido *político-jurídico* e o *axiológico-jurídico*. O primeiro tem relação com a tripartição dos poderes característica do Estado de Direito, em que predomina o Poder Legislativo, por traduzir a vontade geral. Sob esse aspecto, quer se dizer que, sendo a lei o instrumento do direito e os juízes os encarregados de aplicá-la, qualquer dependência do juiz que não seja à própria lei, qualquer condicionamento, institucional ou não, afrontaria, em último plano, o Estado de Direito.

Daí que o princípio “o juiz é independente” significa aqui sobretudo a exclusão ou a proibição de quaisquer “instruções”, da imposição de quaisquer critérios e prescrições normativas que não unicamente os da lei - a lei enquanto expressão do legítimo poder legislativo, da *volonté générale*, por um lado, e enquanto estrutura normativa (norma geral e abstracta) que potencial a objectividade racional, autolimita o poder e da garantia do princípio da separação dos poderes, por outro lado. Significa independência para a exclusiva dependência da lei (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 103).

Já o *axiológico-jurídico*, diz Castanheira Neves (1983, p. 104), é o sentido que a independência retrata como garantia, condição e meio indispensável para a realização do direito e da justiça. Por este escopo, entende-se que, se a intenção à verdade e à justiça constitui a essência intencional de tribunais e juízes autênticos, a independência é, então, o *status* essencial dos julgadores, sua condição de possibilidade. Apenas se tendo a independência como pressuposto e meio de realização, aquela intenção à verdade, à justiça e ao direito se podem pretender alcançáveis. Após afirmar (1983, p. 107) que a independência decisória deva ser entendida, atualmente, em seu sentido axiológico-jurídico, o autor em comentário conclui desta maneira:

O autêntico significado e a decisiva importância do sentido axiológico-jurídico da independência dos tribunais nessa modalidade está justamente, como vimos, em pretender que os tribunais e os juízes tenham aquela independência e autonomia que

lhes permita determinarem-se exclusivamente pelo *direito* e concorrerem criticamente para a sua histórica realização (através da lei, na ausência de lei e, em casos extremos, mesmo contra a lei [...]) E é esta, manifestamente, uma responsabilidade e um dever de cada um dos tribunais, não apenas de um deles - embora especialmente qualificado e colocado no topo da hierarquia da função judicial organizada.

Voltando-se ao direito brasileiro, impende colacionar a concepção de Reale (1995, p. 174) acerca do assunto. Para o autor, o juiz não é obrigado a respeitar, em suas sentenças, os entendimentos consagrados pelos tribunais superiores, uma vez que é livre na interpretação e aplicação da lei. Já Calamandrei, citado por Barbosa Moreira (1998, p.4), preconiza, indiretamente, a liberdade decisória dos julgadores, ao afirmar que seria “absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e expansão”.

Gomes (1997, p. 15) entende ser da essência da independência judicante a possibilidade de o magistrado interpretar o texto jurídico pretensamente aplicável ao caso concreto. De acordo com o autor, uma vez que se retire do juiz essa autonomia e se o subordine a um entendimento único pré-configurado, já não se ia precisar de um magistrado para julgar a causa, bastando, para tanto, um funcionário qualquer que pudesse carimbá-la com a decisão anteriormente formulada. Propõe, então, citando Page (1997, p. 20) que o ordenamento seja o único parâmetro decisório do juiz, e que o seja sem nenhuma interferência de outros órgãos no tocante à sua delimitação e interpretação.

Para Dantas e Feliciano (2012, p. 50), aos magistrados se garantem autonomia pessoal e plena liberdade de convicção no exercer da função judicante, sendo que esta não pode ser restringida sequer pelas instâncias superiores. Defendem que o juiz de primeiro grau está legitimado a discordar das subsunções e razões fáticas e jurídicas de quaisquer tribunais superiores. Destarte, pode o magistrado decidir em conformidade com sua própria interpretação do sistema jurídico, mesmo que, agindo assim, discorde de decisões hierarquicamente superiores pré-definidas. Em sentido semelhante, Stefanello (2004, p. 37) aduz que os juízes não são obrigados a seguir orientação dos tribunais, não lhes devendo “obediência” ao exercer a jurisdição. Pontua que o “Juiz deve sentir-se livre no formar sua convicção jurídica, tendo à sua frente apenas a Constituição, as leis, e a sua consciência”.

Na mesma esteira de raciocínio, Cunha (1999, p. 27) é enfático ao prescrever a impossibilidade de um Judiciário genuíno que não seja independente e a inexistência de

subordinação entre o juiz de primeira instância e o tribunal a que esteja administrativamente vinculado. Reforçando esse entendimento, posiciona-se Tortelli (2010):

[...] os órgãos julgadores são independentes entre si, de modo a não existir hierarquia entre juízes, nem mesmo entre juízes ordinários e a Suprema Corte [...] Tal independência alcança, não apenas os órgãos e entidades externas ao Poder Judiciário, mas também as diversas instâncias internas desse Poder, de maneira que, em sua missão de julgar, o magistrado não está subordinado a qualquer tribunal ou autoridade, por mais graduada que seja.

Pertinente sobremaneira é a análise que, perpassando a liberdade dos juízes, foca na crítica aos instrumentos de uniformização do discurso jurídico, por se destinarem a atender aos interesses dos setores que dominam as relações sociais. Nesse contexto, Streck (1998, p. 217) esclarece que, por ser o Direito uma instância do político, sua atuação no meio social se dá via mecanismos simbólicos conducentes, inexoravelmente, à construção de relações de dominação e submissão. Desse modo, na relação entre tribunais superiores e inferiores e destes com seus juízes, assim como em relação aos demais operadores do direito, as práticas discursivas tendem a ser progressiva e previamente definidas. Para tanto, instrumentos sofisticados - como as súmulas, por exemplo - servem justamente para promover a estabilização jurídico-dogmática, alcançando consensos discursivos.

É a partir de abordagem semelhante, e que tem como pressuposto ínsito a existência de um julgador livre para decidir, que Wolkmer (1995, p. 171) confere ao juiz a “função politicamente inovadora de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito”. O mencionado jurista afirma que essa função é extremamente incisiva na prática judicial alternativa em benefício das classes sociais menos favorecidas, na apreciação real das necessidades da vida social e na realização dos fins libertários do direito. Justamente por prescrever um direito que se traduza em possibilidade de libertação conscientizada e não mais em instrumento de controle e repressão de um poder hegemônico, é nítida no autor em comento, embora implícita, a oposição a instrumentos que visem restringir a liberdade decisória dos julgadores.

2.5.2 A valoração probatória e a discricionariedade judicial

Impende, também, notar que à concepção de liberdade decisória, proveniente do dogma da independência judicial, apresentam-se pertinentes as temáticas da valoração probatória - atualmente, no direito brasileiro, informada pelo sistema do livre convencimento

motivado - e a discricionabilidade judicial. São temas ligados a razões estruturantes diversas dentro do sistema, mas que acabam se entrecruzando na realidade prática, inclusive sendo confundidos em algumas situações.

Costuma-se distinguir três sistemas clássicos a respeito da valoração probatória no direito processual, os quais, como aponta Camejo Filho (2005, p. 13), põem à discussão a liberdade dos órgãos julgadores para realizar mencionada valoração e formar seu convencimento. Pelo sistema da íntima convicção ou da prova livre, o juiz tem ampla liberdade quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 40). É o sistema que ainda vigora nos julgamentos do tribunal do júri, em que os jurados decidem, sigilosamente, de acordo com sua íntima convicção e sem fundamentar o voto (TOURINHO FILHO, 2012, p. 577). O sistema positivo ou da prova tarifada é diametralmente oposto ao da íntima convicção, estabelecendo, por intermédio da lei, os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato. “Há o tarifamento das provas, uma vez que cada prova tem como que tabelado o seu valor, do qual não há como o magistrado fugir” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2012, p. 40).

Atualmente, todavia, prevalece no Brasil o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, tanto no processo civil quanto no penal. Significa dizer que o juiz tem inteira liberdade na valoração das provas (TOURINHO FILHO, 2012, p. 578), mas não pode seguir, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira, suas impressões pessoais. Deve tirar sua convicção da consciência formada pelas provas produzidas. E, não obstante a existência de dispositivos legais orientadores da valoração probatória, Marinoni e Arenhart (2000, p. 11) obtemperam que é sempre possível ao juiz delas se afastar, desde que justifique a razão de sua inobservância.

Lira (2005, p. 42) chama a atenção às críticas feitas à separação entre os sistemas de livre convencimento e de persuasão racional, no sentido de que não há nada que possa diferenciá-las, pois a valoração haveria de ser, sempre, tarifada ou simplesmente livre. O autor (2005, p. 43), então, discorda desse posicionamento, afirmando que a diferença entre os dois sistemas é o dever do julgador de fundamentar sua decisão no sistema da persuasão racional, indicando as razões que o levaram a admitir a veracidade dos fatos que embasaram sua decisão. Compete-lhe, ao decidir, indicar os elementos probatórios formadores de sua convicção, de modo que a sentença guarde coerência lógica com a prova constante dos autos.

O patamar a que chegamos e que se estabelece até os dias atuais é o do livre convencimento racional do juiz. Não importa o número de testemunhas, tampouco a qualidade formal da prova, mantendo-se o juiz desprendido para julgar consoante os

movimentos de sua consciência, apoiada no direito vigente, desde que apresente seus fundamentos racionais. Suas razões de decidir. Os motivos pelos quais, do vasto campo de possibilidades que se espraia no universo do ordenamento, porque aplicou esta, mas não aquela, porque se afetou por este princípio, superando aquele outro (MAIOR e FAVA, 2013).

Invocando Kelsen, Camejo Filho (2005, p. 19) proclama que o juiz, ao interpretar, primeiro determina as diversas hipóteses possíveis por meio das quais o direito se revela - a denominada moldura da norma. Depois, mediante um ato volitivo, simplesmente escolhe uma das possibilidades jurídicas visualizadas e aplica ao caso concreto. Em seguida, o autor aduz que o mesmo fenômeno ocorre quando o juiz interpreta ou analisa o acervo probatório constante dos autos, em que, diante de diversos caminhos a serem seguidos, opta, escolhe, um deles, criando a versão definitiva dos fatos e excluindo todas as demais.

Aludido retorno a Kelsen, a propósito, explica o tema da discricionariedade judicial em grande parte, digno de nota, por guardar relação com o tema da liberdade decisória, decorrente da independência judicial. Trata-se de saber se o ordenamento autoriza os julgadores a, diante de casos concretos determinados, escolherem, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, a decisão a ser adotada.

Barbosa Moreira, citado por Lopes (2008, p.94) admite a discricionariedade judicial, argumentando que a lei, em algumas situações, confere a quem tenha a função de aplicá-la o poder de, em face de um caso concreto, atuar ou abster-se. Ou, então, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência a ser adotada, mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. Essa possibilidade de escolha se denomina poder discricionário e, consoante o jurista em apreço, não apenas a atividade administrativa se vê autorizada a exercê-la, como também o juiz em muitas situações autorizadas pelo ordenamento.

No mesmo rumo, Miranda, citado por Lopes (2008, p.94) defende que o poder discricionário se insere no rol de poderes dos juízes, conferindo-lhes a faculdade de valorar a conveniência e a oportunidade da ação a ser tomada, bem como do conteúdo dessa ação. Assim, também, Sausen (2007, p. 62), assevera ser “inquestionável que a atividade judicial carrega uma certa dose de discricionariedade, de uma possível escolha entre duas ou mais opções, enfim, de algum subjetivismo, pois que se mostra intangível a previsão antecipada em lei de todas as situações de conflito”.

Representativas e suficientes à compreensão da questão são as palavras de Engisch, citado por Sausen (2007, p. 67):

O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir - na minha opinião é mesmo de

admitir - a existência da discricionariedade no seio de nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será havida como sendo a melhor e a justa.

O presente trabalho parte da premissa de que o julgador não é livre para apreciar o acervo probatório produzido no processo, tampouco pode se valer de um juízo discricionário no momento da decisão. As razões para esse posicionamento, no entanto, apenas serão analisadas no terceiro capítulo.

2.6 A independência judicial para os defensores de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil

Por todo o exposto neste capítulo, é intuitivo que muitos juristas partidários da concepção de que o juiz deve ser livre para julgar, apreciar a prova ou escolher entre vários caminhos jurídicos, segundo um juízo discricionário, são frontalmente contrários às tentativas de se instituir um sistema de precedentes no direito brasileiro. Para eles, a depender do ponto de vista adotado, a imposição de entendimentos enunciados em precedentes minaria a independência interna da magistratura, a independência jurídica ou decisória dos juízes, ou o livre convencimento motivado.

De outro vértice, os defensores dos precedentes obrigatórios ora argumentam que esses não afrontam a independência judicial, que independência inexistente nos termos em que oposta aos precedentes ou, então, que diante dos benefícios de um sistema de precedentes, a independência judicial, admitida como existente e colidente com o sistema precedentalista, deveria ser parcialmente mitigada.

Com efeito, Marinoni (2013, p. 62-63) preleciona como uma patologia ou um equívoco arraigado no *civil law* a suposição de que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, sob o subterfúgio de que essa vinculação interferiria no seu livre convencimento e na sua liberdade de julgar. Para o autor, trata-se de grosseiro mal entendido, que nega a decisão como resultado de um sistema e a coloca como algo construído de forma individualizada, pela vontade do julgador. Então, de maneira incisiva, arremata:

É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que

faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário.

Trilhando o mesmo caminho, Cambi e Brito (2013, p. 1002) colocam como enganosa a tese de que os precedentes vinculantes aniquilariam a independência judicial. Entendem que não se pode confundir liberdade para decidir e arbitrariedade, de modo que o juiz é livre para decidir conforme o Direito, não havendo nada de mal em se lhe impor a exegese do texto legal e constitucional fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, segundo os autores, essa imposição decorre do próprio sistema, em que cabe ao referido tribunal, precipuamente, a guarda da Constituição.

Santos (2012, p.192) define como curiosa a reação de alguns juristas contra a instituição dos precedentes vinculantes. Acentua que é uma ofensa ao Judiciário a afirmação de que o juiz perderia sua independência e os economicamente “mais privilegiados” passariam a ditar os entendimentos. Segundo ele, estar-se-ia afirmando, indevidamente, que os tribunais, mormente os superiores, seriam servis, volúveis e parciais.

Chegando ao final do primeiro capítulo, poder-se-ia crer que a missão do capítulo por vir será a de simplesmente verificar se um sistema de precedentes vinculantes é contrário ou não à independência judicial e à liberdade decisória. No entanto, como se verá, esse embate faz parte de uma problemática maior e mais complexa e não poderia ser satisfatoriamente posicionado apenas com o enfrentamento dos diversos argumentos já explanados neste trabalho.

3 A COMPATIBILIDADE DO RESPEITO AOS PRECEDENTES COM A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

O quanto exposto neste trabalho até o momento sugere a existência de uma incompatibilidade entre a ideia de valorização dos precedentes judiciais e a reconhecida independência dos juízes e do Judiciário. Apontou-se, no final do capítulo anterior, que essa contraposição se apresenta de diversas maneiras no discurso da doutrina. Há os que discordam da obrigatoriedade dos precedentes, afirmando, a depender do ponto de vista, que essa prática afrontaria a independência interna da magistratura, a independência jurídica ou decisória dos juízes, ou o livre convencimento motivado. Em sentido contrário, os defensores dos precedentes obrigatórios ora argumentam que esses não afrontam a independência judicial, que independência inexiste nos termos em que oposta aos precedentes ou, então, que diante dos benefícios de um sistema de precedentes, a independência judicial, admitida como existente e colidente com o sistema precedentalista, deveria ser parcialmente mitigada.

Nesse contexto, o presente capítulo tem o desiderato de expor as premissas fundantes dos posicionamentos acima indicados, a fim de demonstrar que referida incompatibilidade apenas se sustenta a partir de visões equivocadas do papel dos precedentes e da independência judicial.

De início, pretender-se-á trazer à tona os equívocos que a prática judiciária brasileira e grande parte da doutrina têm incorrido ao tratar dos precedentes. Erros, aliás, presentes no novo Código de Processo Civil em via de promulgação. Essa abordagem inicial visa tornar claro que a discussão circundante aos precedentes se insere numa problemática maior: a da decisão judicial. Isso para dizer que é equivocado projetar na mera implantação de um sistema de precedentes a solução à multiplicidade de interpretações e à falta de previsibilidade e isonomia nos pronunciamentos judiciais.

Em seguida, buscar-se-á demonstrar os erros provindos dos posicionamentos que, baseando-se na independência do Judiciário e dos juízes, bem como na liberdade decisória destes, se colocam contrários à valorização dos precedentes. Aqui, a preocupação é identificar e rebater as posturas solipsistas arraigadas no imaginário jurídico, que, por traz dos dogmas do livre convencimento motivado, do protagonismo e da discricionariedade judicial, do papel “libertário” dos juízes, entre outros, pretendem fazer do direito aquilo que cada julgador entende que ele seja.

A terceira parte do capítulo será destinada a analisar quatro decisões judiciais representativas de diversos problemas encontrados na utilização de precedentes pelo Judiciário brasileiro.

Por fim, a última parte do capítulo tem como escopo comprovar a possibilidade de convivência do respeito aos precedentes com a independência judicial, contanto que se reconheça a autonomia do direito a partir do paradigma constitucional vigente. Neste ponto culminante das reflexões do trabalho em apreço, intenta-se balizar os dois extremos em que a valorização dos precedentes pode se apresentar: de importante instrumento à coerência e à integridade do direito, bem como à concretização de direitos constitucionais, a mera técnica uniformizadora de discursos políticos e econômicos hegemônicos, despontando-se, nesse caso, como um risco à democracia.

Todas essas ponderações, é preciso dizer, serão feitas, precipuamente, a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*, desenvolvida e capitaneada no direito brasileiro por Lenio Luiz Streck. Adotando esse referencial teórico, assumir-se-á o compromisso de evitar “mixagens” com teorias calcadas em paradigmas filosóficos diversos e, quando da aproximação com essas, promover-se-á a adequada identificação do “lugar” de onde se está falando.

3.1 O caráter produtivo da interpretação de precedentes e os equívocos das tentativas de uniformização jurisprudencial forçada

Este tópico tem por objetivo apontar as falhas no manejo dos precedentes no Brasil, desde a prática judiciária, passando pela doutrina e pelo atual Código de Processo Civil, e chegando ao novo diploma processual. Tudo isso, é claro, tendo em vista a pretensão maior de aferir em que medida o juiz tem “liberdade” para interpretar.

É recorrente, na doutrina que defende a instituição de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil - ver, por todos, Cambi e Brito (2013, p. 1002) - o pressuposto de que, se texto e norma não são a mesma coisa e se, a partir disso, diferentes normas podem ser retiradas do mesmo texto - causando imprevisibilidade e quebra da isonomia, então seria preciso eleger intérpretes autorizados que definissem “o” sentido adequado a se atribuir a um texto jurídico.

Dessarte, necessário se faz afirmar o quão equivocado é pensar que compreender e interpretar (hermenêutica) normas derivadas de precedentes exige mais ou menos esforço do julgador que o despendido na interpretação de dispositivos de lei ou da Constituição (ABBOUD e STRECK, 2014, p.111-113). Como se verá, cogitar a utilização séria de precedentes no Brasil, com vistas à formação de tradição constitucional autêntica, coerente, íntegra e autônoma, implicará reconhecer que a complexidade da atividade hermenêutica não é em nada simplificada a partir do uso de precedentes. Para concluir de forma diversa, somente se, por ingenuidade, sob a desculpa da “eficiência” (ROSA, 2012, p.137) ou por não se atentar à problemática da qualidade das decisões (ABBOUD e NERY JR., 2011, p.487), se defender que trabalhar com precedentes é conferir “interpretação autorizada” a tribunais de cúpula e relegar ao resto do Judiciário a tarefa de julgar mediante ementários de jurisprudência que nada mais são que capas de sentido acopláveis a novos casos (RAMIRES, 2010, p.30).

Essas considerações servem, ademais, para assentar o entendimento, adotado neste trabalho, de que o respeito aos precedentes no direito brasileiro não colide com a “liberdade” decisória dos juízes. Não se trata de defender a vinculação hierarquizada de entendimentos, tampouco referida liberdade. Os juízes não são livres para decidir (STRECK, 2013, p.117-120), mas o que deve limitá-los, como se verá à frente, não são os tribunais hierarquicamente superiores, mas sim a circularidade hermenêutica, a tradição, os processos de intersubjetividade, tudo a se construir a partir do paradigma constitucional, democrático e compromissório vigente, em que os precedentes têm sim papel importante.

Observe-se, a partir de agora, por que é equivocado imaginar que a interpretação de precedentes é mais fácil que a realizada sobre a legislação. Registre-se, de plano, que isso nos levará, inexoravelmente, a duas conclusões: a) atribuir sentido a um dispositivo de lei ou a um precedente não é uma tarefa mecânica e estanque (ABBOUD e STRECK, 2014, p.33-34), que possa ser feita previamente por um “intérprete autorizado”, no caso da lei, e automaticamente reproduzida, no caso dos precedentes; b) como consequência da primeira constatação, poder-se-á dizer que a simples utilização deste “novo” instrumento não é apta a garantir a previsibilidade e a isonomia tão propalada pelos defensores da instituição de um sistema de precedentes no direito brasileiro (ABBOUD e NERY JR., 2013, p.486-487).

Começemos pelo ponto “a”. Grande parte da doutrina, da praxe judiciária e dos instrumentos legais vigentes e em via de promulgação (novo CPC), no que toca à aplicação de

precedentes no Brasil, estão calcados num raciocínio duplamente paradoxal. A primeira face da contradição é apontar o fracasso do exegetismo e tentar combater a fragmentação das decisões com mais enunciados conceituais pretensamente universais e voltados ao futuro. Isso precisa ser explicado melhor.

Mesmo durante o auge do exegetismo francês e de sua versão alemã, o pandectismo (jurisprudência dos conceitos), já se percebia que os códigos não cobriam a realidade (OLIVEIRA, 2011, p.43). Diante disso, visando afastar as influências estranhas à pureza jurídica pretendida pelo positivismo e, ao mesmo tempo, resolver o problema da interpretação, referidos movimentos buscaram estabelecer rigorosa conexão lógica entre os signos que compunham os códigos, de modo que o quadro conceitual complexamente formado desse conta de todas as hipóteses da realidade prática. Streck (2012, p.32) relata esse primeiro momento do positivismo e o denomina de sintático.

Posteriormente, surge o denominado positivismo normativista para aperfeiçoar os métodos de trabalho do aludido positivismo legalista ou exegetico, justamente quando o modelo de interpretação apregoado por este já se encontrava frouxo e desgastado, desfalecendo em face do crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola de Direito Livre. Nesse contexto, vem Kelsen para reforçar o método analítico proposto pelos pandectistas da Jurisprudência dos Conceitos, mantendo o direito, como ciência, no campo da sintática, mas propondo que a interpretação jurídica, a decisão judicial, fosse um problema semântico (OLIVEIRA, 2011, p.44-45). Aqui, aparece a famosa “moldura da norma” kelseniana, um espaço onde o intérprete se movimenta, mediante um ato de vontade, a fim de contornar a polissemia dos signos linguísticos (STRECK, 2012, p.33).

Em Kelsen, a liberdade concedida ao juiz para atuar no quadro semântico da norma é o reconhecimento de que a interpretação jurídica está sujeita a subjetivismos de toda ordem, “desvio” esse impassível de ser corrigido segundo o autor austríaco. Escolhendo fazer ciência no âmbito das proposições jurídicas teóricas (semântica e sintática) e propondo que a interpretação se desse apenas no âmbito semântico, a realização concreta do direito, a pragmática, foi relegada por Kelsen a um segundo plano, o da discricionariedade do intérprete (STRECK, 2012, p.33-34).

Olhando mais a fundo, é possível verificar que esses dois momentos do positivismo, no tocante à interpretação, se posicionam sobre dois paradigmas filosóficos distintos: o

exegético na metafísica clássica (aristotélico-tomista) e o normativista na metafísica moderna (filosofia da consciência). Enquanto o primeiro pensava que os códigos e seus signos continham a realidade, essências e sentidos, que estariam em algum lugar do sistema e poderiam ser buscados pelo intérprete (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.752), o segundo apostava - ainda aposta, na verdade - na discricionariedade do julgador, no subjetivismo que constrói normas (MOTTA, 2012, p.32).

Ocorre que, no século XX, a ruptura promovida no campo filosófico pelo “giro ontológico-linguístico”, em que a linguagem deixa de ser um mero caminho entre o sujeito e o objeto para ser ela mesma condição de possibilidade de qualquer tipo de compreensão (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p.89-90), põe em xeque referidos modelos de positivismo calcados nos paradigmas filosóficos anteriores. A filosofia da linguagem vem ao palco não apenas para dizer que os problemas filosóficos são linguísticos, mas - e isso é de fundamental importância para este trabalho - para promover o ingresso do mundo prático na filosofia. Descobre-se que, para além de qualquer análise lógico-analítica, há sempre uma dimensão prático-pragmática a ser considerada (STRECK, 2013, p. 14).

No direito brasileiro, aludido paradigma filosófico embasa a denominada Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida e capitaneada por Lenio Luiz Streck¹⁵ como um novo estilo de abordagem filosófica no plano do conhecimento jurídico. O jusfilósofo há muito tempo vem denunciando os equívocos do modo de interpretar positivista, que continua mais vivo do que nunca no imaginário dos juristas brasileiros.

Valendo-se das frases-chave de Heidegger, “a palavra é a morada do Ser” e de Gadamer, “ser que pode ser compreendido é linguagem”, Streck (2009, p.209) e Castanheira Neves (2013, p.89) explicam que o acesso a algo somente é possível para quem tem linguagem ou condições de fazer a nomeação desse algo, o que se coloca como condição necessária para a compreensão. Assim, não há mais sentido em se perguntar sobre a efetiva existência do ser ou sua essência, pois algo só “é” enquanto compreendido/sentido/interpretado. “Isso porque é pela linguagem que, simbolizando, compreendo; logo, aquele real, que estava fora do meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser realidade” (STRECK).

¹⁵ Nesse sentido, ver, dentre outras obras do autor: *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Em outros termos: estamos insertos no mundo, mas esse apenas aparece (como mundo) na e pela linguagem. “Algo só é algo se podemos dizer que é algo”. Ademais, essa capacidade de dizer é mediada, capitaneada e limitada pela linguagem (STRECK, 2009, p. 210). Por fim, “o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm, as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas” (CASTANHEIRA NEVES, 2013, p.89).

Partindo desse pressuposto e voltando-se ao universo jurídico, a Crítica Hermenêutica do Direito vai mostrar os equívocos do modelo de interpretação de matiz objetivista, meramente reprodutivo, que trabalha com a possibilidade de aferição de conceitos ensimesmados das palavras da lei por um sujeito cognoscente (STRECK, 2009, p.184). As palavras e, assim, os textos de lei, os precedentes e as súmulas não contêm essências, tampouco a realidade. Não é possível ao intérprete extrair “o” sentido de qualquer desses textos, transportando-a abstratamente a sua mente e dela formando um conceito geral, universal, aplicável a futuros casos por um raciocínio lógico (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.753-761).

É aqui, justamente, que reside a primeira face do raciocínio duplamente paradoxal mencionado antes, aplicável aos posicionamentos que propugnam a vinculação a precedentes judiciais mediante a manutenção das práticas decisórias atuais, com a simples “delegação” do poder de interpretar aos tribunais superiores. Ora, o positivismo exegético (França) e o da Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha) - calcados na metafísica clássica - acreditavam na existência de sentidos ontologicamente escondidos no texto da lei, a que os intérpretes teriam acesso direto (coisas do tipo *mens legis* e *mens legislatoris*) (STRECK, 2008, p.169). Atualmente, sabe-se que texto e norma não são a mesma coisa, bem como que os intérpretes realizam atividade produtiva ao atribuírem *sentido* aos textos. Esses dois fatores, inclusive, são fundamentos das teses que defendem a aplicação de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

Agora, vêm as perguntas: após essa atividade produtiva de atribuição de sentido ser realizada por um tribunal superior sobre determinado dispositivo de lei, por exemplo, as interpretações posteriores do mesmo texto legislativo serão meramente reprodutivas? E as interpretações posteriores do precedente que aplicou esse dispositivo de lei serão automáticas, mecânicas? O precedente não é um texto que, como qualquer outro, também se diferencia da

norma que dele se pode “extrair”? Por fim, defender que um determinado tribunal atribua ou escolha “o” sentido a/da lei, que deverá ser “seguido” reprodutivamente pelos outros órgãos do Judiciário não é incidir, paradoxalmente, nos mesmos equívocos do positivismo clássico que confundia texto e norma e buscava “a” essência, “o” sentido da lei - e agora também seria “o” sentido do precedente?

Se os enunciados da lei não conseguem aplicação automática e indiscutível em todos os casos práticos submetidos à decisão judicial, por que isto aconteceria com os enunciados jurisprudenciais sumulados pelos tribunais superiores? Acaso os juízes teriam alcançado o milagre que os legisladores confessadamente se revelaram impotentes de conseguir? (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.770).

Começemos, com Abboud e Streck (2014, p.52), afirmando que “não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação” e que essa é sempre produtora de sentidos, jamais reprodutora. Desde Gadamer, sabe-se que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível ao intérprete se igualar ao leitor originário, sobrepondo o sentido jurídico atual ao primevo (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.754). Isso porque o paradigma da linguagem rompe com a possibilidade de saberes reprodutivos, tornando claro que a tarefa de interpretar o texto constitui uma atribuição de sentido, que é, por natureza, criativa.

O caráter criativo da interpretação, ademais, está umbilicalmente ligado ao fato de que a compreensão sempre dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete, que lhe colocarão em uma denominada situação hermenêutica - num determinado lugar de observação. São elas o *locus* da pré-compreensão, que é condição de possibilidade para qualquer interpretação. Em outros termos e ao contrário do que comumente se pensa: só interpreto se compreendo e só compreendo se tenho pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia, visão prévia e concepção prévia, que já une todas as partes (ou textos) do sistema. “Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição)” (STRECK, 2009, p.218).

A faticidade e a historicidade como indutoras do caráter produtivo da interpretação também estão presentes na doutrina de Konrad Hesse, citado por Streck (2009, p.223), ao afirmar que o teor da norma apenas se apresenta no ato interpretativo de sua concretização. Essa concretização, segundo Hesse, pressupõe sempre uma compreensão que, por sua vez, pressupõe uma pré-compreensão. Desta forma, o autor demonstra gadamerianamente como a concretização está condicionada à compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual

não se desvincula nem da pré-compreensão do intérprete, tampouco do caso concreto a ser solucionado.

O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seu conhecimento e seus pré-juízos (HESSE *apud* STRECK, 2009, p.223).

Neste ponto, a hermenêutica - a de cunho filosófico e não a tradicional, reforça-se - vai ao encontro dos aportes da semiótica jurídica, em sua matriz pragmática (MARRAFON, 2011, p.79), na medida em que ambas irão enfatizar a importância dos fatos, do mundo concreto, dos contextos em que os textos normativos ganham sentido, em superação às posturas objetivistas e reprodutivas, que buscam essências nos textos jurídicos - vide o positivismo clássico, resguardado ao mundo teórico (semântica e sintática) (STRECK, 2009, p.194). Referir-se à pragmática jurídica, outrossim, é pertinente para se frisar que não há clareza que dispense interpretação (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.753). As palavras não se dividem em categorias do tipo “vagas” e “precisas”, em que o significado destas seria concebido automaticamente. A partir de Wittgenstein, ressalta Streck (2008, p.171), sabe-se que é o contexto de uso que determina o sentido de um texto.

Para que não se afirme a impertinência dessas digressões pragmáticas, frise-se que, por se realizar uma análise estritamente semântica dos signos jurídicos, vem se sustentando, que a “abertura” do direito promovida pela proliferação de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e princípios seria uma das razões para se instituir um sistema de precedentes vinculantes no Brasil. Entretanto, paradoxalmente, grande parte dos juristas defende ser possível uniformizar a interpretação de leis a partir da cúpula do Judiciário, de modo que precedentes, súmulas e decisões proferidas na sistemática dos recursos repetitivos (artigos 543-B e 543-C¹⁶ do atual CPC e 1049 do projeto do novo código¹⁷) poderiam ser adequadas e automaticamente reproduzidas independentemente dos contextos de uso - pragmática, em que se situam as especificidades do caso concreto - e, magicamente, alheios a problemas de degradação semântica que certamente se colocarão, assim como nas leis, nos enunciados de referidas manifestações do Judiciário.

¹⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm Acesso em: 27 de maio de 2014.

¹⁷ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A/2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=989884CFEB7CA80204CA561AF1F2597F.proposicoesWeb1?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010 Acesso em: 04 de junho de 2014.

Atente-se, doravante, como essas considerações hermenêuticas e o pequeno aporte da pragmática se coadunam com a doutrina do *stare decisis* e o modo de se interpretar precedentes no *common law*. Nesse ponto, reside a segunda face do raciocínio duplamente paradoxal, referido no início deste tópico, que incide a parte da doutrina defensora de um sistema de precedentes no Brasil em que um(ns) tribunal(is) atribui(em) “o sentido” de um dispositivo de lei e o restante do Judiciário o reproduz automaticamente em outros casos semelhantes.

Também no *common law*, o precedente é um texto e, como tal, não é norma, de modo que sua aplicação não se dá automaticamente (ABBOUD e STRECK, 2014, p.33). Com efeito, verifica-se que a decisão proferida por uma Corte do *common law* é documentada em um acórdão, assim como no Brasil, que contém a *opinion of the court*. No entanto, partindo-se da *opinion*, é preciso definir o que constitui a *ratio decidendi* (ou *holding*) e o *obiter dictum* (ou *dictum*) do precedente (RAMIRES, 2010, p.68), tarefa nada simples como visto no item 1.3 deste trabalho. Veja-se que já no século XVII se discutia sobre a distinção entre referidas partes do precedente (MARINONI, 2013, p.231), não havendo até hoje consenso sobre a questão (RAMIRES, 2010, p.69-70).

Neste contexto, parece incongruente o posicionamento de Marinoni (2013, p.221), ao reconhecer a ausência de acordo no *common law* no tocante à definição de *ratio decidendi* ou a um método capaz de identificá-la e, ao mesmo tempo, aduzir que “seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado” e não apenas aplicado por analogia. Observem-se as colocações do insigne jurista:

É fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação de sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso [...] É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia.

Embora o autor afirme, inicialmente, que a interpretação não busca “revelar” o conteúdo do texto do precedente, na sequência de sua explanação, ao defender que o momento interpretativo busca identificar/delimitar os extratos formais (*binding effect*) e não o conteúdo expresso pela *ratio*, deixa transparecer uma nítida visão metafísica sobre a aplicação dos precedentes. Com efeito, a partir do excerto citado, poder-se-ia concluir que é possível

buscar a *ratio* contida num precedente, sem interpretá-la, e reproduzi-la em casos futuros (analogicamente = reprodutivamente).

Tendo em vista os pressupostos hermenêuticos adotados neste trabalho, não há como se concordar com essas proposições. De plano, porque, assim como a lei somente ganha sentido no momento de sua concretização, a *ratio decidendi* do precedente também se refere à resolução de um determinado caso concreto, não sendo elaborada para resolver casos futuros (ABBOUD e STRECK, 2014, p.33-34; RAMIRES, 2010, p.70). Bem por isso, a tarefa de interpretar precedentes e estabelecer seu alcance a casos posteriores é reconhecidamente um problema para os juristas do *common law*. Afinal de contas, “uma resposta não pode ser dada para responder a outras perguntas que não a sua própria” (RAMIRES, 2010, p.70).

Dworkin, citado por Streck (2008, p.166), anota que houve um período nos direitos inglês e norte-americano, entre o final do século XIX e início do século XX, em que os tribunais tentaram desenvolver uma técnica de aplicação de precedentes de modo que fosse possível retirar do *case* uma regra específica, abstrata e aplicável dedutivamente a casos futuros. Todavia, prossegue Dworkin, a tendência em tela foi logo suplantada pela tradição que continuou a trabalhar com o precedente da forma que ele sempre foi articulado: como decisão voltada a resolver um caso concreto. Quer dizer, “não cabe ao *leading case* determinar sua aplicação aos casos futuros, mas sim os casos futuros é que vão estabelecer qual a medida de relevância do caso que gerou o precedente” (STRECK, 2008, p.166).

Ademais, conceber que qualquer texto normativo (legislação ou precedente) apenas ganha sentido quando em referência a um determinado caso concreto implica dizer que a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a novo caso dependerá de nova atribuição de sentido, mediante um ato interpretativo e, conseqüentemente, criativo. A *ratio decidendi* não é uma regra abstrata (SOARES *apud* RAMIRES, 2010, p.70), pré dada, à espera do resultado de um método analógico que procura padrões de identificação entre casos independentemente de uma regra jurídica referencial. Em outros termos: não é possível cindir questões de fato e questões de direito (STRECK *apud* RAMIRES, 2010, p.71). A *ratio* somente ganha sentido diante de um caso concreto e a comparação entre casos apenas é possível segundo um parâmetro (a *ratio*).

De outro vértice, a proposta de aplicação de precedentes por analogia, desconsiderando o elemento interpretativo e o conteúdo da *ratio*, não explica de que modo se

opera o *overruling* e o *overriding* quando os padrões de identificação dos casos continuam iguais. Também não esclarece quando o intérprete pode distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) um precedente ante casos similares em tese. Parece, por fim, até estranha em face de um sistema sugestivamente conhecido por *judge-made law* (RAMIRES, 2010, p.73).

Evidentemente, precedentes são interpretados. E o que deve ficar claro por ora é que essa atividade interpretativa não é menos complexa ou mais certa que a interpretação da lei. A *ratio decidendi* de um precedente, justamente porque voltada a resolução de um caso determinado, não se aplica automaticamente a casos futuros, mesmo porque a própria identificação da *ratio*, como visto, tem sido um problema para o *common law* desde o século XVII.

O problema da determinação da *ratio*, obviamente, perpassa a correta análise dos fatos apreciados no precedente, tanto que a tese de Goodhart (item 1.3.2 deste trabalho), destacada por Marinoni (2013, p.223) como a tese que embasou, após sua publicação em 1930, todas as investigações sobre o tema no *common law*, dá especial ênfase à identificação dos fatos tratados como materiais ou imateriais pelo juiz para decidir a causa. É certo, também - ver o item 1.3.3 supra, que as especificidades fáticas serão determinantes no momento da confrontação de precedentes passados com o caso a se decidir (*distinguishing*), a fim de se verificar a extensão de alguma *ratio* pretérita ao novo caso e a possibilidade de se estar diante de um *leading case*. Vale dizer, a comparação fática entre o caso passado e o caso presente torna complexa e dificultosa não apenas a identificação da *ratio* como a realização - e não há porque concluir o contrário - do *distinguishing*.

A tarefa de interpretar os precedentes e estabelecer o seu alcance para casos futuros é reconhecidamente um problema que enfrentam os juristas do *common law* (assim como os juristas do *civil law* sempre se preocuparam com a interpretação da lei), o que torna mais ingênuo que se procure citar precedentes no Brasil sem qualquer questionamento da mesma ordem, como o de perguntar sobre o que é necessário e o que é circunstancial em um julgado pretérito (RAMIRES, 2010, p.70).

De outro lado, observou-se no item 1.3.4 desta monografia que, para se realizar o *overruling*, é necessário que se verifique uma das seguintes situações: (i) quando ocorre a obsolescência ou desfiguração do precedente; (ii) quando o precedente se mostra injusto, incorreto ou equivocado; (iii) quando se revela praticamente inexecutável; (iv) quando deixa de atender aos padrões de congruência social ou passa a negar proposições morais, política e

de experiência; e (v) quando não tem consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com outras decisões ou com novos dispositivos legais.

Além de afirmar que a superação de precedentes mediante a verificação de aludidos requisitos autorizadores depende de atividade complexamente interpretativa e, como tal, criativa, cabe questionar se, uma vez importada a teoria dos precedentes em sua inteireza para o Brasil, a interpretação dessas situações será menos dificultosa que a encontrada diante de princípios, cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados? Parece que não.

Tudo isso serve para que se ligue o alerta no tocante à aplicação de precedentes no Brasil. Respeitar julgados passados e dialogar com o *stare decisis* do *common law* não quer dizer instituir um sistema fechado, rígido, em que tribunais hierarquicamente superiores decidem, “escolhem” sentidos para leis e são reprodutivamente seguidos pelo restante do Judiciário. Esse tipo de proposta, além de colocar de lado o problema da qualidade da decisão judicial (ABBOUD e STRECK, 2014, p. 16-18), ainda afronta a previsibilidade e a isonomia justamente sob o argumento de garanti-las (BAHIA, NUNES E THEODORO JR., 2011, p. 744-746).

Atentos ao problema e com muita propriedade, Bahia, Nunes e Theodoro Jr. (2011, p. 744-746) apontam, de plano, que o Judiciário julga causas e não teses. O aviso é válido, prossegue-se com os autores, em face das incessantes reformas processuais que têm buscado uniformizar a jurisprudência a qualquer custo, supondo que seja possível estabelecer “*standards* interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos pelos tribunais de “maior” hierarquia. Esses julgariam apenas “teses” ou “temas”, abstraindo-se das especificidades dos casos, e as decisões tomadas seriam replicadas no julgamento de casos “iguais” pelos órgãos judiciários inferiores.

Ainda com os mesmos autores (2011, p.745-747), esclareça-se que a igualdade, que subjaz a proposta de instituição de um sistema de precedentes no Brasil, há muito tempo deixou de ter um conteúdo somente negativo (a isonomia) e passou a apresentar, também, uma dimensão positiva, vale dizer, o direito à diferença. Dessarte, afronta-se a igualdade quando casos substancialmente semelhantes são julgados de maneira diversa e, também assim, quando casos diferentes são julgados da mesma forma.

Tendo em vista o exposto até aqui, mais algumas conclusões parciais podem ser apresentadas, estabelecendo pressupostos para as considerações que virão no próximo tópico.

Desde o século XVII (ver item capítulo 1.3), com o método experimental de Robert Boyle, passando por Matthew Hale e Edward Coke, a doutrina dos precedentes se estruturou de forma essencialmente prática, casuística, de modo que a validade dos princípios jurídicos dependia da verificação e validação dos membros da comunidade (ABBOUD e STRECK, 2014, p.41). Atualmente, mais de 300 anos depois, a importância dada aos fatos e à individualidade de cada caso, certamente, é algo que não mudou. A aplicação de precedentes no *common law*, como visto, não se dá mediante a abstração de “teses” a serem aplicadas dedutivamente a casos futuros. No Brasil, por outro lado, pode-se dizer que a atual utilização de ementários de jurisprudência como fonte de direito, perpassando as teses que defendem a simples vinculação hierárquica, automática e reprodutiva de entendimentos - teses que se projetam no novo CPC, mais se aproxima de uma espécie de “neopandectismo” que do *stare decisis* do *common law* (ABBOUD e STRECK, 2014, p.33-34).

Caminhando ao final, frise-se, pela importância fulcral que têm para este trabalho, as afirmações de que a atividade interpretativa envolvendo precedentes no *common law* é tão complexa e criativa quanto a exercida sobre a lei no *civil law*; e que a aplicação de um precedente em casos futuros não é determinada pelo seu julgador e sim pelos julgadores dos casos futuros. Elas já demonstram - e isso será mais bem analisado adiante - que o respeito aos precedentes, visto que não há uma imposição pré-determinada de regras, não barra a atribuição de sentido pelos juízes. Por fim, sugerem - na verdade, com Abboud e Nery Jr. (2013, p.486) pode-se dizer que comprovam - que o *common law* também se sujeita à falta de previsibilidade e isonomia ante decisões judiciais, e nem por isso cogitou ser viável e legítimo instituir em sistema burocrático e inexorável de reprodução de normas jurídicas.

3.1.1 O precedente judicial no Código de Processo Civil projetado

De maneira geral, tudo que já foi dito nesta seção se aplica ao projeto do novo Código de Processo Civil¹⁸. Outras implicações do novo diploma, mormente no tocante à

¹⁸ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A/2010, oriundo do Senado Federal (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=989884CFEB7CA80204CA561AF1F2597F.proposicoesWeb1?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010 Acesso em: 04 de junho de 2014.

independência judicial, serão tratadas oportunamente. Por isso, cabem, neste espaço, apenas algumas considerações pontuais.

A tentativa de se instituir um sistema de precedentes por meio do NCPC é mais uma demonstração da problemática crença brasileira de que as falhas do direito são solucionáveis pela mera alteração de leis (BAHIA, NUNES e THEODORO JR. 2011, p.754). No caso dos precedentes, a situação se torna mais emblemática quando se verifica que o *stare decisis* do *common law* não surgiu e se consolidou repentinamente, mas foi resultado do desenvolvimento histórico da experiência jurídica dos países que o adotam, inexistindo regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de seguimento das decisões passadas (ABBOUD e NERY JR., 2013, p.489).

A propósito, chama atenção a redação do artigo 520 do novel diploma, ao prescrever que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Nesse contexto, lembre-se que Ronald Dworkin, renomado jurista do *common law*, desenvolveu sofisticada tese tratando da integridade e da coerência do Direito justamente para combater a discricionariedade judicial e a segurança jurídica que, obviamente, não são estranhas àquele sistema jurídico (ABBOUD e NERY JR., 2013, p.486). O mais curioso é que, para Dworkin, o sistema jurídico deve “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos pontos de conflito” (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.754). Enquanto isso, os mentores do NCPC pressupõem que a integridade e a coerência da jurisprudência e, por que não, do direito brasileiro advirão de uma previsão legislativa.

Agora, observe-se o disposto no art. 521, caput, incisos e alíneas do projeto:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

O que há de comum em todos esses dispositivos é a premissa de que seja possível e legítima a fixação de decisões piloto pelos Tribunais Superiores, a serem reproduzidas mecanicamente por juízes, e tribunais de segunda instância. Além de se apostar no mito do dado, numa essência atingível automaticamente pelos intérpretes (ABBOUD e STRECK, 2014, p.52-55), ignora-se que a força vinculante de um precedente no *stare decisis* apenas é determinada pelas decisões futuras que lhe atribuem essa condição. Quer dizer: não é a própria decisão que define sua força vinculante, tampouco uma regra legislativa prévia.

Nos parágrafos terceiro¹⁹ e quarto²⁰ do referido art. 521, é possível visualizar a tentativa de definir, de maneira antecipada e com a generalidade e abstração ínsita às regras legislativas, o que virá a constituir a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* nos precedentes (ver item 1.3.2). Obviamente, a aplicação destes dispositivos dependerá de grande maturação doutrinária e jurisprudencial, tendo sempre em vista que, no próprio *common law*, não há consenso até hoje sobre a determinação da *ratio/holding* de cada decisão. Espera-se, assim, que essa complexa tarefa não seja omitida e “solucionada” por mais ementários de jurisprudência, pretensamente universais e voltados ao futuro, do tipo: “*o argumento X constitui fundamento determinante quando acontecer isso ou aquilo*”.

Fechando estas curtas digressões sobre o NCPC, cabe destacar a correspondência dos parágrafos quinto²¹, sétimo²² e décimo²³ do art. 521, com os mecanismos operacionais do *stare decisis*, respectivamente: o *distinguishing*, o *overruling*, e o *overruling* com modulação de efeitos: *retrospective* e *prospective overruling*. As mesmas considerações feitas no tocante à determinação da *ratio/holding* são aplicáveis aqui. Vale dizer, a previsão legislativa dessas técnicas não passa de um ponto de partida para o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial do assunto.

¹⁹ § 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

²⁰ § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

²¹ § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

²² § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

²³ § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

Por derradeiro, é preciso reconhecer - com todas as ressalvas feitas no decorrer deste trabalho, que, se é equivocado pensar que o NCPC instituirá, da noite para o dia, o *stare decisis* no Brasil, tem o novo diploma o mérito de, se bem aplicado, dar o pontapé inicial numa cultura jurídica que preze pela coerência e integridade do direito.

3.2 O solipsismo do intérprete como causa da fragmentação das decisões judiciais

Conforme visto anteriormente, extensa parcela da magistratura se opõe à introdução de um sistema de precedentes no direito brasileiro, alegando que essa “inovação” afrontaria a liberdade decisória do juiz, o princípio do livre convencimento motivado e a própria independência judicial, em suas facetas interna e externa, institucional e funcional. A relação entre respeito aos precedentes e independência judicial será tratada em momento oportuno. Importa, por ora, analisar os outros pontos.

Na seção anterior, pontuou-se a sustentação filosófica por trás do positivismo clássico e do positivismo normativista. Argumentou-se que o primeiro se ligava à metafísica clássica (aristotélico-tomista), por acreditar na existência de essências nos textos e conceitos legais, que poderiam ser procurados e encontrados pelo intérprete. De certa forma, esse tipo de raciocínio ainda continua presente no direito brasileiro, quando os juristas dizem estar em busca da vontade do legislador ou da vontade da lei (STRECK, 2009, 96-100) ou, então, no modo como súmulas e verbetes jurisprudenciais (que nada têm a ver com os precedentes do *common law*) muitas vezes são utilizados, como se conceitos pudessem carregar a substância dos fenômenos (STRECK, 2013, p.59).

Quando se tratou do positivismo normativista, por outro lado, afirmou-se sua forte ligação como o paradigma filosófico da metafísica moderna (filosofia da consciência), elo que pode ser representado pela “moldura” da norma kelseniana, em que o intérprete teria um espaço - discricionariedade - para se movimentar nas possibilidades semânticas dos signos jurídicos. Destaque-se, para não causar mal entendidos, que a pureza do direito em Kelsen não se dava no plano do direito e, sim, no nível da meta-linguagem, vale dizer, da ciência jurídica. A concretização do direito era um ato de vontade para jurista austríaco e, aqui, é que sua teoria se mostra caudatária da filosofia da consciência (OLIVEIRA, 2011, p.46-48). A partir

de agora, o que nos interessa é a imbricação entre a filosofia da consciência, a liberdade decisória dos juízes, o livre convencimento motivado e o positivismo, dentre outros fatores.

De acordo com Heidegger, citado por Streck (2013, p.60), o ponto comum que atravessa a metafísica moderna é o sujeito da subjetividade “imaneente”. Esse sujeito é o *solipsista* - egoísta, que se basta, encapsulado - e a verdade será a que ele construir a partir de sua consciência. Essa concepção filosófica, prossegue Streck (2013, p.60-61), parte de Descartes, passando por Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a Schopenhauer com a ideia extrema de *mundo como vontade e representação*. Com efeito, Blackburn, mencionado por Streck (2013, p.61), afirma que o solipsismo “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles”.

Dessarte, referir-se ao sujeito solipsista no universo jurídico é se atentar a “essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”, que se expressa, muitas vezes, nos jargões “sentença vem de sentire”, “fatos não há, só há interpretações” (STRECK, 2013, p.38;60) e que está por trás, como se verá adiante, de dogmas como a liberdade decisória dos juízes e o livre convencimento motivado. A postura solipsista, dissimulada no imaginário dos juristas, orienta desde os positivistas mais tradicionais até os componentes dos setores críticos da teoria do direito (vide item 2.2 e 2.5 supra), tendo como traço comum a ideia de mundo - e, assim também, da interpretação jurídica - como resultado das representações que realizamos a partir de nosso “feixe de sensações” (STRECK, 2013, p.61).

Em outros termos, tudo se torna relativo (OLIVEIRA, 2011, p.46-47). A discricionariedade kelseniana se fundamenta na “impossibilidade” de se estabelecer um padrão objetivo à aferição do acerto das interpretações que concretizam o direito. O vetor crítico da doutrina, assentado no relativismo filosófico (STRECK, 2013, p.38), aposta na liberdade dos julgadores para a realização da “justiça”, se necessário for, à margem do direito posto pela autoridade estatal. A apreciação do acervo probatório depende de um estado interior, projetado na consciência do juiz a partir de uma realidade cuja objetividade não é sindicável. A interpretação da lei e da Constituição, da mesma forma, dependem da relação, isolada, entre a razão do intérprete e o seu objeto de análise. Nas raízes dessa postura, como diz Gadamer, citado por Ramires (2010, p.101), o princípio fundamental formulado por Kant: “tem coragem de te servir do teu próprio entendimento”.

Em suma, se a realidade - e, aqui, o que nos interessa: o Direito, leis, precedentes, doutrina - nada mais é que um determinado ponto de vista, uma representação formada pelo intérprete por meio de seus sentidos e de sua razão, não havendo um conhecimento objetivo que possa ser aferível, então não seria lícito conter o juiz em sua liberdade, exigindo-lhe que decida num determinado sentido. “[...] é como se antes, no exegetismo, nada fosse permitido (tudo já estava dado pelas estruturas da lei); agora, nada mais será proibido ao intérprete (já que ele terá um espaço para conformar sua soberana vontade)” (STRECK, 2012, p.46-47).

Ocorre que após o giro ontológico-linguístico, já tangenciado no tópico anterior, não se pode mais acreditar que a realidade não passa de representações formadas por um sujeito isolado (solipsista). Esse paradigma filosófico já demonstrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo e que o mundo é um ambiente de significância (MOTTA, 2012, p.81-82). Vale dizer, é um espaço no qual o sentido de qualquer coisa - e isso vale para o sentido de dispositivos de lei ou de um determinado precedente - não está à disposição do intérprete e, sim, resulta de um *a priori* compartilhado, de uma experiência intersubjetiva plasmada na ideia de que a linguagem é condição de possibilidade para o acesso ao mundo (STRECK, 2013, p.61-62).

Com o giro ontológico operado por Heidegger, diz Streck (2013, p.63-64), ocorre um encontro entre teoria e prática e, ao mesmo tempo, a substituição do solipsismo subjetivista para um *contexto intersubjetivo de fundamentação*. Para se compreender essa mudança, é imprescindível explorar - mesmo que pontualmente, reconheça-se - as noções de “círculo hermenêutico”, “tradição”, “coerência” e “integridade”, destacando a aproximação que a Crítica Hermenêutica do Direito faz entre as produções teóricas de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin.

Partindo da filosofia de Martin Heidegger, comentada por Streck (2009, p.198), pode-se dizer que a existência - humana - no mundo pressupõe originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não nos é dado como um conjunto de “objetos” com os quais nos relacionamos em um segundo momento, atribuindo-lhes significados e funções. Essas funções e significados, na verdade, já vêm com as coisas, sendo que estas apenas se manifestam enquanto se inserem numa totalidade de significados de que já dispomos previamente. “O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de ideias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas”. O existir (humano) nunca é algo fechado de que se possa sair para se relacionar com o mundo,

pois “já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto”.

O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação de fantasias que o sujeito, individualmente, possa ter sobre o mundo, mas sim a articulação de uma *pré-compreensão* originária e constitutiva que esse adquire em sua relação com mundo. Existe uma dinâmica, no dizer de Motta (2012, p.48), que se coloca entre o compreendido - algo que nos chega *como* algo, uma significação mediada pela linguagem e dependente da *pré-compreensão* - e o interpretado, que já se movimenta no compreendido e dele se alimenta. “É essa ideia de conhecimento - como articulação de uma pré-compreensão (Vorverständnis) originária - que Heidegger chama de ‘círculo hermenêutico’” (STRECK, 2009, p.198).

Compartilhando muitos dos ensinamentos de Heidegger, Hans-Georg Gadamer também parte do pressuposto - como já mencionado no tópico anterior deste trabalho - de que a linguagem não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto, sendo, na verdade, condição de possibilidade para o acesso a qualquer coisa do mundo e à formação do conhecimento. Gadamer vai dizer que a interpretação sempre lança mão de conceitos prévios, que têm a tendência de ser substituídos progressivamente por outros mais adequados (STRECK, 2009, p.209-210). Este constante reprojeter, que consiste no movimento no sentido de compreender e interpretar, é utilizado por Gadamer para demonstrar a inexorável e indissociável condição histórica que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida.

O que se verifica em Gadamer, diz Streck (2009, p.212), é que “não há uma contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade”. Assim, o sentido de algo não é construído pela consciência do intérprete, mas, sim desvelado pela linguagem num determinado contexto histórico. Aqui, mais uma vez, exsurge a importância da pré-compreensão. Quando compreendemos algo, não partimos do zero, pois já temos sempre uma prévia compreensão (RAMIRES, 2010, p.95). “Desde sempre, o sujeito da compreensão já está jogado no mundo, dentro do qual as suas condições de possibilidade estão definidas (e se definem cotidianamente) na e pela linguagem”. Entendido como objeto da pré-compreensão, o legado da tradição é compulsoriamente repassado ao sujeito da compreensão através da linguagem (RAMIRES, 2010, p.96). Entretanto, nos dizeres de Heidegger, citado por Ramires (2010, p.100) “a tradição não nos entrega à coerção do passado e do irrevogável”. Transmitir significa pôr na liberdade do diálogo com aquilo que já foi (STRECK, 2009, p.212).

Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica [...] tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido [...] mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que se vai transformando a sua compreensão. Por outro lado, a história é somente uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante. Por isto, alerta Gadamer, *a redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que nele atuam* (GADAMER apud STRECK, 2009, p.213).

Segundo Gadamer, citado por Streck (2009, p.214) o encontro com a tradição feito pelo intérprete com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e o presente. “A tarefa hermenêutica consiste, então, em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, e sim em desenvolvê-la conscientemente”. O comportamento hermenêutico, por isso, está obrigado a projetar um horizonte histórico que se distinga do presente e que seja uma fase ou um momento da compreensão não limitada ao passado, mas que o considere no próprio horizonte compreensivo do presente. Dessarte, ocorre uma verdadeira fusão de horizontes na realização da compreensão: entre o horizonte presente do intérprete e o horizonte histórico que deve ser enfrentado. A essa fusão controlada, Gadamer dá o nome de “*tarefa da consciência histórico-efetual*”.

Como já visto, o ato de interpretar implica sempre a produção de um novo sentido, decorrente da consciência histórico-efetual na qual o intérprete está inserido, que, por sua vez, se origina do caráter construtivista da história. É por isso que se pode dizer que “toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico” (STRECK, 2009, p.215). Esse - o círculo hermenêutico - demonstra que a construção de um conhecimento que se pretenda objetivo, e isso vale para o Direito, obviamente, está inevitavelmente condicionada à consciência histórico-efetual e aos prejuízos nela contidos (MARRAFON, 2011, p.78).

Nesse contexto, é importante deixar claro que a hermenêutica filosófica - em que se baseia a Crítica Hermenêutica do Direito, ao trabalhar com a ideia de tradição e lhe atribuir importância fundamental no momento compreensivo, não favorece o conservadorismo, visto

que a fusão de horizontes dará passagem a algo sempre imprevisível e novo (RAMIRES, 2010, p.100).

Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima. Isto será mais correto que se abandonar, com os braços cruzados, a uma metodologia que talvez nos conduza a resultados mais eficazes, porém, quem controla (essa) metodologia? (STRECK, 2009, p.222)

Pelo exposto até aqui, já se vai percebendo que as lições da hermenêutica de cunho filosófico não se coadunam com as ideias de liberdade decisória, livre convencimento motivado e discricionariedade do intérprete. O julgador, ao atribuir sentido a um dispositivo de lei ou à Constituição, ou, então, ao acervo probatório carreado a um processo, não tem - ou não deveria ter - liberdade para decidir conforme sua consciência, sua concepção de justiça ou suas impressões pessoais acerca das provas produzidas. Isso porque a atribuição de sentido não se dá fora da história. A interpretação ocorre, isso sim, num lugar do espaço e do tempo, e não pode desprezar o Direito construído até esse momento (tradição). Da mesma forma, o intérprete deve estar ciente dos pré-juízos que formam sua pré-compreensão, articulando e destacando-os no momento na aplicação do direito (círculo hermenêutico), sem cair na ingenuidade de negá-los ou de se valer dos dissimuladores métodos tradicionais de interpretação, que fornecem ao julgador a opção de escolher uma decisão e depois fundamentá-la.

Ademais, a afirmação de que o juiz não é livre para decidir é uma decorrência natural da visão hermenêutica - filosófica - sobre o direito, na medida em que, superando as metafísicas clássica e moderna, demonstra que a verdade não está nas coisas e nem na consciência do sujeito solipsista, mas é construída coletivamente ao longo da história e pela linguagem. Em outros termos, é a aposta na construção intersubjetiva da verdade. Conseqüentemente, a tradição, por abrigar essa construção histórica e lingüística, se impõe ao juiz como parâmetro de acerto de qualquer decisão e, automaticamente, retira-lhe a liberdade decisória. E por que acreditar que as respostas jurídicas oriundas da tradição são melhores que as produzidas por um intérprete isolado, de acordo com suas concepções sobre certo e errado, justo e injusto? Como se observará doravante, porque isso é decorrência lógica de uma postura jurídica que pretende ser republicana e democrática - refere-se ao Brasil, agora - a partir de 1988 e que acredita na construção de um direito que não se resuma àquilo que cada julgador quer que ele seja.

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. - que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo - quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis “defeituosas” (STRECK, 2013, p.112).

Mas ainda é preciso avançar, buscando tornar mais palpável a viabilidade do projeto hermenêutico de construção do Direito. Para tanto, convém trazer à discussão tanto a aproximação entre Gadamer e Dworkin promovida pela Crítica Hermenêutica do Direito, como a importância dos precedentes na formação de uma tradição jurídica íntegra e coerente.

Repise-se, primeiramente, a ideia de que a compreensão da resposta a um caso concreto não se dá no vazio, como se fosse possível interpretar fora do mundo histórico. Como diz Ramires (2010, p.95), citando Streck, “não há grau zero na interpretação”. A atribuição de sentido, já referida neste trabalho, não se dá aleatoriamente, como se a história iniciasse a terminasse nas palavras do intérprete, sem nada a guiá-lo. Os pré-juízos caracterizadores da pré-compreensão não autorizam alguém a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, segundo suas opiniões e preferências pessoais (RAMIRES, 2010, p.96).

Nesse sentido, a decisão judicial deve ser sempre um encontro dialético dos pré-juízos do intérprete com a tradição, o que decorre da rejeição da hermenêutica jurídica às concepções relativistas do direito, descompromissadas com os fundamentos e os resultados das interpretações (RAMIRES, 2010, p.97). Mostra-se falaciosa a opinião de que, como não existe nenhuma fórmula apta a distinguir boas e más decisões e como a divergência de entendimentos entre os juristas é inarredável diante inúmeras situações, nenhuma argumento seria melhor que outro (MOTTA, 2012, p.79).

Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, *que decorre da integridade*, nas decisões que tomam (STRECK *apud* RAMIRES, 2010, p.97).

O excerto acima serve para introduzir a teoria dworkiana de direito como integridade, sendo essa (integridade) elemento restritivo às arbitrariedades decisórias. A concepção de integridade tem como premissa a ideia de que o “direito está estruturado em uma base coesa de princípios, e de que os juízes estão obrigados a aplicá-los de maneira coerente nos casos que têm diante de si” (RAMIRES, 2010, p.98). Os princípios formadores de referida base coesa não estão elencados aprioristicamente num texto de lei, de um precedente ou da Constituição, mas exsurtem da totalidade destes instrumentos e apenas ganham sentido

quando de sua aplicação frente a um caso concreto, hipótese em que ficarão assentados como precedentes e atrelarão, de maneira compromissória, as decisões posteriores tomadas em casos similares. “Neste sentido, o direito como integridade trata de reconstruir a história jurídica de determinada comunidade” (OLIVEIRA, 2008, p.216-217).

A tese em comento foi ilustrada pelo seu autor com a imagem de um romance em cadeia (*chain novel*), em que cada julgador escreve um capítulo de um livro em construção. Os romancistas levam a sério a responsabilidade de continuar a obra, porquanto pretendem criar, tanto quanto possível, um romance único e coeso. Assim, cada escritor/julgador está obrigado a criar um texto que seja coerente com o todo construído coletivamente por seus predecessores. (DWORKIN *apud* RAMIRES, 2010, p.98)

A tarefa de decidir casos com base em precedentes é similar ao romance coletivo mencionado acima, de modo que aqueles passam a representar indícios formais para guiar a interpretação dos juízes e possibilitar julgamentos condizentes com a integridade do direito. Muito embora a decisão passada não seja construída para responder outras perguntas que não a sua própria, ela “pode/deve ser utilizada no processo de integração do direito, para, enquanto pré-compreensão, servir de indicativo formal para a conformação da próxima resposta” (STRECK *apud* RAMIRES, 2010, p.99).

Dessa forma, a noção de direito como integridade implica afirmar que os juízes compõem um complexo empreendimento e estão imersos na tradição, a qual inclui decisões, estruturas e práticas diferentes das suas, mas a continuidade da tradição é sua responsabilidade. Dworkin, citado por Ramires (2010, p.99) assim se manifesta sobre o ponto:

Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é sua função continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem em mãos, ao invés de guiar em uma nova direção apenas sua. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

Logo se observa a importância que se dá ao “passado” tanto em Gadamer (tradição) quanto em Dworkin (integridade), como condição de possibilidade da existência e do desenvolvimento do Direito. O que precisa ficar claro é que para qualquer um dos autores e, conseqüentemente, para a Crítica Hermenêutica do Direito que neles se fundamenta, não se trata - e isso já foi tangenciado anteriormente - de um apego irrefletido à história judiciária,

mas antes de uma incontornável percepção do caráter interpretativo das afirmações jurídicas e do dever de guardar coerência com elas. As decisões judiciais são, isso sim, o resultado do inexorável encontro entre elementos que se voltam ao passado e outros que se voltam ao futuro. O direito como integridade se oferece, assim, “como continuidade e como origem das interpretações que recomenda” e é justamente por ser interpretativo que convive com a verdade hermenêutica (MOTTA, 2012, p.107).

A Crítica Hermenêutica do Direito, estruturada, principalmente, a partir dos aportes de Heidegger, Gadamer e Dworkin, lançando mão das noções de “círculo hermenêutico”, “tradição”, “coerência” e “integridade” do Direito, dentre inúmeras outras construções demasiadamente complexas para serem tratadas na estreiteza deste trabalho, demonstram a inadequação dos entendimentos que propugnam a liberdade dos juízes no momento de julgar. Também sugerem - e percebe-se que Dworkin fala a partir do *common law* - o equívoco de se pensar que o processo dialético de estabilização e avanço do Direito seja compatível com uma visão mecanicista acerca da aplicação de precedentes, em que um ou dois tribunais de cúpula “dizem” o que é o direito e o restante do Judiciário simplesmente incorpora esse dado e o reproduz em casos futuros.

De plano, o conhecimento jurídico construído a partir deste paradigma teórico se mostra de fundamental importância por apontar a possibilidade de verdades construídas intersubjetivamente, afastando as posturas relativistas que acabam admitindo como uma fatalidade a liberdade decisória dos juízes. Entender que o juiz é livre para decidir desconsiderando a tradição e a integridade do direito - fora da história, portanto -, segundo suas próprias concepções, é, além de ingênuo, manifestamente antidemocrático.

Ingênuo porque, como já visto à saciedade neste capítulo, o intérprete está jogado no mundo desde sempre e em contato com um universo de significados, os quais vão formando cotidianamente seus pré-juízos e sua pré-compreensão. Quando se julga em condições de decidir sem dialogar com a tradição, nada mais faz do que esconder esses condicionamentos prévios e, ao mesmo tempo, por eles se deixar levar.

O caráter antidemocrático acima aludido decorre justamente do fato de que, a partir do momento em que se afirma que o Direito é construído intersubjetivamente ao longo da história, é possível dizer que ele não é aquilo que um intérprete, isoladamente, quer que ele seja. Em outros termos, a tradição e a integridade estabelecem parâmetros para a aferição do

acerto das decisões. E o paradigma constitucional democrático inserido na tradição do Direito brasileiro desde 1988 é incompatível com qualquer postura que, implícita ou expressamente, propugne ou admita posturas judiciais construídas pela *subjetividade* do intérprete. Tendo isso em vista, pode-se dizer que - contrariamente à maioria das manifestações doutrinárias e judiciais, exemplificadas no tópico seguinte - os juízes não são livres para decidir, não há discricionariedade judicial, tampouco liberdade na apreciação de questões fático-probatórias.

Especificamente, no tocante ao princípio do livre convencimento motivado, há que se destacar que de nada adianta exigir do juiz que motive as decisões, se essas forem fruto duma livre escolha sobre a versão fática que lhe pareceu mais adequada (ABBOUD e STRECK, 2014, p.17). A decisão não pode ser resultado de um conjunto de valorações pessoais e internas do julgador, alheias a qualquer controle intersubjetivo de validade e confiabilidade (STRECK, 2013, p.50; TARUFFO, 2012, p.273).

Neste viés, a motivação não é um mero discurso retórico-persuasivo que visa convencer alguém de algo, mas sim a explanação objetiva e racional da reconstrução fática com pretensão de veracidade desenvolvida ao longo do processo (TARUFFO, 2012, p.273). Ademais, reconhecendo-se que o iter processual visa, sim, atingir uma verdade intersubjetivamente formada acerca dos fatos, é evidente que ela não pode ser produto daquilo que o julgador, isoladamente e segundo sua consciência, decidir. Assim como não se atribuem sentidos aleatórios e discricionários a um dispositivo de lei ou a um precedente, também num sentido endoprocessual, o sentido resultante das narrativas fáticas das partes e das provas produzidas não está à disposição do intérprete/julgador.

Essa ausência de liberdade na produção e na apreciação das provas é uma decorrência inarredável do princípio do contraditório (TARUFFO, 2012, p.205-206). Tanto com o viés procedural habermasiano de processo encampado por Nunes (2012, p.258-259), quanto com a concepção hermenêutica do princípio em tela proposta por Motta (2012, p.175-179), exsurge a necessidade de afastar o protagonismo judicial e a liberdade de convencimento do julgador sobre o acervo probatório, por serem incompatíveis com o contraditório num processo constitucional democrático.

A partir do primeiro autor, insta defender que o processo seja visto como uma estrutura *comparticipativa* e *policêntrica* de formação decisória, que garanta participação e influência de todos os envolvidos nas decisões tomadas - e isso inclui, obviamente, a

admissão e a valoração das provas -, ao mesmo tempo em que blinde as atividades equivocadas das partes, advogados e juízes. Recorrendo ao segundo, importa reconhecer que o procedimento em contraditório, condutor da reconstrução histórica dos fatos no âmbito do processo, guia inexoravelmente a solução da causa, de modo a ser possível aferir a integridade e a coerência da decisão tomada e, conseqüentemente, afirmar que o julgador não é livre para se afastar da verdade fática intersubjetivamente remontada.

3.3 Exemplos de como os precedentes (não) têm sido aplicados na prática judiciária brasileira

Seria um equívoco discorrer sobre a aplicação de precedentes no Brasil, tecendo críticas e fazendo propostas, sem referir exemplos extraídos da prática dos órgãos judiciários brasileiros. Os precedentes aqui utilizados visam demonstrar diferentes problemas encontrados na praxe dos tribunais, evidenciando, precipuamente, como a *objetificação* de conceitos jurídicos (item 3.1) e os *subjetivismos* dos intérpretes (item 3.2) se entrelaçam na “motivação” das decisões a partir de julgados passados.

O primeiro exemplo vem do acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 705.896/RR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 21 de maio de 2013, que traz a seguinte passagem em seu corpo:

[...] o juiz não é obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações da parte, tampouco a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, sobretudo quando já encontrou motivos suficientes para decidir o feito, de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, ao teor do artigo 131 do Código de Processo Civil.

Nesses termos ou com pequenas variações, referido enunciado, certamente, pode ser encontrado em milhares de decisões do Judiciário brasileiro. Sempre que utilizado para dirimir um caso concreto, inúmeros outros precedentes - *rectius*: ementas - com o mesmo teor são invocados para “fundamentar” a decisão. Problemas: 1) serve para justificar qualquer decisão, arbitrárias ou não, encobrindo o caso sob julgamento com o enunciado vago de casos precedentes, além de constituir um clássico exemplo de objetificação metafísica de conceitos jurídicos (RAMIRES, 2010, p.31); e 2) Faz apologia ao juiz *solipsista*, e àquilo que Taruffo (2008, p.171) denomina *confirmation bias*, que pode ser explicado nos seguintes termos:

[...] é necessário que o juiz desenvolva a sua motivação não somente com referência às provas que ele tenha valorado positivamente, e das quais - portanto - serviu-se para fundamentar a decisão, mas também - e especialmente - com referência às provas que tenha considerado inverossímeis, particularmente se essas eram contrárias a reconstrução dos fatos que o próprio juiz tenha desenvolvido. Admitir que o juiz motivasse apenas com base nas provas favoráveis de seu juízo sobre os fatos implica, na verdade, o risco da chamada *confirmation bias*, característico daquele que, desejando confirmar determinada valoração sua, seleciona as informações disponíveis escolhendo apenas aquelas favoráveis e descartando a priori aquelas contrárias, dessa forma introduzindo uma distorsão sistemática em seu raciocínio. (tradução livre)²⁴

Com efeito, tendo em vista vagueza e a pretensão de generalidade do excerto em tela, e o modo como este é utilizado - desprendido dos casos concretos precedentes - percebe-se que qualquer decisão pode ser justificada com base neste enunciado. Assim, não importará se a decisão recorrida desconsiderou uma versão fática que seria importante, um dispositivo de lei pretensamente aplicável, uma prova ou determinada corrente jurisprudencial invocada por uma das partes, bastará ao órgão recursal ou ao próprio autor da decisão - em embargos declaratórios, por exemplo - invocar, em qualquer situação, referido(s) precedente(s). Dessarte, haverá duas decisões não fundamentadas: a recorrida, construída por um juiz *solipsista* a partir daquilo que ele, isoladamente, selecionou em termos de fatos e normas; e a que julga o recurso com base no enunciado retórico em apreço, capaz de encobrir uma extensa gama de arbitrariedades do Judiciário.

Outro exemplo de como os precedentes podem ser usados arbitrariamente, desconsiderando a coerência e a integridade do Direito, a tradição (no sentido hermenêutico do termo), e revelando o quão longe estamos do *stare decisis* do *common law* é a decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa na Execução Penal n. 3, publicada em 14/05/2014, e decorrente da Ação Penal 470. Nela, o aludido ministro revogou a autorização obtida por um dos apenados para trabalhar externamente, fundamentando sua decisão na ausência de preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 37 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais): a exigência do cumprimento de um sexto da pena.

O problema da decisão reside no fato de que, há mais de uma década, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a concessão de trabalho externo independentemente do

²⁴ No original: “è necessario che il giudice svolga la sua motivazione non soltanto con riferimento alle prove che ha valutato positivamente, e delle quali - quindi - si è servito per fondare la decisione, ma anche - e specialmente - con riferimento alle prove che ha ritenuto inattendibili, in particolari se esse erano contrarie alla ricostruzione dei fatti che il giudice stesso ha elaborato. Ammettere che il giudice motivi sollo sulla base delle prove favorevoli al suo giudizio sui fatti implica infatti il rischio del c.d. *confirmation bias*, tipico di colui che, volendo confermare una sua valutazione, seleziona le informazioni disopnibili scegliendo soltanto quelle favorevoli e scartando a priori quelle contrarie, così introducendo una distorsione sistematica nel proprio ragionamento”.

cumprimento de um sexto da pena ou de qualquer outro lapso temporal (TRINDADE, 2014). A despeito do acerto ou desacerto da decisão, é inexorável que o juízo monocrático não poderia, repentinamente, guinar o entendimento jurisprudencial sobre a questão, sem enfrentar detidamente as razões que têm levado o Superior Tribunal de Justiça, por mais de 10 anos, a decidir em sentido diverso (TRINDADE, 2014; OLIVEIRA, 2014). Relembre-se (ver item 1.3.4) que o *overruling* somente pode ocorrer em situações de anacronismo dos precedentes até então seguidos, ou em outras situações igualmente extraordinárias. O intérprete não pode rumar o todo da prática judiciária verificada até então a uma direção apenas sua, em desprestígio da tradição e da integridade do direito (ver item 3.2).

O terceiro caso, retirado da obra de Ramires (2010, p.29), diz respeito à problemática postura de se considerar os julgamentos dos Tribunais Superiores como “consensos” formados em “locais de fala” privilegiados, “hipótese em que os precedentes se tornam discursos prévios de fundamentação que podem ser aplicados posteriormente, desonerando o intérprete de instância inferior da tarefa de atribuição de sentido”. Vejamos: um magistrado sempre entendeu possível a prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária. Não obstante a existência de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça negando tal medida e de diversos tratados internacionais no mesmo sentido, o magistrado sucessivamente embasava suas decisões no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que admitia a segregação. Assim, mesmo sendo confrontado diariamente com argumentos de cunho constitucional, referido juiz continuava firme: se o STF dizia que a legislação ordinária que admitia a prisão do depositário infiel era constitucional, era porque era. Quando o STF, finalmente, realizou o *overruling*, estendendo a garantia de vedação à prisão civil aos depositários infieis, o magistrado em comento também passou a negar os pedidos de prisão. Como fundamento, a simples menção dos novos julgados do Supremo.

O quarto e último caso também foi extraído da obra de Ramires (2010, p.112-115) e tem como objetivo demonstrar que a fundamentação das decisões judiciais a partir de precedentes não pode encobrir o caso sob julgamento com enunciados abstratos, ou com a mera discussão de “teses”, devendo sempre levar em consideração as especificidades fáticas de cada lide - o que, diga-se de passagem, de maneira alguma pode conduzir o direito a casuísmos.

Em um processo tramitado em comarca do interior do Rio Grande do Sul, controverteu-se sobre uma suposta questão puramente de direito: a possibilidade ou não de os

sucessores de um mandatário serem chamados a prestar contas acerca da gestão do falecido, ante a sucessora da mandante. A autora da ação de prestação de contas sustentava seu pedido invocando um acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho, a Apelação Cível 70000111674, que tinha a seguinte ementa:

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. FALECIMENTO DO OBRIGADO A PRESTÁ-LAS. OBRIGAÇÃO TRANSMISSÍVEL AOS HERDEIROS E SUCESSORES. A obrigação de prestar contas transmite-se aos herdeiros e sucessores de quem detêm tal dever, eis que não se está a tratar de obrigação de carácter personalíssimo. Ação julgada procedente em instância inicial. Confirmação da sentença, com desprovemento do apelo das demandadas.

Os réus, por sua vez, contestavam o dever de prestar contas com base em outro precedente do mesmo tribunal, a Apelação Cível 70006975197, desta forma ementada:

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA OS SUCESSORES DA INVENTARIANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Com a morte da inventariante resta extinta a obrigação de prestação de contas, que, no caso da inventariança, é personalíssima, não se transmitindo à sucessão. Não que confundir a pretensão de direito processual com a de direito material. Se os requerentes entendem possuir crédito oriundo da má gestão da inventariante agora falecida, poderão ingressar com ação de cobrança contra os sucessores desta, mas não podem requerer a prestação de contas na ação cominatória específica. Proveram. Unânime.

Destaque-se, de início, que os julgados citados não são decisões isoladas, mas representam duas “correntes” jurisprudenciais encontráveis em vários tribunais do país. A questão jurídica subjacente é daquelas consideradas “controvertidas” pelos juristas, que normalmente são discutidas em tese, sem fatos. Neste caso concreto, se o julgador ficasse limitado a verificar se a obrigação de prestar contas é personalíssima ou não, poderia ficar encurralado entre posições jurídicas abstratas e antagônicas (RAMIRES, 2010, p.113). Observem-se os fatos, pois.

Na década de 1940, Fábio, que não tinha patrimônio algum, casou-se com Joana, rica herdeira de grandes extensões de terra. Com o casamento, Fábio passou a administrar os bens de Joana, mas pesavam sobre o patrimônio da herdeira cláusulas de inalienabilidade e de incomunicabilidade. Do casamento, nasceu uma filha, Maria. Após, veio o divórcio, mas Fábio continuou a gerir o patrimônio de Joana. Fábio se casou novamente e, quando faleceu, já na década de 1980, deixou vultosa herança para a sua então esposa e seus filhos do segundo casamento.

Logo após o falecimento de Joana, os filhos exclusivamente de Fábio ajuizaram ação de cobrança em face de sua meia-irmã, Maria, filha do primeiro casamento do pai. A

pretensão se baseava no fato de que Fábio administrara os bens de Joana durante toda a vida, sem receber qualquer remuneração por isso. Com a procedência do pedido, Maria, como única sucessora de Joana, foi condenada a pagar aos sucessores somente de Fábio o valor equivalente à gestão patrimonial entre os anos de 1947 e 1985. Diante disso, Maria intentou a tal ação de prestação de contas querendo saber como seu pai amealhou riqueza, visto que o patrimônio de sua mãe não se comunicou ao dele legalmente. Pretendia, ao final, descobrir quanto Fábio já havia remunerado os seus próprios serviços em vida (e já transmitido aos filhos) o que, no mínimo, poderia ser compensado com o valor da própria condenação.

No caso analisado, era absolutamente plausível a alegação de que Fábio já havia adquirido, mesmo que em parte, sua remuneração por meio dos negócios que realizou em nome da ex-esposa. Seus sucessores, todavia, tentaram se esquivar atrás da tese da “obrigação personalíssima” para, de um lado, exigir a remuneração devida a seu pai e, de outro, impedir que se auditasse o quanto ele já recebera em vida em função da mesma administração. Dessa forma, caso se reconhecesse que a obrigação de prestar contas era intransmissível, possivelmente, os sucessores de Fábio enriqueceriam ilícitamente, uma vez que seria excluído da conta tudo o que ele houvera amealhado em vida, prosseguindo-se na cobrança da remuneração pelo mandato como se ele nada tivesse levado para si da administração dos bens.

No caso presente, observa-se que, ainda que a análise da questão tenha se iniciado com duas posições jurídicas aparentemente viáveis, a resposta correta para o caso sobreveio da localização de suas especificidades nas exigências de coerência e integridade na aplicação do direito. Isso, inclusive, levou o julgador a reconhecer a legitimidade passiva e a procedência do pedido de prestação de contas. De outro lado, verifica-se que o precedente invocado pela autora foi de fundamental importância para a decisão tomada, servindo de indício formal para a resolução do caso.

Por fim, o caso em estudo demonstra como, diante de precedentes ou cadeia de precedentes antagônicos, não basta ao juiz que escolha uma deles, decidindo questões jurídicas em abstrato, sem justificar sua escolha. Quando isso ocorre, está-se diante de uma clara arbitrariedade. As especificidades dos casos devem ser consideradas e os entendimentos divergentes devem fazer, ambos, “parte do horizonte da decisão. A solução do caso deverá vir da resolução dialética entre eles, no caso concreto” (RAMIRES, 2010, p.112-114).

3.4 A independência judicial, os precedentes e a autonomia do Direito

No segundo capítulo deste trabalho, verificou-se que independência judicial e liberdade decisória (ou jurídica), para alguns autores, são expressões que se referem a diferentes conceitos e, para outros, a primeira abrangeria a segunda. Entre ambas as posições, um ponto em comum: os juízes são livres para decidir independentemente dos posicionamentos dos tribunais hierarquicamente superiores. Isso, é claro, considerando apenas os entendimentos de juristas contrários à implantação de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

Buscou-se explicar, no tópico 3.2, que inexistente liberdade do julgador no momento decisório, não havendo porque se continuar a considerá-la uma “fatalidade necessária” do sistema jurídico. Vale dizer, a Crítica Hermenêutica do Direito vem à tona para afirmar a possibilidade de se estabelecer parâmetros minimamente objetivos para se aferir o acerto das decisões. Nesses parâmetros, formados pela tradição e pela exigência de coerência e integridade do Direito, o respeito aos precedentes exerce papel de fundamental importância.

Cabe, por fim, analisar a relação entre precedentes e independência judicial, desenvolvendo abordagem mais ampla que a voltada apenas à liberdade decisória. A intenção é estabelecer em que medida a independência judicial, na condição de pressuposto básico de um estado que se diz democrático - como o brasileiro - é ou pode ser afetada, positiva ou negativamente, pela utilização de precedentes.

3.4.1 A aplicação de precedentes no Brasil como um risco à independência judicial

Muitos autores defendem (vide capítulo 2) que a vinculação a precedentes restringe a independência judicial, enquanto outros afirmam justamente o contrário, asseverando que o respeito aos precedentes a fortalece. Parece, entretanto, que uma ou outra posição pode ser adequada, a depender do modo como a questão é enfrentada.

Primeiramente, é importante sublinhar que a doutrina dos precedentes surgiu no *common law* exatamente como uma arma para defender a independência judicial e limitar os poderes do rei. O precedente, com efeito, consistiu em mecanismo utilizado pelo Judiciário

para fortalecer sua independência e poder de atuação, uma vez que, sendo aquele a principal fonte do direito, a atividade deste ficaria blindada em relação à interferência do Parlamento e aos desmandos do monarca (ABBOUD e NERY JR., 2013, p.499). No mesmo sentido, Streck e Abboud (2014, p.29), citando Caenegem, enfatizam a força e a independência histórica do Judiciário como característica inerente ao *common law*.

Ademais, como se observou no item 2.1, o Judiciário norte-americano é considerado o mais independente do mundo mesmo pelos juristas (DALLARI, 1996, p.16; FACCHINI NETO, 2009, p.132) que se opõem à atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, o que torna despropositada a noção de que o respeito aos precedentes seja, intrinsecamente, prejudicial à independência judicial.

Ocorre que essa visão dos precedentes como fortalecedores da independência do Judiciário apenas faz sentido quando se tem em vista o modo como eles são aplicados no *common law*. Repita-se, como uma atividade interpretativa, produtora de sentido, que considera as respostas dadas a casos passados como indícios da resposta correta a ser dada ao caso presente; em que a força vinculante das decisões, mesmo as dos tribunais de cúpula, apenas será definida no julgamento de casos futuros. A partir do momento em que se defende - e isso parece ser recorrente no Brasil - a aplicação mecânica e hierarquizada de entendimentos jurisprudenciais, como se os tribunais superiores fossem o oráculo do direito, há, sim, quebra da independência interna do Judiciário (BAHIA, NUNES e THEODORO JR., 2011, p.749).

Consoante disposto no segundo capítulo desta monografia, a principal maneira de se minar a independência do Judiciário é estabelecer uma estrutura altamente burocrática e hierarquizada, em forma de pirâmide, de modo que as pressões políticas e econômicas exercidas sobre a cúpula acabam refletindo em todo o aparato jurisdicional. Naquela parte do trabalho, também se apontou que o fato de os membros dos tribunais do vértice superior da pirâmide serem investidos em suas funções por meio de escolha das cúpulas do Executivo e do Legislativo torna ainda mais precária a existência de independência.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que a independência do Judiciário, tanto interna quanto externa, somente tem importância quando analisada em sua relação com o projeto democrático – no caso do Brasil, retomado a partir de 1988. Dessa forma, afirmar que a utilização mecânica e reprodutiva de “precedentes” afeta negativamente a independência do

Judiciário significa, em último plano, aduzir que a própria Constituição e o direito democraticamente produzido restam prejudicados.

Se, de um lado, por diversos fatores, têm-se deslocado ao Judiciário a missão de contornar os déficits de atuação dos outros poderes, transformando-o no catalisador das insatisfações sociais (TASSINARI, 2013, p.40), por outro, no âmbito interno desse Poder, a estrutura recursal centralizadora e autoritária eleva os tribunais de cúpula à condição de protagonistas do sistema. (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p.239). Observa-se, assim, um deslocamento lateral, em direção ao Judiciário, e um vertical, dirigido aos tribunais de sobreposição.

Esse segundo fenômeno constitui expressão de uma desconfiança no julgador. Desconfiança, no entanto, no magistrado de grau inferior e confiança nos escalões superiores da hierarquia judicial.

No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor-se de algum poder decisório. A legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p.240-241).

As origens desse olhar tão desfavorável e desconfiado sobre a magistratura já foram exploradas nos capítulos primeiro e terceiro. Os juízes do *Ancien Régime* francês mantinham relações espúrias com o poder real, em que a corrupção e o compromisso com o *status quo* eram a regra. Naturalmente, a burguesia vitoriosa na Revolução Francesa tratou de “sequestrar o arbítrio” dos magistrados, vinculando-os à lei, expressão do legítimo poder político (BAPTISTA DA SILVA, 2004, p.242).

Criaram-se, então, cortes de cassação - que faziam parte do Poder Legislativo - para controlar as interpretações “incorretas” das leis, garantindo que os juízes não deturpassem a vontade política unívoca expressa nos textos legislativos. Era o que se pode chamar de “interpretação autorizada” (MARINONI, 2013, p.57-58).

O tempo passou e, embora Castanheira Neves (1983, p.649) e Baptista da Silva (2004, p.249), acertadamente, reconheçam que a função originariamente imposta à *cassação* - “defesa em abstrato da lei” - seja um dos tantos ideais do Iluminismo que a História sepultou, continuamos pensando ser possível e legítimo conferir a dois intérpretes autorizados (STF e

STJ) - agora de natureza jurisdicional, mas, muitas vezes, alinhados com o poder político - a competência de estabelecer a interpretação correta da lei.

Com efeito, Baptista da Silva (2004, p. 239;242;246;256) demonstra a situação caótica do sistema recursal brasileiro, em que centenas de milhares de recursos chegam anualmente às cortes de cúpula do Judiciário. A desconfiança nos magistrados dos graus inferiores continua a mesma e o senso comum teórico dos juristas (WARAT, 2009, p.275) insiste na idiosincrasia de que os tribunais superiores - que julgam, em uma sessão, mais recursos do que os tribunais constitucionais de outros países julgam em um ano - darão uma solução “melhor” às causas.

Ao mesmo tempo em que se reclama da morosidade da Justiça e se reconhece que a extensa cadeia recursal é uma das principais causadoras dessa realidade, novos filtros são criados, súmulas são editadas, desenvolve-se a sistemática de julgamento por amostragem dos recursos repetitivos, tudo para que o Judiciário se mantenha sob a vigília dos “paternais” tribunais superiores. Não obstante a grande quantidade de recursos venha inviabilizando a atuação desses tribunais, as inúmeras soluções propostas visam, normalmente, à redução quantitativa na carga de trabalho de ministros, não parecendo ser de maior interesse a diminuição das espécies recursais, com a consequente perda, por parte dos tribunais de cúpula, do poder de controle sobre os rumos do Judiciário brasileiro.

Veja-se, a propósito, a questão envolvendo a aplicação da sistemática dos recursos especiais repetitivos às causas em trâmite nos juizados especiais estaduais, que, de modo geral, diz respeito ao controle do STJ sobre as decisões proferidas no âmbito daquele microsistema processual. Em nossa ordem jurídica, não há possibilidade para o STJ conhecer de recurso especial que tenha por objeto ato de turmas recursais ou de juizados especiais (ver art. 105, inciso III, da CF) (STRECK e SANTOS JR. 2014, p.190-191). Além de o texto constitucional ser bastante claro, o STJ editou a súmula 203, a qual prescreve que “*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”.

Mesmo assim, o STF, no “vale-tudo hermenêutico”, reconheceu (Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572) o cabimento da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para o STJ, contra decisão de turma recursal contrária à jurisprudência desse tribunal superior. Em seguida, o STJ editou a Resolução n. 12/2009, dispondo sobre a

tramitação das reclamações em seu âmbito interno. Completando a cadeia de inconstitucionalidades, no julgamento do Recurso Especial n. 1.251.331²⁵, o STJ usou, por analogia, o art. 328²⁶ do Regimento Interno do STF - relativo à Repercussão Geral - para aplicar a sistemática dos recursos especiais repetitivos aos feitos em trâmite nos juizados especiais e turmas recursais.

Como fez isso? Sempre há uma analogia para resolver o problema de modo realista. Um “puxadinho hermenêutico”. Já que não dá para usar o §3º do art. 543-B, que abarca as turmas recursais, pois se refere ao recurso extraordinário no STF, utiliza-se o art. 328 do Regimento Interno do STF. Encobre-se melhor o contorcionismo hermenêutico. Assim, cabe quase tudo em nome da “macro-lide” (STRECK e SANTOS JR., 2014, p.191).

E os precedentes e a independência judicial, o que têm a ver com tudo isso? O sistema jurídico-político precisa conciliar, de um lado, o afogamento dos tribunais de sobreposição em meio a centenas de milhares de recursos e, de outro, a necessidade mantê-los no controle do Judiciário brasileiro. Instrumentos como as súmulas e os julgamentos em massa por meio de decisões piloto não vêm se mostrando suficientes ao cumprimento desse objetivo, porque projetados sem consideração do elemento hermenêutico (vide item 3.1). Apela-se, então, à instituição de um sistema de precedentes, defendendo-se que isso significa obediência mecânica a decisões de tribunais hierarquicamente superiores, como nova tentativa de controlar a tensão mencionada acima.

A grande maioria dos juízes, principalmente os de primeiro grau, quando não são eles mesmos os “decisionistas” que julgam de acordo com a consciência ou os rebelados do sistema, que tentam impor seu padrão pessoal de justiça nas decisões (STRECK e SANTOS JR., 2014, p.186), mostram-se - e isso se acentua cada vez mais - coniventes com essa visão deturpada da aplicação de precedentes, em que os intérpretes autorizados definem “o” sentido da lei e o restante do Judiciário, sob uma lógica tacanha de segurança jurídica e isonomia, faz vista grossa à “realidade dos casos concretos” que batem à sua porta.

²⁵ Trata-se de recurso especial impetrado por Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A, tendo como *amicus curiae* a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, e em que se discute a legitimidade da cobrança de tarifas administrativas para a concessão e cobrança dos créditos objetos de contratos bancários.

²⁶ Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento das parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e aobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

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

As decisões judiciais deixaram de dizer o caso. Elas são produzidas para serem vistas. O computador e a *internet* propiciaram uma vitrine para as decisões judiciais. Reproduzem-se como metâmeros. De um lado orquestradas pelos órgãos de cúpula e na lógica da Orquestra Judicial, espriam-se como uma sinfonia única para todo o sistema. Há uma compulsão por admirar, copiar e legitimar quem nos conduz. A decisão judicial, pois, está vestida com as roupas da última coleção e garantida pela grife: STF e STJ. E a moda jurídica atende a interesses não ditos e muitas vezes obscenos. A lógica desta produção sem limites não é a de um melhoramento ou mesmo de um ultrapassado progresso. A lógica que preside esta situação é interna e de autorreprodução (ROSA, 2011, p. 129-130).

Logicamente, não é de se estranhar que não se verifique uma ofensa à independência interna e, por que não, à externa do Judiciário num sistema (1) em que os textos da Constituição e da legislação federal são aquilo que os tribunais superiores querem que eles sejam; (2) em que é possível estabelecer *standards* interpretativos definidos em abstrato e reproduzíveis em novos casos; (3) e em que o sistema recursal possibilita que quase todos os casos - ou, pelo menos, todos os que interessam - possam ser levados à apreciação dos tribunais de cúpula.

Ocorre que, a partir dos pressupostos já fixados neste trabalho, não há dúvida de que a utilização de precedentes acima criticada é incompatível com a independência judicial. O direito é interpretação e interpretar é produzir, o que, frise-se, só é possível diante de cada caso concreto. Da mesma forma, o sentido dos dispositivos constitucionais e legais não está à disposição dos tribunais superiores e as tentativas de barramento forçado de sentido não passam de ficção (STRECK e SANTOS JR., 2014, p. 181-182). Por isso, quando a magistratura, voluntariamente ou cedendo à pressão do sistema, busca desonerar-se da interpretação da Constituição, da lei e dos precedentes, apenas reproduzindo enunciados jurisprudenciais, está deixando de julgar conforme o direito e, portanto, tendo sua independência minada.

Não pode a jurisprudência ser tratada como um fim em si mesmo ou ainda uma interpretação declarativa e desonerativa. A jurisprudência não é, nem pode ser, sinônimo de hermenêutica, muito menos de fundamentação, dado que demandam um contexto para fazer sentido. Decorre justamente deste lugar uma responsabilidade que não se pode fugir, nem oscilar (ROSA, 2011, p.130-131).

Em suma, como visto no capítulo segundo deste trabalho, tem independência judicial o magistrado que julga conforme o direito. E julgar conforme o direito, por todo o exposto no presente capítulo, é interpretar, atribuir sentido. Quando os sentidos são apenas reproduzidos automaticamente, não há interpretação, não há direito e não há independência judicial.

3.4.2 Os precedentes como blindagem aos “decisionismos”: fortalecimento da autonomia do direito

Anteriormente, apontou-se que a noção de independência judicial somente obtém legitimidade quando analisada em sua relação com o ideário democrático e republicano. Com efeito, é cediço que referida garantia se constituiu no decorrer da história para assegurar aos jurisdicionados que o direito reconhecidamente válido - o costume, a lei ou a Constituição, por exemplo - fosse aplicado independentemente das ingerências políticas, econômicas ou quaisquer outras, provindas de fora ou de dentro da organização judiciária. É possível afirmar, assim, que o destinatário da garantia em comento sempre foi o povo e, apenas instrumentalmente, o magistrado.

Paradoxalmente, desenvolveu-se a concepção, pelo menos no Brasil, de que tem independência judicial o magistrado que é livre para julgar, que forma seu convencimento sobre as provas e o direito de acordo com sua consciência. Com especial ênfase, os setores críticos da doutrina exortam os juízes a assumirem essa postura, como modo de se contraporem às forças políticas e econômicas hegemônicas que se manifestam no direito legislado e nas tendências jurisprudenciais uniformizadoras. Ou seja, a independência judicial, construída justamente para proteger a democracia, seria ofendida pela imposição de parâmetros decisórios aos juízes (como o respeito aos precedentes inseridos na tradição), mas restaria privilegiada quando o juiz - um agente público - decide conforme seu modo pessoal de entender o Direito, o certo e o errado, o justo e o injusto. A contradição é evidente e dispensa maiores divagações.

Sem dúvidas, essa maneira de entender a independência do Judiciário também está relacionada ao paradigma da filosofia da consciência (vide item 3.2 supra). Difusamente, parte-se de um pressuposto totalmente relativista do que seja o Direito, a Constituição e, naturalmente, do que se constituam as decisões corretas e incorretas. Para alguns, se tudo é relativo, fere-se a independência do magistrado ao se lhe impor limites quando da tomada de decisões. Para outros, se tudo é relativo, é preciso delegar a alguém (STF e STJ) o poder de impor o seu modo relativo de ver a lei, a Constituição e o Direito, hipótese em que as interpretações posteriores poderão ser tomadas objetivamente.

Esse imaginário de total indeterminação do Direito tem sido retroalimentado no Brasil pela recepção equivocada de diversas teorias jurídicas estrangeiras, como a ponderação de

Robert Alexy, a jurisprudência dos valores, oriunda do direito alemão, e o ativismo norte-americano (STRECK, 2012, p.47-55; TASSINARI, 2013, p.112-116).

Apenas ilustrativamente, pode-se dizer, com Streck (2012, p.50) que a ponderação, ao contrário da complexa teoria desenvolvida por Alexy, tem sido aplicada pelos juristas brasileiros “como uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’, algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’”. Dessarte, o Judiciário brasileiro, da primeira instância à cúpula, aplica esse conceito como um mero enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais variados.

Normalmente, junto à ponderação alexyana, aparece - na maioria das vezes, difusamente - a Jurisprudência dos Valores, manejada pelos juristas brasileiros como se a Constituição fosse uma ordem concreta de valores e interesses a serem buscados e revelados na decisão jurídica. No direito alemão, essa proposta teórica serviu para equalizar a tensão produzida depois que os aliados, em 1949, por meio de uma “assembleia constituinte de emergência”, outorgaram a *Grundgesetz* (hoje, constituição). Nos anos que sucederam esse fato, houve um esforço imenso do Tribunal Constitucional Alemão para legitimar uma Carta que não havia sido produzida com a ampla participação do povo alemão. Por isso, a afirmação de um direito diferente da lei, em que a referência aos *valores* aparece como mecanismo de “abertura” de uma legalidade rígida e deslegitimada (STRECK, 2012, p.48; TASSINARI, 2013, p.43).

No Brasil, entretanto, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, o grande desafio é estabelecer condições para o fortalecimento de um espaço democrático em que a legalidade se edifique plasmada no texto constitucional, o que demonstra um contexto diametralmente oposto ao vivenciado na Alemanha no pós-guerra e que ensejou o surgimento da Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2012, p.48).

Por sua vez, o ativismo judicial, importado dos Estados Unidos, tem sido assimilado no Brasil como algo necessariamente positivo, progressista. Todavia, Streck (2012, p.51) e Tassinari (2013, p.148-149) demonstram que essa postura é marcada pela extrapolação dos limites constitucionais, tanto para a promoção de direitos como para a restrição, em que a decisão judicial não passa de um ato de vontade do julgador.

Ocorre que essas posturas, assim como a velho positivismo normativista, deságuam no mesmo lugar: a discricionariedade e o solipsismo do julgador, que representam uma deformação da práxis judiciária causadora de sérios prejuízos à democracia (STRECK, 2012, p. 47-55). Sob o pretexto da independência judicial ou não, para promover direitos não reconhecidos pela ordem jurídica ou restringir os previstos, para “fundamentar” decisões liberais ou conservadoras, de direita ou de esquerda, a discricionariedade/arbitrariedade dos julgadores, dissimulada nas teorias acima referidas e em inúmeros outros instrumentos da dogmática, rejeita qualquer grau de autonomia ao Direito e o transforma num pragmatismo político-jurídico (STRECK, 2009, p.330-331).

É preciso compreender que, no Estado Democrático de Direito, cresce o grau autonomia do Direito, o que decorre dos inúmeros fracassos da falta de controle da e sobre a política. A constituição, por sua vez, construída nos moldes daquilo que chamamos de Constitucionalismo Contemporâneo²⁷, é a representação desse grau de autonomia que se contrapõe em face de outras dimensões com o Direito intercambiáveis, como a política, a economia e a moral, apenas exemplificativamente. Esse processo de crescente autonomia ocorre no contexto histórico do século XX, tendo como ápice a elaboração das constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra (STRECK, 2009, p.330).

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ficar solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Supera-se, desse modo, o problema da dimensão meramente institucional do direito ou que o coloca como caudatário do poder [...] (STRECK, 2009, p.330).

Evidentemente, na medida em que se transfere o *locus* do poder à Constituição, a questão da autonomia do direito passa a se relacionar com a (in)compatibilidade “democracia-constitucionalismo” e com o contínuo deslocamento do pólo de tensão entre legislação e jurisdição em direção a essa última. Parece claro, também, que o aumento do espaço da

²⁷ Constitucionalismo Contemporâneo se refere ao constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra e que se concentra nos modelos constitucionais que implementam, de fato, um plus normativo democrático aos ordenamentos jurídicos. “Representa um redimensionamento na práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e, no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que [...] representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos)” (STRECK, 2012a, p.63-64).

jurisdição, para que se preserve essa autonomia do direito, exige a implementação de mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento acima referido: as decisões judiciais. E isso significa discutir o cerne da teoria do direito, qual seja o problema da discricionariedade na interpretação de juízes e tribunais.

Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída - e esse perigo ronda a democracia a todo o tempo - exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?) (STRECK, 2009, p.331).

Nesse contexto, garantir a autonomia do direito, com a consequente concretização da Constituição, afastando a total fragmentação das decisões judiciais e o pragmatismo - por excelência, discricionário - hoje verificado no Brasil, conduz a necessidade de que se ligue o Direito à tradição e às exigências de coerência e integridade da ordem jurídica (STRECK, 2012, p.44).

O respeito aos precedentes, por sua vez, mostra-se de fundamental importância na conformação das decisões judiciais ao paradigma constitucional vigente, na medida em que se constata que não há um *grau zero* a partir do qual parte cada interpretação. Os precedentes se inserem na tradição e são elementos importantes na concreção dos princípios constitucionais, pois a resposta dada a um caso passado pode ser utilizada para a coerência e a integração do direito, servindo de indício formal para que a próxima resposta também se adéque à Constituição (RAMIRES, 2010, p.32).

Frise-se, o valor dos precedentes no combate aos decisionismos, arbitrariedades e retrocessos aparece na medida em que aqueles compõem a tradição, a obra coletiva, o todo da prática jurídica com a qual o intérprete está obrigado a dialogar. A fragmentação e o pragmatismo jurídico-político que esvaziam diariamente a Constituição estão totalmente relacionadas à falta de respeito à tradição e, naturalmente, aos precedentes.

Perceba-se que, no Brasil, quando vigorava um direito autoritário - na Constituição, nas leis e também na doutrina e na jurisprudência - desenvolveu-se uma forte e importante crítica à autoridade da tradição, do que era legado como todo da prática jurídica estabelecida até então. A liberdade individual do intérprete foi reforçada e teorias vieram para legitimá-la, libertando os julgadores de qualquer limite à sua subjetividade. Os tempos, entretanto, são

outros. O total descrédito da autoridade tradição, a partir do paradigma constitucional democrático instaurado em 1988, age justamente contra a democracia e se torna um empecilho para a realização da Constituição (RAMIRES, 2010, p.101).

É necessário, sobretudo, se ter presente que a preservação da autonomia do direito e da independência judicial é condição de possibilidade da democracia no paradigma constitucional acima referido. A independência judicial, segundo os pressupostos deste trabalho, cumpre seu papel de protetora da democracia quando garante que o direito possa ser interpretado e construído por todos os órgãos do Judiciário. A centralização do poder de interpretar e de definir os rumos do direito nos tribunais de cúpula, como visto anteriormente, representa um risco à independência judicial e, automaticamente, à democracia. Isso porque ninguém é dono da Constituição e da legislação infraconstitucional, assim como ninguém é titular da interpretação desses textos.

A preservação da autonomia do direito, da mesma forma que a independência judicial, também se apresenta como uma exigência para a proteção da democracia. Se é antidemocrático conferir às cortes superiores a condição de intérpretes autorizados do direito, o mesmo se pode dizer dos posicionamentos que afirmam a liberdade do juiz no momento de julgar e de outras posturas teóricas, como as acima indicadas - Ponderação, Jurisprudência dos Valores e Ativismo Judicial -, que acabam conduzindo o direito a um estado de total fragmentação; um estado em que impera a ausência de isonomia e de segurança jurídica diante das decisões judiciais e em que não é possível afirmar, minimamente, qual é o direito vigente.

Obviamente, os riscos à democracia que se apresentam por meio da vinculação hierarquizada de entendimentos - quebra da independência judicial - e das práticas decisórias calcadas no subjetivismo, na discricionariedade, na fragmentação - quebra da autonomia do direito - são intensificados quando essas duas propostas são somadas. Com efeito, o pior cenário, no tocante à preservação da democracia, é o estabelecimento de uma estrutura judiciária altamente burocrática e hierarquizada, e, ao mesmo tempo, que tenha em sua cúpula julgadores que decidam de maneira *solipsista*, sem responsabilidade política. Álibis retóricos e performáticos como a ponderação podem conferir a um ou alguns ministros o poder de definirem o rumo de questões importantes no país da maneira que bem entender(em), segundo suas próprias convicções.

É para evitar esse cenário que a valorização e o respeito dos/aos precedentes se mostram necessários. A blindagem do sistema jurídico contra os “decisionismos” de todos os matizes, que assola o Judiciário da base à cúpula, passa, inexoravelmente, pela assimilação de que é preciso respeitar a tradição, que também é composta pelos precedentes, e preservar a autonomia do direito. A fragmentação das decisões judiciais - que, além de gerar quebra da isonomia e da segurança jurídica, faz crer que não exista um direito para além daquilo que cada intérprete quer que ele seja - no entanto, consoante os pressupostos já assentados neste trabalho, não pode ser legitimamente controlada sem consideração do caráter interpretativo e criativo que permeia toda atividade jurídica, inclusive envolvendo precedentes.

Assim, pode-se dizer que, embora o afastamento da fragmentação (dos decisionismos) seja crucial para a manutenção da autonomia do direito no estado democrático e o respeito à tradição - e aos precedentes - seja elementar para a efetividade desse processo, não é a imposição de entendimentos, hierarquicamente, a medida adequada para tanto. Para este trabalho, não se deve polarizar o problema da chamada *jurisprudência lotérica* como se apenas existissem dois cenários possíveis: juízes livres para julgar ou juízes vinculados hierárquica e burocraticamente aos entendimentos de órgãos judiciários de escalão superior. Ambas as situações são antidemocráticas.

Observe-se, por exemplo, que a opção de utilização de precedentes como instrumentos de blindagem contra os decisionismos e de fortalecimento da autonomia do direito abrange, naturalmente, a atuação dos tribunais de cúpula. Hermeneuticamente falando, estes tribunais não apenas devem respeitar suas próprias decisões e prezar pela integridade destas - afirmações que não são estranhas à própria teoria dos precedentes - como também levar em conta o todo da prática judiciária praticado até então. De maneira extremamente simplista, isso significa dizer que, se 70% ou 80% do Judiciário está decidindo em determinado sentido, os Tribunais Superiores não podem decidir diversamente sem demonstrar fortíssimas razões para tanto. O peso da tradição e a exigência de integridade da ordem jurídica valem para todos.

Por derradeiro, tendo em vista todo o exposto neste trabalho, cabe uma última consideração. Afirmou-se que a fragmentação das decisões judiciais atualmente verificada no direito brasileiro, que gera quebra da isonomia e da segurança jurídica diante da prestação jurisdicional, não pode ser legitimamente controlada por tentativas de uniformização jurisprudencial forçada. É o caso, então, de se perceber que a solução para o problema passa

por uma profunda reestruturação ou, sendo mais radical, do efetivo desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial que recepcione os avanços copernicanos auferidos pela hermenêutica de cunho filosófico.

O primeiro grande passo para tanto, conforme premissas deste estudo, é refutar as posturas teóricas que se baseiam ou que, de alguma maneira, reforçam no/o subjetivismo dos julgadores - liberdade decisória, protagonismo judicial, livre convencimento, positivismo fático, discricionariedade, ponderação, ativismo, etc. E isso, obviamente, não é simples. Não pode ser alterado da noite para o dia. É um processo que depende, sobretudo, do desenvolvimento acadêmico e da tomada de consciência de que o juiz é um agente público que tem responsabilidade política e não pode decidir segundo seu modo pessoal de entender o direito.

CONCLUSÃO

Este trabalho visou confrontar as teses que defendem a aplicação de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, o qual privilegiaria a segurança jurídica e a isonomia diante das decisões judiciais, com as posturas teóricas que se contrapõem a essa medida sob o argumento de que a independência judicial e a liberdade de convencimento dos juízes acabariam prejudicadas ante o novo mecanismo. Buscou-se, sobretudo, estabelecer as condições necessárias à convivência do respeito aos precedentes com a independência judicial no sistema jurídico brasileiro.

Aludido embate não poderia sequer ser posicionado sem que, preliminarmente, a própria cisão sistêmica entre o *common law* e o *civil law* fosse devidamente enfrentada. Junto a isso, seria necessário que a teoria dos precedentes judiciais vinculantes - *stare decisis* - fosse minimamente compreendida.

O primeiro capítulo, mesclando partes descritivas e propositivas, tratou de responder a essas questões iniciais. A partir dele, pode-se concluir que o posicionamento contrário ao desenvolvimento da teoria dos precedentes em solo brasileiro que se fundamente genericamente em supostas barreiras intransponíveis entre o *common law* e o *civil law* se mostra acrítico e desconhecedor da história. Acrítico, porque se nega a enxergar a completa fragmentação das decisões judiciais e a insuficiência do direito legislado como fonte exclusiva e suficiente da regulamentação das relações sociais. Desconhecedor da história, primeiramente, por não perceber que em diferentes épocas e lugares, de Roma aos atuais países seguidores da tradição de *civil law*, o precedente despontou, sim, como fonte do direito. E, em segundo lugar, porquanto ignora a troca de experiências havida há séculos entre a Inglaterra – berço do *common law* – e o direito continental europeu, em que o rumo à uniformização dos sistemas jurídicos, principalmente dos padrões decisórios, predomina sobre as tendências disjuntivas.

O segundo capítulo, também conjugando partes descritivas e propositivas, buscou explorar a temática da independência judicial e da liberdade dos magistrados para interpretar e decidir. Tendo em vista o quanto exposto nesse capítulo, é possível afirmar que a independência judicial é entendida como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de os órgãos do Judiciário tomarem decisões com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente

estabelecido, sem receio das consequências ou represálias advindas dos outros poderes, políticos ou sociais. Além disso, instrumentalmente, a independência da magistratura é o resultado da concretização de inúmeras medidas que visam garantir aos jurisdicionados, e não aos juízes, um processo conforme o direito.

As considerações lançadas no segundo capítulo (item 2.4) também conduzem à conclusão de que as faces externa, interna e psicológica da independência judicial estão quase sempre interligadas e se condicionam reflexivamente. As independências externa e interna, por exemplo, são dois lados do mesmo problema, uma vez que a maneira mais eficaz para se limitar a primeira é justamente restringir a segunda, criando uma estrutura hierárquica e piramidal no interior no Judiciário. Assim, fortalecendo-se a hierarquia, tende-se à submissão dos magistrados das inferiores instâncias, componentes da base da pirâmide, aos entendimentos dos tribunais superiores. Ocorrendo isso, basta aos poderes externos concentrar sua atenção e poderes de influência nos poucos membros das cortes superiores e estarão, indiretamente, influenciando todo o restante da magistratura.

No item 2.5 do segundo capítulo, focou-se a abordagem na liberdade decisória dos juízes. Mostrou-se que essa liberdade ora é entendida como uma condição da independência judicial, ora é defendida autonomamente. Significa, para uma ou outra postura, a possibilidade de o juiz julgar de acordo com sua consciência e com seu próprio convencimento acerca do direito posto. Por guardarem estreita relação com este ponto do estudo, o sistema de livre convencimento motivado - atinente à valoração probatória - e a discricionariedade judicial também foram analisados.

É importante notar que a liberdade decisória e os temas correlatos a ela foram tratados descritivamente, uma vez que o presente trabalho, pelas razões expostas no terceiro capítulo, defende a inexistência de qualquer liberdade do juiz no momento de decidir. Ademais, embora a liberdade de decidir, usualmente, seja relacionada à independência judicial por muitos estudiosos, é também correto, como se viu, que esta constitui uma noção muito mais abrangente que aquela. Significa dizer que, para esta monografia, o afastamento da liberdade de decidir, em hipótese alguma, significa a negação da independência judicial ou de sua importância para o Estado Democrático de Direito. Essas considerações, por fim, explicam por que o título deste trabalho se refere à relação entre precedentes e independência judicial, sem mencionar a liberdade de decisão. Esta inexistente - ou deveria inexistir - e só foi amplamente exposta no terceiro capítulo - inclusive no título - porque a doutrina a relaciona à

independência judicial e porque sua compreensão foi um passo necessário para o desenvolvimento do terceiro capítulo.

Também é necessário destacar que o trabalho em apreço foi inicialmente projetado para, após explanar a teoria dos precedentes e sua aplicabilidade no direito brasileiro (capítulo primeiro) e analisar os contornos da independência judicial e da liberdade decisória, que vem a reboque daquela (capítulo segundo), apontar de que lado está a razão no debate “sistema de precedentes x independência judicial/liberdade decisória” (terceiro capítulo). Entretanto, o desenvolvimento e o amadurecimento do presente estudo demonstraram que referido problema central não comportaria uma resposta estanque e peremptória. Observou-se, na verdade, que os dois lados do embate apresentavam algumas premissas equivocadas e que a simples adoção de uma postura ou outra seria conduzir este trabalho aos mesmos erros então verificados.

Optou-se, assim, pela elaboração de um terceiro capítulo que apontasse os equívocos acima referidos e propusesse condições de convivência no sistema jurídico do respeito aos precedentes com a independência judicial. Tendo por base, principalmente, o aporte teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, buscou-se adotar uma posição que resgatasse o valor do precedente na construção do Direito e que, ao mesmo tempo, fortalecesse a independência judicial e a democracia. Partiu-se do pressuposto, frise-se, que a incompatibilidade entre a independência judicial e o respeito aos precedentes apenas se sustenta mediante concepções equivocadas dos valores jurídicos envolvidos na discussão.

A primeira conclusão proporcionada pelas construções efetivadas no terceiro capítulo é a de que não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação; e que essa interpretação é sempre produtora de sentidos, jamais reprodutora. A complexidade da atividade hermenêutica a partir do uso de precedentes é tão complexa quanto a exercida sobre a lei, sendo impossível e ilegítimo conferir a tribunais de cúpula - intérpretes autorizados - o poder de definir “o sentido adequado” de um texto jurídico, a ser seguido reprodutivamente pelo restante do Judiciário.

É possível afirmar, na mesma esteira de raciocínio, que as palavras e, assim, os textos de lei e os precedentes não contêm essências, tampouco a realidade. Não é possível ao intérprete extrair “o sentido” de qualquer desses textos, transportando-o abstratamente a sua mente e dele formando um conceito geral, universal, aplicável a futuros casos por um raciocínio lógico. O precedente, com efeito, é um texto e, como tal, não é norma, de modo que sua aplicação não se dá automaticamente.

Ademais, a *ratio decidendi* do precedente se refere à resolução de um determinado caso concreto, não sendo elaborada para resolver casos futuros. A sua aplicação em casos posteriores é acidental e independe da vontade do órgão julgante que a proferiu. Somente com essas ponderações, já é possível observar que a mera utilização de um sistema de precedentes no direito brasileiro não é suficiente para se conjugar segurança jurídica, isonomia e prestação jurisdicional adequada. Conforme se apontou, o próprio *common law* também sofre com esses problemas.

Ainda no primeiro tópico do terceiro capítulo, buscou-se demonstrar que a tentativa de instituição de um sistema de precedentes por meio do novo Código de Processo Civil se mostra equivocada justamente por pressupor que uma mudança sistêmica desta magnitude e complexidade possa se realizar via alteração legislativa.

Na segunda parte do terceiro capítulo, procedeu-se à desmistificação do entendimento de que o juiz é livre para decidir e que essa é uma fatalidade incontornável do ordenamento jurídico. Juntamente à Crítica Hermenêutica do Direito, é possível aduzir que, a partir do paradigma da filosofia da linguagem e de sua aplicação no universo jurídico, a decisão judicial não pode mais ser considerada o resultado de um conjunto de sensações e preferências pessoais do julgador não sindicáveis externamente (vulgata da filosofia da consciência).

O sentido de dispositivos de lei ou de um determinado precedente não está à disposição do intérprete e, sim, resulta de um *a priori* compartilhado que substitui o solipsismo subjetivista por um *contexto intersubjetivo de fundamentação*. O julgador, ao atribuir sentido a um dispositivo de lei ou à Constituição, ou, então, ao acervo probatório carreado a um processo, não tem - ou não deveria ter - liberdade para decidir conforme sua consciência, sua concepção de justiça ou suas impressões pessoais acerca das provas produzidas. Isso porque a atribuição de sentido não se dá fora da história, nem isoladamente pelo julgador. A interpretação ocorre, isso sim, num lugar do espaço e do tempo, e não pode desprezar o Direito construído até esse momento (tradição).

Observou-se que os precedentes, nessa proposta teórica, devem ser entendidos como componentes da tradição - no sentido hermenêutico do termo, representando indícios formais para guiar a interpretação dos juízes e possibilitar julgamentos condizentes com a integridade do direito. Isto é, as decisões passadas devem ser utilizadas no processo de integração do

direito, para, enquanto pré-compreensão, servir de indicativo formal para a conformação da próxima resposta.

Diante do exposto no terceiro tópico do terceiro capítulo, é possível concluir que a praxe dos tribunais brasileiros no manuseio de julgados passados evidencia uma mistura de *objetificações* de conceitos jurídicos e de *subjetivismos* dos intérpretes, que esconde os casos concretos e diminui a qualidade da prestação jurisdicional.

As construções feitas no último ponto do terceiro capítulo permitem aduzir que, embora o *stare decisis* tenha surgido no *common law* exatamente como uma arma para defender a independência judicial, essa constatação apenas faz sentido quando se tem em vista o modo como os precedentes são aplicados naquele sistema. Repita-se, como uma atividade interpretativa, produtora de sentido, que considera as respostas dadas a casos passados como indícios da resposta correta a ser dada ao caso presente; em que a força vinculante das decisões, mesmo as dos tribunais de cúpula, apenas será definida no julgamento de casos futuros. Dessarte, concluiu-se que, a partir do momento em que se defende a aplicação mecânica e hierarquizada de entendimentos jurisprudenciais, como se os tribunais superiores fossem o oráculo do direito, há, sim, quebra da independência interna do Judiciário.

O Direito tem autonomia e essa é uma constatação fundamental para a preservação do Estado Democrático de Direito. Os precedentes, nesta senda, assumem papel importantíssimo no combate aos decisionismos e às arbitrariedades. Isso porque compõem a tradição, a obra coletiva, o todo da prática jurídica que deve constranger o intérprete na atribuição de sentido. A fragmentação e o pragmatismo jurídico-político que esvaziam diariamente a Constituição estão totalmente relacionados à falta de respeito à tradição e, naturalmente, aos precedentes.

A defesa dessa autonomia no estado democrático permite duas conclusões finais. A primeira informa ser necessário desvincular a liberdade decisória da independência judicial, uma vez que aquela, ao autorizar um agente público a decidir conforme suas próprias concepções sobre o direito, mostra-se antidemocrática; o que é diametralmente oposto à função da independência judicial: preservar a democracia. A segunda nos diz que, sendo o direito uma prática interpretativa e uma obra coletivamente construída, o barramento de atribuição de sentido em relação a algumas parcelas do Judiciário, concentrando-se a criação jurídica nos tribunais de cúpula, fere a independência judicial, a autonomia do Direito e a democracia.

Buscando resumir tudo o que foi dito nessas considerações conclusivas e retomando a hipótese central deste trabalho, é possível fazer as seguintes afirmações: a) a utilização de precedentes é compatível com a independência judicial; b) os juízes não são - pelos menos, não deveriam ser - livres para decidir conforme seu próprio convencimento acerca do direito e das provas; c) A utilização de precedentes não é a solução para a falta de isonomia e de previsibilidade diante das decisões judiciais, mas é um importante instrumento no combate à fragmentação das decisões judiciais; d) A aplicação de precedentes no direito brasileiro somente se apresenta como um risco à independência judicial diante das propostas da comunidade jurídica que defendem a vinculação burocrática e hierarquizada de entendimentos.

Por derradeiro, tendo em vista que este trabalho, como qualquer outro, tem suas incompletudes e será, com certeza, aprofundado por seu autor ou, eventualmente, por outros que tenham interesses no assunto, cabe deixar consignado que a continuação deste estudo, ao que tudo indica, passaria pela demonstração de que a solução para o problema da fragmentação das decisões judiciais, que gera quebra da isonomia e da segurança jurídica, demanda profunda reestruturação ou, sendo mais radical, efetivo desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial que recepcione os avanços copernicanos auferidos pela hermenêutica de cunho filosófico.

E o primeiro grande passo para tanto, salvo melhor juízo, é refutar as posturas teóricas que se baseiam ou que, de alguma maneira, reforçam no/o subjetivismo dos julgadores - liberdade decisória, protagonismo judicial, livre convencimento, positivismo fático, discricionariedade, ponderação, ativismo, etc. - e demonstrar de maneira aprofundada que os aportes da hermenêutica, que não podem dispensar o valor dos precedentes, são capazes de controlar a fragmentação das decisões sem a necessidade de instrumentos de vinculação hierarquizada de entendimentos jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; NERY JR. Nelson. *Stare decisis* vs direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

ACCATINO, Daniela. El precedente judicial em la cultura jurídica chilena. In: **Anuario de Filosofia Jurídica y Social**, Valparaíso: Edeval, n. 20, 2002.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law e common law*. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

AXT, Gunter. **Considerações sobre a autonomia do Poder Judiciário na história nacional**. Palestra apresentada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 1º de outubro de 2001, por ocasião das efemérides que comemoraram os 110 anos de instalação daquela Corte. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/doc/consideracoes.doc. Acesso em: 18 de junho de 2014.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. Coleção Doutrinas Essenciais. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.. **Processo e Ideologia**: O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abril de 2014.

Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Projeto de Lei n. 8.046/2010. Origem: Projeto de Lei do Senado n. 166/2010. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 8.046-A de 2010 do Senado Federal. “Institui o novo Código de Processo Civil” e revoga a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.705.896/RR**. Agravante: Estado de Roraima. Agravado: Rommel Luiz Paracat Lucena. Relator: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Pernambuco), Brasília, 21 de maio de 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.251.331/RS**. Recorrente: Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A. Recorrido: Enéas da Silva Amaral. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, Brasília, 28 de agosto de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201100964354. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n.12, de 14 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/26389>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 203**: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Corte Especial.

Brasília, 23 de maio de 2002. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27203%27>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso**

Extraordinário n. 571.572/BA. Embargante: Telemar Norte Leste S/A. Embargado:

Albérico Sampaio do Lago Pedreira. Relator: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 26 de agosto de 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+571572.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+571572.ACMS.%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/au6ydx>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Execução Penal n. 3/DF (origem: Ação Penal n. 470)**. Polo passivo: Delúbio Soares de Castro. Decisão Monocrática: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 14 de maio de 2014. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4499807>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até dezembro de 2013], Brasília: STF, 2013. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf. Acesso em: 18 de junho de 2014.

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

_____.; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. O feito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Processo civil em movimento**. Florianópolis: Conceito, 2013.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.786, p.108-128, abr. 2001.

CAMEJO FILHO, Walter. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.); PIRES, Adriana *et al* (Colab.). **Prova cível**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. Coleção Doutrinas Essenciais. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). **Direito Constitucional**: organização dos poderes da república. Coleção Doutrinas Essenciais. v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Adriano Mesquita; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Independência judicial *versus* poder disciplinar. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p.47-55, Jul./Ago. de 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. v.2. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. **O Poder Judiciário e sua independência**: uma abordagem de direito comparado. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 8, p.121-149, Jul./Set. 2009.

FEDERACION LATINOAMERICANA DE MAGISTRADOS. **Declaración de principios mínimos sobre la independencia de los poderes judiciales y de los jueces en américa latina (Declaración de Campeche)** - 2008. Disponível em: <http://www.flamagistrados.org/declaraciones.asp>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no direito português e as súmulas no direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. **Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Salvador, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **O direito, a lei e a jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso; MEDINA, José Miguel Garcia. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. **Revista dos Tribunais**, n.739, p.11-42, maio de 1997.

KOERNER, Andrei. **A independência do Judiciário como garantia institucional dos direitos humanos**. [2000?] Disponível em: <http://iedc.org.br/wp-content/uploads/2010/11/A-Independ%C3%Aancia-do-Judici%C3%A1rio-como-Garantia-Institucional-dos-direitos-Humanos.doc>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

LIRA, Gerson. Direito à valoração das provas. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.); PIRES, Adriana *et al* (Colab.). **Prova cível**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; FAVA, Marcos Neves. **A defesa de sua independência: um dever do magistrado. Juízes para a democracia**. Disponível em: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29. Acesso em: 25 de março de 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2000. v.5. t.2.

MARQUES, José Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MARRAFON, Marco Aurélio. A questão da consciência histórica na obra “Verdade e Método” e suas implicações na (teoria da) decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do Judiciário no Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da jurisprudência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 56, n. 2, p.88-94, 1961. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66373/68983>. Acesso em: 17 de junho de 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____ Integridade do Direito implica igualdade de tratamento e respeito às mudanças. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/integridade-direito-implica-igualdade-tratamento-respeito-mudancas>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O Poder Judiciário: homenagem aos 200 anos da independência do Poder Judiciário brasileiro. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, n. 4. P.17-34, Out./Dez. 2007.

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

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 1995.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedentes: teoria geral e seus reflexos no projeto de novo código de processo civil. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil**: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 7000111674**/Cruz Alta. Apelante: Maria Etelvina Sampaio Bilibio. Apelado: Honorato Bilibio. Relator: Des. Osvaldo Stefanello. Porto Alegre, 11 de outubro de 2000.

_____ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70006975197**/Porto Alegre. Apelante: Sucessão de Gertrudes Elfrida Grimm Drews. Apelado: Walter Carlos Weber. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 22 de outubro de 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____ O hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Elida Lauris dos. **A independência judicial na reforma do Judiciário brasileiro**. Artigo apresentado no VI Congresso Português de Sociologia. 25 a 28 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/423.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAUSEN, Dalton. **A repercussão geral no recurso extraordinário**: perspectiva hermenêutica. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

SILVEIRA, José Néri da. A independência do Poder Judiciário e dos magistrados. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 4, p.199-214, nov. 1993.

STEFANELLO, Osvaldo. A independência judicial como pressuposto do estado democrático de direito. **Revista de Direito Militar**, 46, p.35-38, Mar./Abr. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____; SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. Recurso Especial, macro-lides e o puxadinho hermenêutico. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Coord.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Súmulas, vagezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 5, p.162-185, Out./Dez. 2008.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. Estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2008.

_____. Precedente e Giurisprudenza. In: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer; Lelo de Larrea, Arturo Zaldívar (org.). **Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio em SUS cincuenta años como investigador del derecho**. Mexico: Marcial Pons, 2008. T. V, n. III. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em: 17 de junho de 2014.

_____. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

TORTELLI, Ederson. Não existe hierarquia entre juízes e tribunais. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-19/juizes-tribunais-atuam-mesma-autoridade-hierarquia-entre-si>. Acesso em: 25 de março de 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. O dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

WARAT, Luis Alberto. **A digna voz da majestade**: lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula Vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.