V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

QUESTÕES CRÍTICAS À TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL: EM BUSCA DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA NO DIREITO

CRITICAL ISSUES TO THE THEORY OF PRECEDENT IN BRAZIL: IN SEARCH OF INTEGRITY AND CONSISTENCY IN LAW

Maiara Vieira Fonseca [1]

Resumo

Investiga-se a utilização de precedentes no Brasil como justificativa de escolhas discricionárias. Avalia-se a necessidade do uso desta teoria no Brasil, que está intrinsecamente relacionada à perigosa "vinculação" em uma gestão estratégica de "eficácia" quantitativa na prestação jurisdicional, questionando-se a falsa ideia de segurança jurídica perpetuada. Observando-se aspectos como a prestação jurisdicional, responsabilidade política do juiz e vinculação à Constituição escrita e analítica, este artigo reflete sobre a adoção de precedentes como "forma de fundamentação jurídica". Assim, a hermenêutica jurídica contribui para as críticas e a construção de um caminho que aponta o problema da falta de integridade na jurisprudência.

Palavras-chave: Precedente, Segurança jurídica, Integridade da jurisprudência, Discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

Investigates the use of precedents in Brazil as justification for discretionary choices. Evaluates the need for the use of this theory in Brazil, which is intrinsically related to the dangerous "linking" in strategic management of "effectiveness" quantitative in adjudication, questioning the false idea perpetuated legal certainty. Observing aspects such as adjudication, judge of political responsibility and adherence to the Constitution and analytical writing, this article reflects on the previous adoption as a "form of legal reasoning". Thus, the legal hermeneutics contributes to the criticism and the construction of the path that points the problem of lack of integrity in jurisprudence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Legal certainty, Jurisprudence of integrity, Discretion

[1] Mestranda como Aluna Especial em Políticas Públicas e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Introdução

A partir da percepção de que a atuação jurídica repercute em todo o sistema jurídico, que pode apresentar reflexos positivos ou negativos, a depender da forma de aplicação, questiona-se a necessidade e a escolha deste instrumento como fundamentação jurídica. Considera-se especialmente o transporte do precedente judicial no Brasil como ponto de partida para os questionamentos desenvolvidos, na medida em que há uma considerável distorção de sua aplicação, assim como na jurisprudência, quando utilizados em peças processuais e especialmente em decisões judiciais, apenas como o encaixe ao posicionamento adotado previamente.

A ideia do precedente proliferada no contexto da "segurança jurídica" aponta a percepção de que não há unidade na tutela jurisdicional que certamente traz um problema. Em especial quando é presenciado um contexto jurídico de passividade doutrinária, no qual os tribunais superiores acabam ditando e prevendo as decisões de instância inferior, vinculando interpretações e servindo de aporte jurídico para fundamentação. Apresenta-se questionável a utilização do precedente como vinculação de decisões, até porque muitas vezes deslocado do caso em concreto e usado como mero legitimador de decisionismos[1], tornando-o ferramenta na busca da instrumentalização do Direito.

Isto perpetua a discricionariedade (principal característica do positivismo ainda a ser combatido) no sistema jurídico brasileiro e apresenta um retrocesso em reprodução impensada e descontextualizada, formando "jurisprudência pacífica". Consequentemente, a falta de uma análise profunda no sentido da aplicação da norma[2] ao contexto em que foi criada, em detrimento da noção constitucional, abre caminho para a escolha discricionária de um "precedente" em detrimento de outro, ou seja, posiciona-se de acordo com a livre vontade do julgador, esquecendo-se de sua responsabilidade política[3].

---

1 *Decisionismos*, na visão de Lenio Streck diz respeito às decisões arbitrárias e discricionárias, particulares – herança do positivismo que não aceitou a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do Direito, a qual rompe com a relação sujeito-objeto -, que inferiorizam ou sequer observam a lei democraticamente estabelecida, os princípios constitucionais, fragilizando a autonomia do direito pelo moralismo do sujeito-juiz, promovendo a falta de integridade na jurisprudência.

2 Sobre a *norma* merece destaque a visão de Lenio, no sentido de que a partir do "movimento hermenêutico" (séc. XX), a tarefa do intérprete (do direito) é o de atribuir sentido. Este ato de atribuir sentido seria a interpretação que não se separa da aplicação. Merece destaque a distinção entre texto e norma, pois não são a mesma coisa, contudo, se tocam na medida em que o texto antecede a interpretação, a lei coloca limites à interpretação conferida ao texto.

3 *Responsabilidade Política* é um conceito advindo de Dworkin, intrinsecamente ligado com o comprometimento do Juiz com o Direito que lhe antecede, aqui compreendido na perspectiva de Lenio Streck seria um *conceito*

1 O precedente judicial como solução?

Como pano de fundo para a temática estão a democracia e o paradigma constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988, os quais são fatores determinantes para a nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, conforme Lenio Streck (2014, p. 45), principalmente diante de um texto constitucional principiológico baseado em direitos fundamentais e o expresso compromisso do Estado na transformação social. No entanto, mesmo após tantos anos, a ineficiência dos Poderes Políticos, a falta de concretização de direitos fundamentais e a ampliação de acesso ao Judiciário, constituem-se em questões determinantes para o processo de ampla judicialização.

O apelo ao Judiciário, como bem esclarece Ingeborg Maus (2000, p. 185) não se dá somente em decorrência das características próprias deste cenário, tampouco exclusivamente da ampliação de seus poderes (controle jurisdicional do legislador ou aumento do poder de interpretação), e sim, toma tais proporções em função da evolução de uma representação da Justiça por parte da população. De fato, a autora comparação da figura do pai enquanto censor moral, ao dos juízes no que tange a sociedade que delega a concretização de suas conquistas às decisões do Poder Judiciário.

Tudo isso confere uma expectativa ao Poder Judiciário como provedor, inclusive de políticas públicas, arvorando-se de uma tarefa que por vezes não é sua em nome da concretização dos princípios trazidos, explícita e implicitamente, pela Constituição. As decisões passam assim cada vez mais a se legitimarem em um sistema de introdução de juízos morais em alguma medida as imunizam de críticas, pois o resultado mais "justo" deve ser alcançado, ainda que para isso a justificativa[4] tenha que escapar da legalidade. Essa intervenção judicial em certa medida favorece o atraso de diálogos democráticos necessários acerca de temas controvertidos, considerando que uma posição política bem definida poderia custar votos aos parlamentares, é facilmente garantido

interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Assim, o direito tem esse papel limitador de sentido, ou seja, um limitador de decisões contramajoritárias, em exercício de controle público sobre as decisões judiciais (produção de normas).

[4] Aqui o termo *justificativa* foi propositalmente colocado, pois trabalha-se com a ideia de que uma decisão judicial não é uma escolha, necessária fundamentação adequada à Constituição, para dizer o mínimo. Assim, frente a decisionismos e determinações judiciais carentes de fundamentação, o que se apresentam podem apenas ser consideradas meras justificativas.

pelo Poder Judiciário em decisionismos, por vezes, aclamados pela sociedade desacreditada dos Poderes Executivo e Legislativo[5].

Não bastasse isso, ao arvorar-se de funções que não são suas legitimamente, houve sobrecarga na prestação jurisdicional e consequências disto são tentativas de diminuir a demanda, fazendo uma verdadeira "coleta seletiva" de processos na dicotomia qualidade/quantidade, primando muito mais pela segunda, através de mecanismos para multiplicar as decisões conforme os processos chegam. Tal perspectiva evidencia-se nos casos dos recursos interpostos, cujos requisitos analisados passaram a ser a contrariedade às súmulas com a estendida contrariedade à jurisprudência dominante, Súmulas Vinculantes e assim por diante, chegando à máxima subjetividade com o filtro da repercussão geral, que até hoje não se sabe ao certo o que significa, utilizando-se da visão de Streck e Abboud (2014, p. 13). Neste cenário, a Teoria dos Precedentes apresenta-se como novo instrumento em busca da segurança jurídica e começou a ser implantada nos julgados como forma de fundamentação. Revela-se visível que o sistema tem se retroalimentado, na medida em que o Direito é tomado como juízo valorativo ou ainda o que os "Tribunais dizem que é", e enquanto a doutrina for caudatária da jurisprudência[6] e os concursos proliferarem a doutrina "estandardizada" [7], a aplicação do precedente judicial nos moldes de eficácia quantitativa é perigosa.

No entanto, perquirindo o fenômeno da aplicação do precedente como forma de fundamentação, percebe-se que este não é muito distante do que ocorria no século XIX, quando se esperava que o juiz conferisse voz à lei (positivismo primitivo), ou seja, atribuísse sentido à lei livremente, conforme observa Ramires (2010, p. 37). Portanto, não é mais possível defender após a introdução de uma Constituição escrita e analítica, que haja ainda hoje espaço para se buscar fora do ordenamento jurídico uma teoria de outra tradição jurídica (*common law*). Dessa forma, a fragilidade do argumento da segurança jurídica exsurge da dependência de um protagonismo do sujeito como pilar de fundamentação para tornar legítima uma decisão discricionária, não democrática, fazendo diminuir e não aumentar a igualdade.

---

[5] Interessante perceber que dentre os três Poderes do Estado, o descrédito populacional é justamente aos que lhe representam diretamente, pois eleitos pelo voto, diferentemente de um juiz, concursado e que dentre suas garantias constitucionais está a vitaliciedade.

[6] Aqui o termo *jurisprudência* já deve ser compreendido como uma construção, um compartilhamento de sentido na construção da norma, uma decisão isolada não forma jurisprudência.

[7] Termo utilizado por Lenio Streck em diversos artigos e livros de modo referir-se a dogmática jurídica do senso comum teórico (um saber não-reflexivo), que tenta "simplificar" o fenômeno jurídico, banalizando o direito e promovendo sua massificação através de um mercado de produção de, como por exemplo, manuais de baixa densidade teórica, conforme o autor este senso comum já teria sido denunciado por Luis Alberto Warat.

É importante ter claro que igualdade constitucionalmente prevista não significa generalização ou abstração de modo a deixar de lado os fatos do caso concreto. Nesse sentido já alertava Hegel (1995, p. 237) sobre o perigo da abstração (forma sensitiva), o que é incompatível com a necessidade legal de fundamentação. Contudo, o rumo que o sistema jurídico atual vem tomando em busca de uma solução para o excesso de demanda na abstração de julgados cada vez menos democráticos, contribui em larga escala para falta de coerência, o que está ligado à manutenção da discricionariedade, principal elemento caracterizador dos positivismos[8].

1.1 Alguns aspectos aplicativos de uma teoria de precedentes judiciais

De início é necessário deixar claro que não se pretende aqui esgotar o conceito de precedente conforme o *common law*, em sua origem, até porque "uma common law pura, entendida como judge-made law, entretanto, só existiu realmente na Inglaterra vitoriana" (RAMIRES, 2010, p. 64). Entretanto, faz-se necessário atentar à situação que ganhou destaque entre os juristas brasileiros denominada como "*commonlização*", como se por mera liberalidade ao importar tal teoria iríamos escapar das garras do positivismo. Não há nenhum embasamento empírico, segundo Lenio Streck e Georges Abboud (2014, p. 90) que autorize afirmar que "*common law* é melhor que *civil law"*, e vice e versa. Contudo, o fato de que as decisões inovam juridicamente quando se fala em precedente é o que faz Maurício Ramires (2010, p. 31) afirmar que o que se apresenta no Brasil segue uma lógica de aleatoriedade estranha a qualquer sistema de *case law*.

Estes últimos dois autores apontam, sob uma ótica hermenêutica, que não há divisão entre a interpretação e a aplicação da lei. Assim, Streck (2014, p. 60) explana a perspectiva de como o Direito se assemelha a literatura, comparando o juiz a um romancista que escreve um romance em série com outros, sendo que essa continuidade traria um dever de coerência. Assim, a lei limita o sentido que esse texto vem a assumir no processo, ou seja, limita a interpretação a ser conferida pelo magistrado na criação da norma para aquele caso em concreto. No entanto, a partir do momento em que outro juiz aplica este julgado desvinculado do caso precedente, está

[8] Aqui a referência diz respeito a todas as formas de positivismo (como exemplo os ativismos, protagonismos, voluntarismos), ligadas por uma característica comum que é a discricionariedade ainda a ser combatida. Os positivismos se apresentam historicamente como: primevo ou legalista, normativista e, por fim, o neopositivismo, conforme: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Disponível em: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e Abril/2010.

interpretando subjetivamente, atribuindo outro sentido, pois não se baseou na norma, tampouco no sistema jurídico que lhe antecede, no caso, a lei.

Veja-se que feita a aplicação correta, conforme preceitos do *common law*, o juiz poderia adequar a primeira decisão através do direito retirado do caso, sem jamais abstrair-se da lei de forma infundada, ou seja o precedente não desobriga o juiz a fundamentar, pelo contrário, este ainda teria de explicar a escolha do precedente e qual a pertinência de seu uso no caso concreto. O precedente não legitima o juiz a afastar-se do sistema jurídico sem que haja a compatibilidade correta exaustivamente fundamentada. Ademais, afora questões muito específicas, uma decisão é proferida a um determinado processo que poderia ser extensível a casos futuros, no entanto, não pode ser tomada como resposta para casos futuros, pois esta não é a intenção do *common law*. Aliás, a intencionalidade perceptível no uso do precedente já indica que algo não está bem. De ressaltar-se que não fosse a farta fundamentação e o contraditório, sequer a decisão poderia ser utilizada como precedente, por isso conhecer as razões da decisão é imprescindível. A força do precedente não se esgota meramente em uma frase ou em um parágrafo, ele não pode ser medido. O sentido que abrange o precedente percorre o caso em concreto e difere-se de uma norma, trata-se, pois, de uma regra.

Não bastasse isso, o efeito vinculante do precedente não é absoluto, isto é, não há vinculação indiscriminada. As regras de vinculação podem variar de um sistema *common law* para outro (exemplo da Inglaterra para os EUA), tomando-se como exemplo o sistema anglo-saxão tem-se que cabe às partes e ao juiz da causa avaliar e fundamentar a necessidade e compatibilidade da aplicação do precedente no processo em questão, bem como os efeitos a ele conferidos. Toni Fine (2011) auxilia a perceber que desde sua origem histórica há algumas características intrínsecas daquele sistema que são responsáveis pela forma com que se apresenta.

1.2 O caráter interpretativo do Direito e a teoria dos precedentes judiciais

Aparentemente há um falso imaginário que uma teoria de precedentes possa ilidir o caráter interpretativo do Direito, mormente ao se considerar que, no Brasil, a ideia de precedentes está intimamente vinculada com a otimização da prestação jurisdicional. Acontece que o dever de fundamentação das decisões judiciais é cânone constitucional e democrático brasileiro, de modo que independente da forma do sistema - civil law, common law ou misto – não há como

prescindir-lo. Não se pode olvidar, por exemplo, que o próprio Dworkin, criado na tradição da *common law*, sempre defendeu a ideia de Direito como conceito interpretativo, premissa que orienta a metáfora do romance em cadeia onde toda decisão implica a necessidade de uma reconstrução da história institucional do Direito, de modo que o intérprete enfrente suas próprias pré-concepções em prol de uma moral institucionalizada pela comunidade política, conforme Dowrkin (2007, p. 272). Isso porque a responsabilidade politica do julgador lhe impõe o dever "prestação de contas" com a tradição de sua comunidade.

René David (2002) demonstra que a diferenciação entre os sistemas surge justamente no papel e na importância conferidas a cada uma das fontes, apresentando-se uma hierarquia entre as fontes. A família romano-germânica, a qual pertence o Brasil, apresenta a lei como fonte principal e a Constituição como vértice, com um prestígio particular.

Em decorrência disto, os reflexos trazidos pelo transporte da teoria de precedentes para o Brasil sem uma mudança conjuntural na forma de aplicar os mecanismos de fundamentação jurídica, não bastam para que possamos tratar de uma aproximação com o *common law*, pois sua sistemática de funcionamento sofre consequências da adequação em nosso sistema romano-germânico inexoravelmente, o que vem a contribuir, uma vez mais, a desintegrar o Direito.

Agora, figure-se a pretensa segurança jurídica (que anteriormente já foi “fundamento” para o positivismo) como justificativa para a adoção de uma teoria dos precedentes do *common law* como instrumento de decisão em bloco. A importante diferenciação decorre basicamente dos sistemas de aplicação e de interpretação utilizados em cada tradição, e não está pautada simplesmente em uma utilizar-se de leis e outra de jurisprudência como base.

Em primeiro lugar, não é possível deixar de lado que o precedente combina muito bem com o sistema dos Estados Unidos, pois oportuniza sua atualização constitucional e o diálogo constante como frutos do conjunto do sistema norte-americano. Deve-se ter claro que o precedente não é responsável, por si só, pela integridade. O compromisso das partes em demonstrar a relevância jurídica do caso precedente, assim como fatos e questões legais similares, aliados a discussão sobre o que faz parte do *holding* ou *dictum*, além da possibilidade de uma decisão pelo júri, desestimulam aventuras judiciais e contribuem para o comprometimento de todos que atuam no sistema jurídico.

Ao considerar a visão do sistema anglo-saxão apresentada por Toni Fine (2011), é compreensível que o *common law* desestimula que decisões sem o amparo de um precedente

sigam em uma apelação, por exemplo. Igualmente, diante da doutrina do *stare decisis* "as decisões judiciais de hoje serão os precedentes de amanhã" (FINE, 2011, p. 69), de modo que os juízes seriam incentivados à cautela na formulação de suas opiniões. Outra característica que faz distinção entre as duas tradições refere-se ao próprio conteúdo e natureza dos conceitos jurídicos utilizados, assim como a forma de raciociná-los, de modo que doutrina do precedente é vinculada ao costume dos juízes, na qual cada precedente terá uma *ratio decidendi* que vai configurar o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto e também terá *obter dicta* que representaria as demais argumentações que não possuem a normatividade conferida à *ratio decidendi*. Eis a razão pela qual a *ratio decidendi* só tem sua razão de ser quando analisada em correspondência com a questão-fática que ela solucionou, sob pena de não tornar-se uma regra jurídica. É este sistema de análise pretérita e o respeito pela coerência que conferem a aplicação correta do precedente judicial.

Assim, há uma diferença crucial entre um precedente e uma jurisprudência dotada de efeito vinculante, pois esta opera em "efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma" (STRECK; ABBOUD, 2014, p. 105). O paradigma é estabelecido anteriormente e a partir deles das decisões passam a ter-lhe vinculação. Apesar destas características, a jurisprudência no *civil law* não possui o caráter de regra com a mesma validade normativa da regra instituída pelo legislador, justamente em razão de sua derivação, ao contrário do que ocorre nos países de *common law*. Desse modo, "a jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir." (DAVID, 2002, p. 150-151).

Por isso, a discricionariedade é um fator de risco a ser considerado quando se pensa na ideia de precedentes, de modo que a utilização de "valoração moral" da jurisprudência não deve ser confundida com o princípio (deontológico), haja vista que este ao fechar a interpretação funciona como um escudo contra o relativismo, enquanto aquela aparentemente funciona quase que como "libertação da lei" para garantir uma sintonia com a vontade popular, com a expectativa de "justiça". Esse movimento jurisprudencial é não observar a regra, não cabe ao magistrado inovar o direito a cada decisão.

2 O precedente gera o quê? Distinção entre regra e norma

O transporte do precedente para tradição jurídica romano-germânica, especialmente no que diz respeito ao Brasil, apresenta dificuldades, haja vista a carência de uma teoria de interpretação. Ademais, a instrumentalização desejada com esse transporte não se efetiva em realidade, tendo em vista que os descuidos para sua utilização e a abstração do caso e da lei conferem às decisões judiciais brasileiras uma aleatoriedade que fragiliza o Direito. O precedente não foi uma solução encontrada para o sistema norte-americano como aqui se quer fazer. O respeito pelas regras demonstra-se mais adequado, uma vez que "a aplicação de princípios racionais e fundamentados em todos os sentidos, por outro lado, inspira confiança n estado de direito e nas instituições que o apoiam e promovem." (FINE, 2011, p. 78).

Não bastasse isso, o precedente se apresenta como regra no sistema *common law*. Por exemplo, nos Estados Unidos, muito embora haja uma codificação, a regulamentação difere-se de um estado para o outro em um federalismo mais intenso que aqui no Brasil. Não há, como aqui, um código civil com aplicação nacional para todos os casos de família, assim sendo além de criar possibilidade de adequação social e respeito às normas, o sistema apresenta-se dinâmico especialmente pelo respeito ao precedente como regra, com princípio orientador a ser perquirido pelo caso futuro.

É bem verdade que algumas decisões jamais irão vincular seus efeitos mesmo no *common law*, como é o caso de decisões dos tribunais de apelação nos casos federais cuja discussão seja pautada sobre julgamento final emitido por uma corte distrital. Contudo, mesmo as cortes federais não estão autorizadas a emitir parecer em caráter preventivo, sua interpretação está limitada ao caso, também de forma contenciosa, *inter partes*. A interpretação da lei (norma) que será aplicada no caso concreto (regra instituída por um princípio) é feita também na mesma linha de raciocínio com a aplicação do precedente. Toma-se esta regra e interpreta-se de acordo com a similaridade das questões legais e dos fatos apresentados, a relação entre a Corte que decidiu o caso precedente e a que está decidindo a questão atual, além de considerar *dictum* e *holding*, conforme Fine (2011).

Além disso, o querelante deve demonstrar um prejuízo concreto e particular, não uma ofensa genérica e mais, o problema deve estar em andamento para a Corte resolver. O alto compromisso da advocacia com os padrões éticos, até porque a maioria dos juízes vem de uma carreira de sucesso na advocacia privada ou pública, são características que confirmam a manutenção de um sistema que desestimula a procura descompromissada do Judiciário.

Tudo isso permite esclarecer que a aplicação dos precedentes à brasileira percorre diametralmente o caminho inverso de sua aplicação originária. Isto quer dizer, enquanto no *common law* há uma busca pela distinção entre o *dictum* (constituído de considerações e argumentações irrelevantes para o resultado final da demanda, uma vez que não podem ser classificadas como fundamentos jurídicos da decisão) e o que é *holding* também perpassa necessariamente pelo olhar ao caso passado. Do caso em questão parte-se para análise histórica das decisões aos casos que a este se assemelham.

O caso precedente não irá ditar uma previsão, como se fosse um oráculo, mas ele expressa um entendimento lançado no mundo jurídico e, portanto, não pode ser ignorado. Importante deixar claro que a doutrina do *stare dicisis* surgiu posteriormente ao precedente, como uma forma de sistematização de sua aplicação, conferindo grande relevância para a consideração correta da *ratio decidendi* (depreende a regra subjacente à decisão). Este trabalho é consciente e se dá também em forma de interpretação e análise, porque não há uma regra pronta, enunciada como uma lei. Na busca pela *ratio decidendi* ocorre um processo hermenêutico, contendo um sentido comum, compartilhado e legitimado. O precedente não se apresenta como uma fórmula pró-futuro, tampouco como enunciado abstrato ou súmula vinculante.

A pretensão de universalizar enunciados, ementas jurisprudenciais e súmulas vinculantes apenas denotam o quanto é perigoso o transporte de uma técnica que requer a interpretação e perquirição da regra estabelecida pelo enunciado vinculante da decisão judicial precedente, quando sequer aqueles enunciados prontos (leis – normas) são respeitados. Não se pode comparar o precedente judicial com a súmula vinculante, pois além do exposto, Streck (2010, p. 166) lembra que sua própria essência é diferenciada, pois esta última assemelha-se mais com regra geral e abstrata.

Em razão disso, o uso do precedente à brasileira nada mais faz do que engessar o sistema jurídico com a ilusão de contensão de demandas ou segurança jurídica. Apesar do dinamismo apresentado pelo precedente no *common law* não é possível deixar de lado que a carga histórica de uma tendência inegavelmente autoritária no nosso sistema *civil law* de origem romana aliado ao contexto apresentado até aqui, colabora para que haja uma precipitação na aplicação da regra.

2.1 Os atropelamentos de sentido na corrida quantitativa da celeridade processual

Com a instituição do Estado Democrático de Direito dentre as mudanças percebidas, destaca-se aqui o aumento do espaço da jurisdição (contramajoritarismo) e consequente autonomia do Direito. O contexto vivenciado atualmente é de uma perda da autonomia do Direito em uma verdadeira crise de efetividade qualitativa. Resultado disto mais uma vez é a fragilização do Direito e perpetuação da discricionariedade/arbitrariedade. No entanto, o resultado dos mecanismos de acesso ao Judiciário e até mesmo a cultura de judicialização de direitos fundamentais, somado às demais circunstâncias anteriormente debatidas é o número infindável de processos. Esse excesso de demanda judicial em um sistema com limitações estruturais e funcionais resultam em uma ineficácia qualitativa das decisões judiciais, onde estas são meras reproduções de ementários responsáveis pela fragmentação do Direito.

Claro que este não foi o problema percebido pelos Tribunais, o excesso de demanda sim foi alvo do esforço desempenhado pelo investimento em instrumentos vinculatórios (estes teriam caráter multifuncional e funcionariam tanto como técnica padronizadora como antecipadora de sentido, na medida em que a justificativa e resposta estariam postas pelas instâncias superiores). Nesse sentido o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu a primeira entrevista desde que assumiu o comando do CNJ e do STF ao site Consultor Jurídico (CHAER; CANÁRIO, 2015), cujo teor basicamente diz respeito a um balanço de sua gestão encarado positivamente frente a diversas medidas adotadas como o aperfeiçoamento dos filtros da repercussão geral e dos recursos repetitivos assim realizando um controle mais rigoroso quanto aos processos que efetivamente vão chegar ao julgamento pela Corte. A título de esclarecimento não se está aqui a retirar o mérito do Ministro pelas coisas boas de sua gestão, mas não se percebeu o problema da falta de comprometimento com a construção do Direito, tendo em vista que a instrumentalização causa o engessamento do sistema, isto é, uma padronização ligada a uma estratégia numérica processual que não é própria do Direito.

A gestão por meio da Portaria 191, por exemplo, criou um Conselho especialmente responsável por estabelecer canais de comunicação no Judiciário brasileiro destinado a difundir a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial a do STF. O que chama a atenção é o fato de que o objetivo desta comunicação é a celeridade na tramitação processual, porque os magistrados de primeira instância não precisariam julgar mais, o direito estaria pré-posto pelos Tribunais e consequentemente diminuiriam os recursos. No entanto, ao ignorar a realidade

jurisprudencial desses tribunais, partindo-se de um grau zero de interpretação, volta-se também à estaca zero, pois mais uma vez produzir-se-iam decisões discricionárias.

Entretanto, precaução deve ser tomada na corrida em busca dessa celeridade processual, pois este argumento não pode sobressair-se em um sistema de princípios constitucionais, pois "não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes das perguntas, e as perguntas são propostas pelo caso" (STRECK; ABBOUD, 2014, p. 16). Está-se longe de uma aproximação com o *common law*, cuja tradição do precedente se solidifica a cada aplicação em respeito à coerência e integridade do sistema jurídico com base na tradição. Por isso dizer que uma decisão isolada, desvinculada do sistema que lhe antecedeu o sentido, criando uma normatividade a partir do grau zero, ou, ainda, que decisões semelhantes aplicadas a casos diametralmente opostos atropelam o sentido do direito aplicado no caso e conferem à decisão uma expectativa legislativa, que é reforçada e até mesmo legitimada através da reprodução inapropriada e padronizadora.

Necessário faz-se considerar o controle como uma das razões de ser da publicidade das decisões judiciais em um sistema que se retroalimenta, no medida em a doutrina é caudatária da jurisprudência, esta reproduz seus entendimentos através de concursos e Exame de Ordem. O constrangimento jurídico deve realizar-se no ensino jurídico, na produção doutrinária, nos debates críticos, consolidando o Direito.[9]

2.2 A preocupação do novo Código de Processo Civil

Considerando-se os pontos até aqui discutidos, é de fácil percepção a utilização de diversos instrumentos jurídicos em busca de uma falácia de segurança jurídica. Embora acertada a previsão de fundamentação no Novo Código de Processo Civil, a surpresa demonstrada por magistrados indignados com tal obrigação chega a ser chocante.

Exemplos disto são diversas manifestações contrárias ao dever de fundamentação, que conforme explanado, já era um dever do juiz. Uma matéria do site Consultor Jurídico inspira a discussão em torno da necessidade de fundamentação e da análise das razões, pedidos e questões trazidas pelas partes na sentença, causam inconformidade com os juízes que prezam pela celeridade processual. Mais do que isto, a afirmação do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, que reconhece o dever de fundamentação expresso pela Constituição,

[9] Para saber mais sobre, ver: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-30/juiz-nao-limitar-tamanho-peticao-afirmam-especialistas>

mas é impreciso quanto ao que seria uma fundamentação adequada, reservando tal análise caso a caso (RODAS, 2015). Novamente se está frente a uma possibilidade de discricionariedade do juiz, já que é indeterminável projetar com certeza se as modificações efetuadas pelo projeto irão contemplar as necessidades fulcrais de nosso sistema jurídico.

No entanto, a atualização legislativa do Código de Processo Civil, evidencia que a preocupação ainda não mudou. Apesar de uma mudança benéfica no sentido da obrigatoriedade da fundamentação, deu-se preferência por mudanças relacionadas ao funcionalismo e à administração do Judiciário. Tomando-se o capítulo VII do Projeto de Lei nº 8046/2010, o qual versa sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, tem-se já como requisito o art. 930 que a controvérsia das demandas tenha potencial para gerar multiplicação dos processos em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica.

De pronto, é evidente que o incidente de demandas repetitivas não equivale ao precedente. A confusão talvez se dê em razão do mesmo pretexto utilizado para ambos os instrumentos, é dizer, a insegurança jurídica, cuja solução, novamente, se apresenta em um parâmetro de uniformização. Não fosse isso, a forma de aplicação assemelha-se àquela construção interpretativa para frente. O procedimento previsto, no mesmo capítulo referenciado, determina a suspensão dos demais processos até o julgamento do incidente, que terá a tese jurídica aplicada aos demais posteriormente. Para deixar claro, o incidente de demandas repetitivas não é precedente, embora haja uma decisão que irá inspirar as demais (suspensas), a sistemática de aplicação é bem diferente. O incidente promove o efeito cascata, contudo esta norma prevê certo grau de abstração, já que haverá de ser determinado quando haverá uma identidade da questão de direito.

Revela-se já a necessidade de uma construção do que seria essa questão de direito e mais, como se quer dissociar (agora com amparo legal) os fatos do direito. Como seria possível retirar o Direito e eleger um caso específico, frise-se, em detrimento dos fatos, é uma incógnita a ser solucionada, caso o projeto entre em vigor neste formato.

Por outro lado, considerando a previsão do artigo 935 do novo CPC inclina-se para uma participação mais efetiva da doutrina jurídica brasileira com os Tribunais, não como caudatária, mas como auxiliar da construção do Direito. Evidente que as preocupações apontadas são apenas conjecturas dentro deste tema, pois ainda não há uma aplicação deste incidente no mundo jurídico. Esta experiência poderá render bons frutos, mas deve ser considerada seriamente no

contexto jurídico brasileiro. Até porque, perceptível a intenção em padronizar os entendimentos forçosamente, tendo em vista que o projeto já prevê a Reclamação diante da inobservância da tese adotada.

O que se pretende com o novo Código de Processo Civil não é precedente, tampouco uma mudança estrutural, mas há uma inclinação tanto para a aproximação e participação doutrinária, como também para o compromisso político do magistrado com a fundamentação. Seguindo esta linha de raciocínio, imprescindível reputar a necessidade de uma mudança de consciência na aplicação e produção do Direito, não se pode projetar expectativas quantitativas também neste incidente, sob pena de tornar-se tão ineficaz e prejudicial quanto à aplicação dos precedentes.

3 A jurisprudência como fonte do Direito

Posto que o raciocínio trazido pelas críticas de Streck e Ramires com relação à responsabilidade com a interpretação da norma possui grande pertinência, tem-se que a intencionalidade de prestação jurisdicional quantitativa em uma tentativa desesperada de desafogar o Poder Judiciário não é possível. Isto traz à baila o papel da jurisprudência que, embora em um sistema precipuamente romano-germânico como o nosso, atualmente está em patamar de igualdade com as demais fontes do direito, em um fenômeno de deslocamento das fontes de acordo com as transformações sociais vivenciadas neste período. Há a necessidade de reconhecimento de tal fenômeno, bem como discussão sobre os reflexos por ele trazidos:

> El derecho se crea también a través de la decisión del legislador, a través de las leyes y, em mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces. [...] Junto a la legislación, también la jurisprudencia constituye uma forma de creación de derecho por decisión cuando los jueces, mediante sucesivas decisiones repetidas, sientam una doctrina acerca cómo deben resolverse ulteriores casos similares, es decir, sientan una norme general cuyo valor y posición dentro del ordenamento varía segun las épocas y los sistemas. (OTTO, Ignacio de, 2008, p. 20).

Em um segundo momento, cabe compreender que esta importância conferida à jurisprudência adere a esta uma forma de criação do direito. Ainda assim, este fenômeno não resolve, por si só, o problema da falta de democratização das decisões judiciais, tampouco autoriza a discricionariedade judicial. Este é um caminho ainda a ser percorrido trabalhando a responsabilidade política do magistrado, dialogando com a lei. Mais do que isso, imprescindível

reconhecer a contribuição de Dworkin, e no caso do Brasil, Lenio Streck como difusores da retomada das teses de caráter normativo pela doutrina, que abriu espaço para discussão sobre as fontes, como também pontua Antonio Enrique Pérez Luño.

Uma importante postura adotada pelo autor espanhol é no sentido de desmitificar a decisão judicial, tratando do ato de julgar como um ato humano, que percorre as ações de percepção, razão e decisão. Desse modo, novamente rememorando que o ato de julgar não se resolve isolado do mundo, parte-se da premissa de que o juiz não decide sozinho "La luz surgirá del debate entre los alegatos contrários. En lugar de la intervención de leyes abstractas, el Derecho era, en outro tempo, la controvérsia y deve seguir siéndolo" (LUÑO, 2011, p. 162).

A aplicação do Direito através da decisão judicial comprometida com este entendimento aproxima-se das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, e rememora a importância do comprometimento de todos aqueles que contribuem para a construção do Direito aplicado ao caso concreto. A preocupação com a abstração do caso concreto e fundamentação é compartilhada com Perez Luño (2011, p. 162) quando afirma que "desgajar la decisión judicial de su previa fundamentación racional equivale a convertir la voluntad del juez em voluntarismo; su decisión em decisionismo". Desse modo, verifica-se que tanto ao considerar a valoração da jurisprudência como fonte do Direito, quanto como ao considerar uma interpretação e fundamentação adequadas à Constituição, não é permitido ao juiz abstrair-se do caso em concreto.

Talvez a busca pela coerência e integridade do Direito esteja desencontrada. Ao procurar atingir tais características por mecanismos, metas e instrumentalização do sistema jurídico, esquece-se de que a legitimidade do conteúdo normativo passa necessariamente pela construção da coesão. Em outras palavras, uma atitude jurídica padronizada não garante a segurança jurídica, tampouco credibilidade e legitimidade.

A instrumentalização do Direito nestes termos tende a abstrair as particularidades dos casos, a dimensão social e valorativa do Direito, fragilizando assim o sistema jurídico que se quer harmonizar e isto permite afirmar com mais respaldo a necessidade do comprometimento com o ato de julgar e que a decisão judicial expande seus efeitos, sejam vinculantes ou persuasivos, por todo o ordenamento jurídico. Ainda que se reconheça à jurisprudência uma parcela criativa do Direito, esta não ganha independência indiscriminada da lei. Deve-se desvincular de um voluntarismo, como também de uma arbitrariedade. Nem tão para lá nem tão para cá. Chama a

atenção que “la actividad decisória em la que el juzgar consiste debe realizarse em el seno de sistemas y estructuras normativas, que la preserven de la arbitrariedad” (LUÑO, 2011, p. 168).

3.1 O choque entre a busca da integridade e o pluralismo.

Mesmo no *common law* a possibilidade da revisão judicial, observando-se a separação dos Poderes e garantindo a independência do Judiciário ao controlar em alguma medida os demais Poderes e vice e versa, conforme Toni Fine (2011) “sistemas de freios e contrapesos”, a fim de garantir a observância da Constituição é decisiva. Não bastasse isso, os estados detém autonomia sobre certos assuntos, de modo que cabe apenas ao estado legislar e sua palavra é final em alguns *leading cases*, diferente do que ocorre aqui com a prevalência do Estado Nacional.

Posto isto, apesar de já demonstrado, pelo menos, a desnecessidade/ineficácia de importação deste instrumento e como isto, por si só, não nos faz mais, nem menos, próximos da tradição jurídica do *common law*. O problema da falta de integridade da jurisprudência permanece. À vista disto, bem como as mudanças enfrentadas durante a evolução das três gerações de direitos fundamentais, consequentemente, com as formas de Estado, não há mais como negar uma força criativa à jurisprudência como fonte do Direito. O autor Antonio Enrique Pérez Luño apresenta o deslocamento das fontes do Direito, apesar de partir do pensamento de Ronald Dworkin, considera que a construção histórica e cultural já não mais comporta a integridade como uma única resposta, criticando esta precisão tão almejada e a defesa de uma tese demasiadamente objetiva, alertando que “la teoria de la integración no está exnte de uma considerable dosis de imprecisión y ambigüedad.” (LUÑO, 2011, p. 34).

O autor espanhol reconhece a importância da teoria da integração, entretanto faz uma ressalva quanto a teses que buscam uma ordem objetiva, tendo em vista que no Estado Constitucional (das atuais sociedades pluralistas), “la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta a alcanzar” (LUÑO, 2011, p. 77). Assim, não se pode atribuir a coerência e hierarquia a um único princípio instituidor, que não ao reconhecimento de uma heterogeneidade de fatores e instâncias, de modo a interpretar a Constituição, utilizando-se da hermenêutica constitucional como instância crítica em um processo dinâmico.

Frise-se, a necessidade de desenvolver uma consciência acerca da responsabilidade política do juiz e como essa responsabilidade é bem observada no *common law* é mais pertinente

do que a importação de uma Teoria de Precedente. Para não restar dúvida, este comparativo com uma decisão da Corte Suprema pode ser classificada como uma prévia de três hipóteses vivenciadas que servem de espelho para a reflexão de sua própria formação, inclusive já apontados por Maurício Ramires (2010), como a falta de adequação da jurisprudência aplicada, a reprodução de posicionamentos de acordo com os Tribunais Superiores sem qualquer pré-questionamento modificando-se sem qualquer critério de adesão, e a interpretação mais favorável inclusive utilizando-se de "precedentes" em detrimento da própria legislação.

Em um cenário histórico onde o papel do juiz é interpretar a lei previamente aprovada pelo Parlamento de forma democrática, as mudanças serão mais difíceis e a possibilidade de se enquadrar casos com suas circunstâncias fáticas que justifiquem um posicionamento adotado de antemão, como já temos uma prova, demonstra muito bem como a falta de integridade não pode ser uma meta, mas sim um caminho a ser traçado. Cabe rediscutir o posicionamento da jurisprudência como fonte do direito se não ao lado, logo abaixo das leis, bem como trazer à baila a preocupante falta de uma sedimentada teoria das decisões judiciais com interpretação constante e não mais subjetiva, para que se torne efetiva a prestação jurisdicional e não apenas se diminuam os números de processos. Assim, como defende Rawls (2003), a prestação jurisdicional, ainda que diante de decisões controvertidas, poderá elevar o nível e transcender a simples decisão, vindo a suscitar debates públicos, neste caso "desempenharão uma função educativa fundamental" (RAWLS, 2003, p. 207).

Assim, a qualidade das decisões judiciais expressa importância também na medida tornam-se reflexo de um processo de democratização que, se realizada corretamente e forma compromissada, podem consolidar entendimentos e contribuir de forma qualitativa para a construção do Direito e sua integração. A publicidade das decisões judiciais também com o advento do Estado Democrático de Direito vem no sentido de que a doutrina, juristas e a população possam exercer o controle sobre as decisões judiciais, em pleno exercício de cidadania, sendo o exercício do constrangimento jurídico relevante para combater a passividade frente a decisões posistivistas, em essência (discricionárias/decisionismos).

3.2 A necessidade da construção integrada de um pensamento comunitário

A falta de segurança jurídica pode ser atribuída em alguma medida também a uma indeterminabilidade do Direito, dada a utilização de diferentes institutos jurídicos, importados de outras tradições jurídicas, como o precedente. Essa indeterminabilidade fragiliza o Direito, como evidenciado anteriormente. Nesse sentido, a fundamentação adequada e válida torna-se uma espécie de prevenção ao positivismo jurídico em todas suas facetas. Mais do que isso, a fundamentação ao aplicar o Direito é interpretação e não pode ocorrer em passos estanques. A decisão exsurgiria de um trabalho complexo de interpretação e não de uma busca indiscriminada por justificativas em decisões anteriores, caso contrário, apresentar-se-iam fundamentações simuladas, uma instituição de grau zero de sentido a cada julgado, dependentes do pensamento individual do julgador: "o âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação dos precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao status de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as 'necessidades'" (RAMIRES, 2010, p. 45-46).

Posto isto, revela-se indissociável a importância dessa interpretação integrada. Revela-se jurisprudência como fonte do direito constantemente em construção, em razão disso, a responsabilidade política do juiz se materializa como uma contribuição na busca pela integridade da jurisprudência e consequente consolidação do ordenamento jurídico anteriormente posto, de modo que a coerência e segurança jurídica serão consequenciais. Considera-se assim, pois, que a atividade de julgar contribui para o significado e validade da norma diante de um caso concreto, cuja fundamentação jurídica será construída levando a uma decisão judicial elaborada no processo frente o contraditório.

Fato incontroverso é de que as decisões não se isolam no processo em que foram prolatadas, bem como não é possível compreender que o Direito não se comunica com as transformações sociais. Os direitos fundamentais influenciaram inegavelmente o deslocamento das fontes e a valorização da jurisprudência como fonte, sendo que com o advento do Estado Constitucional introduziu alguns deslocamentos, em especial o reflexo da primazia da lei para a primazia da Constituição. Tem-se uma mudança crucial quanto ao papel do juiz analisando-se estes deslocamentos. Além disso, partindo de uma Constituição com característica garantidora, como a brasileira, que ainda carece de concretização, torna-se evidente que as demandas tornaram-se mais complexas. Na medida em que a pluralidade social se apresenta, são também requeridas do Judiciário uma resposta adequada, e nesse controle, a construção de uma

interpretação com a Constituição torna-se inquestionável. Não obstante, também aqui não se pode partir de um grau zero de interpretação, portanto, apropriado se torna a comunicação do Direito, tanto internamente quanto com os demais sistemas jurídicos. Infere-se internamente como o diálogo local com a sociedade que se apresenta hoje, sob pena de não corresponder ao pensamento da comunidade à qual se destina.

Outrossim, é possível a comunicação com sistemas estrangeiros, desde que adequados à realidade histórico-cultural na qual está introduzido aquele ordenamento jurídico. Assim, compreende-se que os países que comungam de uma tradição jurídica podem contribuir para a construção do Direito, desde que consideradas suas particularidades, assim como com as decisões judiciais. A respeito disso, vale lembrar que a interpretação é necessária também para essa intercomunicação, pois não seria possível caminhar em sentido contrário, já que o sentido diz também sobre o mundo compartilhado segundo os ensinamentos de Streck (2013, p. 102).

A quebra do esquema sujeito-objeto deve ser também considerada neste cenário e caracteriza uma maneira de interligar o direito e as mudanças sociais. Isso é dizer, apesar de inegável a necessidade de um olhar mais aberto com relação à Constituição, não se pode deixar de lado a interpretação, que deverá conduzir a construção de uma integridade através da observância de um pensamento compartilhado.

Conclusão

O trabalho iniciou-se principalmente com base na problemática apresentada pelo transporte do precedente judicial como forma de fundamentação no sistema jurídico brasileiro, que, considerando a abstração da lei e do caso concreto, torna-se justificativa da discricionariedade. As características apresentada pelo *common law* evidenciam que a integridade na jurisprudência não é fruto da observância isolada do precedente. Consequentemente, infere-se uma tendência de instrumentalização, sendo que ao perquirir essa intencionalidade percebe-se o precedente é apenas um dentre tantos outros institutos utilizados por nossa jurisprudência que dita o Direito frente a uma doutrina passiva, denominando-se solução para a falta de integridade da jurisprudência e insegurança jurídica.

Em detrimento de qualidade das decisões judiciais, busca-se desesperadamente conter o excesso das demandas judiciais, cujo fator de risco é o engessamento do sistema jurídico

brasileiro em uma verdadeira fragmentação do próprio Direito, como ocorre com relação à vinculação indiscriminada de decisões. Não obstante isso, não há como negar à jurisprudência um papel de destaque na construção do Direito, que somente fortalece a responsabilidade do juiz e de toda a comunidade jurídica, uma vez que o controle jurisdicional da Constituição promove a autonomia do Poder Judiciário, fazendo-se necessário refutar decisões carentes de fundamentação e analisando-se conceitos como norma, regra e jurisprudência, com o fito e compreender o significado do transporte do precedente judicial para o Brasil. Além disso, ao compreender que precedente é regra e que há uma grande deficiência em segui-la, propõe-se que integração do Direito passe por um processo de interpretação consciente, não por subsunção, situação que merece destaque ao considerar o deslocamento das fontes do direito.

Por fim, mais do que uma interpretação correta, as mudanças necessárias perpassam a forma de construção do Direito, que não mais pode ser considerado estanque como também não deve abstrair-se de modo a provocar sua indeterminabilidade. Isto é, não é possível uma forma de direito imutável, sob pena de não acompanhar o pensamento compartilhado social, como também não pode arvorar-se de um papel de criação partindo de um grau zero de interpretação. Desse modo, ao (des)construir o caminho, percebe-se que o uso dos precedentes no cenário jurídico brasileiro acaba sendo um atalho interpretativo que consubstancia a situação que lhe antecede, ou seja, não é uma solução para o problema da falta de integridade. É dizer que a coerência e a integridade são metas a serem alcançadas, buscá-las como se fossem uma solução é desconhecer o problema causador destas circunstâncias. Diante disto, faz-se necessário ainda percorrer um longo caminho consciente sobre a responsabilidade política do magistrado e a necessária interpretação adequada a um sistema legal posto considerando o diálogo social.

REFERENCIAL TEÓRICO

CHAER, Márcio; CANÁRIO, Pedro. **CNJ deve aprofundar análise de questões estratégicas de interesse geral**. Disponível em Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/entrevista-ministro-ricardo-lewandowski-presidente-stf-cnj>.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EM NOME DA OBJETIVIDADE, TJ-SC rejeita petição considerada longa demais. **Consultor Jurídico**, 27 de junho de 2015. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/nome-objetividade-tj-sc-rejeita-peticao-longa>.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2° ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano.** 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **El desbordamiento de las fuentes del derecho.** Madrid: La Ley, 2011.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'**. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Nº 58. Novembro/2000.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law.** Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2009.

OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional Sistema de Fuentes.** 11ª Impressión. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2008.

RAMIRES, Maurício Ramires. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma reformulação.** 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Contra o neoconstitucionalismo.** Disponível em: Revistas e Anais Academia Brasileira de Direitos Constitucional – Eletrônica <http://www.abdconst.com.br>. Vol. 3. Nº 4. Janeiro a Junho/2011.

_____. **Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?** Disponível em: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica <www.univali.br/periodicos>. Vol. 15. Nº 1. Janeiro e Abril/2010.

_____. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto.** Disponível em Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>.

_____; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto.

RODAS, Sérgio. Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz. Disponível no *site* Consultor Jurídico, em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz> Acesso 10/09/2015 (publicado originalmente em 26 de maio de 2015)

Mutações na corte – A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso. Disponível em Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>.

VASCONCELLOS, Marcos de; CUBAS, Marin Gama. **Temos grandes doutores do Direito, mas o sistema precisa é de bons gestores**. Disponível em Consultor Jurídico: < http://www.conjur.com.br/2015-mai-03/entrevista-ali-mazloum-juiz-federal-criminal-sao-paulo>.