

Precedentalismo do Código de Processo Civil e o ensino jurídico no Brasil: hora de repensar

Precedentialism in the Procedure Civil Law and the law education in Brazil: it's time to re-think

  André Murilo Parente Nogueira¹

  Claudio José Amaral Bahia²

Resumo: O estudo, pelo método dedutivo, aborda o fenômeno do precedentalismo no processo civil brasileiro e a percepção desse modelo como técnica de prestação jurisdicional que estabelece a obrigatória observância das decisões dos tribunais superiores. O precedentalismo revisita o papel das decisões judiciais que passam a ocupar condição de destaque por orientar comportamentos sociais, embora se mostre precário por desconsiderar a *ratio decidendi*, as particularidades do caso concreto e se limitar à aplicação de enunciados. Compreendido o Precedentalismo, a pesquisa aponta estrangulamentos no modelo do ensino jurídico brasileiro e busca demonstrar que para se adaptar à essa realidade é imprescindível repensar o sistema de precedentes brasileiro e notar a atual transformação dogmática e epistemológica de nosso modelo histórico-jurídico de aprender e ensinar o Direito a partir de precedentes.

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Lus Gentium Conimbrigae - Universidade de Coimbra/Portugal (2020); Doutor (2017) e Mestre (2007) em Direito: área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, ambos pelo Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino - ITE; especialização em Direito Público (2005) pela ITE/Bauru; Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - ITE (2003). Professor de Direito Processual Civil, do Centro Universitário de Bauru - ITE/Bauru e da Faculdade Itiana de Botucatu - ITE/Botucatu; Coordenador do Curso de Direito da ITE/Botucatu (2013/ atual); Professor de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação; Membro de Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; Advogado; Presidente da 25ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/SP (2013/2015 - 2015/2018). E-mail: andrenogueira@aftn.com.br . Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4233-9112>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9258935235417942>;

2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996) e mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino (2002). Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Faculdade Itiana de Botucatu na graduação e na pós-graduação lato e stricto sensu na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutor pelo Lus Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra (2020). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional. Integrante do Grupo de Pesquisa "A Crítica do Direito e a Subjetividade Jurídica" (Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo), coordenado pelo Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro. E-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com . Orcid: <https://orcid.org/5835862675809257> . Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5835862675809257>.

Palavras-chave: Precedentes; Precedentalismo; Ensino jurídico.

Abstract: The study, by deductive method, is about the precedentialism in the Brazilian Civil Procedure Law and the perception that obligatory respect of decisions of Courts. The precedentialism revise the function of judicial decisions who occupies a relevant condition for guiding social behavior, although it proves to be precarious for disregarding the ratio decidendi, the particularities of case and be limited to the application of statements. Understood the precedentialism, the research demonstrates obstacles in Brazilian law education and intends to prove that to adjust to this reality is essential to rethink the Brazilian system of precedents and verify the current dogmatic and epistemology transformation of our historical-law model of learn and teach the law based on precedents.

Keywords: Precedentes; Precedentialism; Law education.

Data de submissão do artigo: Maio de 2021.

Data de aceite do artigo: Maio de 2023.

Introdução

O estudo aborda o fenômeno do precedentalismo no processo civil brasileiro, cujo qual atribui efeito vinculante aos pronunciamentos judiciais emanados, especialmente, dos tribunais superiores e interfere diretamente na construção e aplicação do Direito, como técnica de se conferir unidade, previsibilidade, confiança legítima, bem como igualdade aos jurisdicionados.

A pesquisa perpassa pela apresentação das bases teóricas de um sistema genuinamente de precedentes, fruto da experiência histórica, social e cultural do *common law*, e traça um paralelo com o modelo proposto no cenário jurídico brasileiro, de modo a identificar pontos de convergência e divergência entre a forma pela qual a tradição jurídica brasileira de *civil law* tem manejado os precedentes ante nossa cultura romano-germânica.

Através dessa comparação entre as famílias jurídicas busca-se evidenciar os equívocos no manejo das técnicas e da forma pela qual estão sendo propagados os precedentes no Brasil, o que macula sua legitimidade democrática e constitucionalidade, além de distorcer a essência de um sistema substancialmente precedentalista. Demonstra-se que em decorrência da alteração do perfil do conflito e da forma pela qual se entrega tutela jurisdicional para seu tratamento, se mostra necessário repensar o papel dos precedentes no Brasil, de modo a viabilizar sua melhor compreensão e aplicação na praxe forense, o que exige transformação paulatina e continuada no método de ensino/aprendizagem do Direito.

Para tanto, o estudo abordará alguns gargalos do ensino jurídico no Brasil, a necessidade de modificação epistemológica e dogmática da Ciência Jurídica, para que tenhamos aptidão de aprender, ensinar e aplicar os precedentes, formando profissionais do Direito que compreendam o sistema precedentalista e tenham condição de manejá-lo, para, assim, reduzir os impactos negativos de uma visão reducionista de precedentes como súmula/tese e incrementar a qualidade da prestação jurisdicional.

O trabalho se desenvolveu pelo método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e análise doutrinária e jurisprudencial, apresentando os aspectos mais relevantes do tema e a análise de decisões judiciais nacionais e internacionais, a fim de reforçar alegações teóricas ventiladas no estudo.

1 Precedentes e o precedentalismo do Código de Processo Civil brasileiro: compreendendo um sistema precedentalista

O precedentalismo pode ser caracterizado como um movimento, um fenômeno jurídico que tem ganhado espaço dentro do sistema jurídico brasileiro, notadamente com a edição do Código de Processo Civil, objetivando conferir efeito vinculante aos pronunciamentos judiciais emanados das Cortes Superiores, tanto assim que a legislação processual se vale do mandamento no imperativo ao se referir que “os juízes e tribunais observarão” aquelas decisões dotadas de eficácia vinculante³.

Esse crescente fenômeno processual, que interfere diretamente na construção e aplicação do Direito, também tem sido erigido como movimento através do qual se pode assegurar uniformidade decisória e igualdade entre os jurisdicionados, fazendo com que situações análogas sejam decididas de igual maneira e, com isso, a sociedade possa adotar determinados comportamentos de conduta, na medida em que se espera adequada forma de tutela estatal caso seja ela deduzida em juízo⁴. É uma realidade posta da qual não conseguiremos nos desvencilhar, portanto, é imprescindível

3 Abordando o art. 926, do CPC, (Streck; Abboud, 2016, p. 1.187), destacam: “Uma melhor leitura do art. 926 indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser é claro, que reconheça que os argumentos que construíram suas decisões anteriores estavam errados – ou simplesmente que, hoje, não fazem mais sentido. Não há – e não pode haver – compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Um exemplo parafraseado de Dworkin, de seu Império do Direito: por algum tempo o judiciário vinha declarando que médicos, engenheiros etc. eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil dos causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da integridade do direito, a tal imunidade feria a igualdade. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente. Quer dizer: coerência e integridade são padrões que se combinam. Não há relação de oposição ou conflito, mas de complementaridade [...]”.

4 A propósito, (Koeller, 2016, p.350): “A jurisprudência lotérica afronta a coerência e a integralidade do Direito e deslegitima a prestação jurisdicional, uma vez que as normas são aplicadas de maneira diferente para casos similares. A isonomia só será cumprida quando situações análogas forem decididas da mesma maneira. Caso contrário, teremos imprevisibilidade, instabilidade e dificuldade do cidadão em saber como se portar em suas relações jurídicas.”

que tenhamos condições de extrair da norma sua essência para melhor compreendê-la e aplicá-la num Estado Democrático.

Inicialmente, somente após compreendermos do que se trata um precedente, podemos verificar se temos um sistema precedentalista ou se, à força de imposição legislativa, estamos diante de um precedentalismo com bases próprias que despreza a construção natural de um precedente e exige, vertical e horizontalmente, a aplicação do modelo decisório muito mais destinado à sumarização da cognitividade e redução do volume de processos do que à própria racionalidade dos precedentes.

Ao pensar no aspecto histórico-cultural, certo que a origem do Direito é comum à do próprio homem, em especial quando sobreposta sua característica de sociabilidade, destinando-se a efetuar a organização das relações, proporcionando as condições necessárias para o equilíbrio da existência e da realização dos cidadãos e de sua dignidade. Se o Direito visa regular as relações sociais, inegável que seu desiderato não pode ser cumprido de qualquer maneira, razão pela qual parte-se da premissa de que sua atuação deve se aproximar o máximo possível dos ideais de justiça⁵. O ideal de justiça conduziu a doutrina e a jurisprudência a repensar direito processual no que tange à sua efetividade, face ao monopólio na solução de conflitos e à proteção dos direitos fundamentais dos jurisdicionados⁶.

5 (Comte-Sponville, 2010, p. 71-72): "A justiça se diz em dois sentidos: como conformidade ao direito (jus, em latim) e como igualdade e proporção. 'Não é justo', diz a criança que tem menos que as outras, ou menos do que julga lhe caber; e dirá a mesma coisa a seu amiguinho que trapaceia - nem que seja para restabelecer uma igualdade entre eles -, não respeitando as regras, escritas ou não-escritas, do jogo que os une e os opõe. Do mesmo modo, os adultos julgarão injustas tanto a diferença demasiado gritante das riquezas (é nesse sentido sobretudo que se fala de justiça social) quanto a transgressão da lei (que a justiça, isto é, no caso, a instituição judiciária, terá de conhecer e julgar). O justo, inversamente, será aquele que não viola a lei nem os interesses legítimos de outrem, nem o direito (em geral) nem os direitos (dos particulares), em suma, aquele que só fica com a sua parte dos bens, explica Aristóteles, e com toda a sua parte dos males".

6 (Zollinger, 2006, p. 37-42): "A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões - subjetiva e objetiva - sendo esta última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria 'deveres de proteção' a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva de direitos fundamentais [...]. A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões e ameaças providas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e a promover efetivamente e positivamente os direitos fundamentais [...]. Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especificamente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais [...]"

Nesse caminhar, é preciso que as decisões judiciais sejam, dentro daquilo que é factível, estáveis⁷, coerentes e previsíveis, solucionando similarmente os conflitos de interesses similares (a redundância se faz necessária), na tentativa de afastar a ideia de 'loteria' que ainda permeia não apenas o imaginário das pessoas, mas seu dia a dia. Dentre as recorrentes e intensas reformas que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro no campo processual, se percebe e comenta a tendência legislativa de renovação das anteriores diretrizes instrumentais⁸, mediante a incorporação de institutos jurídicos incomuns à tradição brasileira.

Não se olvida que o rompimento noticiado não representa uma novidade criada em terras brasileiras, pois, existe, de forma globalizada, uma nítida aproximação dos sistemas jurídicos do *common* e do *civil law*, devida às novas tendências da ciência jurídica no século XX⁹ e incidência dos movimentos constitucionais, levando a reconhecimento da existência de jurisdição mista¹⁰ (*mixed jurisdictions*) e sistema jurídico sincrético¹¹ (*mixed legal systems*).

7 (Kaufmann, 2014, p. 283-284): "Finalmente, o terceiro momento é a estabilidade do direito (permanência, durabilidade). O direito não deve poder ser alterado com ligeireza. Uma legislação de oportunidade não assegura uma aplicação uniforme e fiável. É evidente que a exigência de estabilidade do direito conduz a um conflito de fins no seio da ideia de direito. Do ponto de vista da justiça material, uma lei defeituosa deve ser, com a possível brevidade, substituída por outra melhor. Mas a justiça também não pode tolerar uma constante alteração da legislação, pois ela terá como efeito a falta de uniformidade na aplicação do direito e, com isso, a injustiça. A paz jurídica apenas pode existir quando o direito é, de forma óptima, previsível, calculável [...]".

8 (Jobim, 2016, p. 112): "O Código de Processo Civil, ou Código Buzaid, ou Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com início de vigência em 1.º de janeiro de 1974, conforme artigo 1.220, foi sendo, num primeiro momento, a passos lentos, ultrapassado, até que, em razão da evolução social, política e jurídica, em especial conquistadas pela Constituição Federal de 1988, restou atropelado em termos de uma lei contemporânea, sendo que diversas reformas foram sendo implementadas ao longo das últimas décadas [...] passando por diversas outras reformas já no início do novo milênio, até iniciarem as tratativas de repensar um novo e contemporâneo Direito Processual Civil, com a elaboração de um novo Código [...]".

9 (Streck; Abboud, 2014, p. 28): "Convém ressaltar que não é correto apresentar o common law tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de staturification do direito, em alusão ao termo statute, que significa lei em sentido formal [...]".

10 (Haselof, 2018, p. 61-62; 63-64): "Jurisdição mista, como resultado da mistura de sistemas dando origem a um sistema novo, autêntico, foi um fenômeno identificado há mais de cem anos, no início do século XX, quando F. P. Walton definiu que jurisdições mistas são sistemas legais nos quais a tradição romano-germânica foi permeada em algum nível pelo direito anglo-americano. (...) Apesar de o termo *mixed jurisdiction* haver sido cunhado com referência a uma mistura específica do *civil law* com o *common law*, para ser mais preciso, do *civil law* sendo permeado e pressionado pelo *common law*, atualmente observamos que a mesclagem de sistemas legais ocorre em nível muito maior, pois assim como o *civil law* adota institutos da *common law*, a situação recíproca também ocorre, e existem países que também ocorre, e existem países que também adotam a lei costumeira e as leis religiosas. Todas essas interações e integrações vão dar origem ao que pode ser definido em sentido amplo como sistemas que se misturam, se transformam e se distanciam do que havia antes. Entretanto, para que uma jurisdição seja reconhecida como mista é necessário que ocorra uma modificação mais significativa no seu sistema de administração da justiça do que simplesmente incorporar algum instituto de outra tradição".

11 Ibidem, p. 66: "A expressão sistema legal misto possui sentido mais amplo, que também pode sugerir a abrangência da jurisdição de países que se integram em blocos, sendo a União Europeia o exemplo mais notável e bem-sucedido até o presente momento. No âmbito da União Europeia, que se caracteriza pela liberdade de fluxo de pessoas, produtos, serviços e capitais, oriundos dos países integrantes do bloco, surgem inúmeras questões que necessitam ser decididas à luz de uma jurisdição de caráter supranacional. Nem poderia ser diferente de um sistema misto, porque necessita contemplar a diversidade das regras, tradições, culturas e valores dos países que integram esta comunidade [...]".

Além do mais, é preciso se ter em mente que a mera e simples importação de institutos não significa, necessária e imediatamente, que obtenham o mesmo sucesso aqui¹², eis que longe de representar uma aplicação matemática¹³, o Direito acaba se imiscuindo com inúmeras variantes sociais e, em especial, com seu precípua objeto de proteção: o ser humano.

Para que se possa fazer o correto juízo sobre as reformas aqui discutidas, há mister uma breve explanação quanto aos referidos sistemas jurídicos do ocidente: o *common law*¹⁴ e o *civil law*, sendo que, em relação ao primeiro, por uma questão metodológica, adotar-se-ão como indicadores, os modelos inglês e estadunidense. O *common law*, que vigora nos países de origem anglo saxônica, é caracterizado por privilegiar a força dos costumes e das decisões judiciais no que diz respeito a normatização da vida civil e a atividade de pacificação dos conflitos de interesses, deixando a lei como fonte de segundo plano. É preciso que se pontue uma de suas grandes características: o surgimento do Direito está atrelado à apresentação de um conflito anterior para ser resolvido, não tendo por desígnio a prefixação de normas gerais e abstratas de condutas futuras que a ele seriam aplicadas¹⁵.

Precedentes eram exemplos de como o Direito deveria ser aplicado, ilustração da aplicação jurídica, passando ao depois, pela fase de persuasão, até chegar-se ao momento em serem seguidos, sal-

12 (Pereira, 2017, p. 15-16): "A importância dada à codificação foi tão grande, que até hoje a produção legislativa é tradicionalmente considerada o grande elemento diferenciador entre *civil law* e *common law*. De fato, a codificação exerce papel essencial nos países de tradição romano-germânica até os dias atuais, mas um dos fatores que diferencia o *civil law* do *common law* é a pretensão exercida pelos códigos. No *civil law*, ele objetiva a completude das situações jurídicas possíveis, enquanto que no *common law* não há essa pretensão. (...) Esta questão precisa ser levada em conta para os usos dos precedentes judiciais, em países que não desenvolveram esta técnica ao longo do tempo, não seja falho. Uma vez que a ideologia subjacente aos códigos é diferente, a lógica da aplicação precisa ser diferente. Um país de tradição romano-germânica não pode buscar nos precedentes judiciais uma fórmula de solucionar todas as questões jurídicas, da mesma forma que se buscou com a lei. O resultado seria igualmente falho [...]"

13 (Ramires, 2010, p. 67): "Ora, na *civil law*, todos os precedentes têm força meramente persuasiva, pois a única 'jurisprudência' com vetor vinculante é a especialmente sumulada para esse fim. Assim se poder tomar em perspectiva a aberração que é, em um sistema de lei escrita como o brasileiro, confundir texto de julgado com texto de lei, e conferir a um precedente qualquer a qualidade de fundamentar isoladamente uma decisão judicial [...]"

14 (Gilissen, 2016, p. 207): "Dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até os nossos dias, e além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, etc."

15 (Bisch, 2010, p. 25): "[...] a técnica utilizada pelos juizes ingleses para chegar à solução final em um caso concreto, ao menos no período de consolidação do *common law*, não consistia em compreender o 'espírito' de atos legislativos de caráter geral e abstrato, mas em verificar a adequação do julgamento jurídico a um conjunto de requisitos de ordem formal – como a ampla defesa, a isenção do júri, a livre produção de provas. Tais requisitos [...] não deixavam de representar significativas restrições ao poder soberano, pois fixavam procedimentos a serem seguidos para obter um *fair trial*".

vo se evidentemente absurdos ou injustos. O *common law*¹⁶ surgiu como sobreposição do posicionamento jurídico das Cortes Reais, haja vista de tratar-se de regime monárquico, sobre os costumes vivenciados nas localidades do reino, os quais, pelas discrepâncias que os constituíam, não tinham o condão de servir como “direito comum” a todos (situação que vigeu até a conquista normanda em 1066): em resumo, e num momento em que o feudalismo era marcante, o rei, como o senhor dos senhores, passa a se imiscuir nas contendas locais por intermédio de juízes designados¹⁷.

Durante o período de sua consolidação, evidenciou-se um crescente e preocupante poder adstrito às mãos do monarca, situação essa que eclodiu numa série de exigências levadas a efeito pela nobreza, visando justamente a contenção e/ou limitação da atuação régia, inicialmente materializada na tão conhecida e decantada *Magna Charta Libertatum* de 1215¹⁸, consolidando-se, ao depois, quando da Revolução Gloriosa de 1688, sendo que uma das imposições mais importantes nesse cotejo determinava que o rei se submetesse às leis, ao Parlamento e ao próprio sistema de *common law* e seus precedentes¹⁹. Tem-se a substituição das *Hundred Corts* ou *County Corts*, das jurisdições senhoriais e eclesiásticas, pelos Tribunais Reais de Westminster que, criados, inicialmente, para solucionarem controvérsias que envolvessem finanças reais, imóveis e significativas alterações penais que colocassem em

16 (David, 2014, p. 351-353): “Todo o estudo da common law deve começar por um estudo do direito inglês. A common law é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês. (...) Tecnicamente falando, o direito inglês está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem o direito do Reino Unido, nem mesmo o da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia e as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito ‘inglês’. Observar-se-á o contraste entre esta estrita concepção do direito inglês, considerado como um corpo de regras juridicamente obrigatórias, e a universalidade do mesmo direito, considerado como um modelo para uma grande parte da humanidade. Na verdade, o direito inglês ocupa um lugar proeminente na família da common law. Não foi somente na Inglaterra que historicamente se formou a common law; mas o direito inglês continua nos nossos dias, para numerosos países, a constituir um modelo, do qual podem se afastar em certos pontos e certos domínios, mas que continuam, de modo geral, a levar em consideração e a respeitar [...]”.

17 (Lopes, 2012, p. 65): “A própria Magna Carta, de 1215, do reinado de João Sem Terra, filho de Henrique II, é uma reação dos barões à extensão de poderes das cortes régias. Com o tempo, a corte do rei inglês se especializa em seções: o Saccarium ou Court of Exchequer para questões de rendas e tributos, Court of Common Pleas para as questões comuns de terra, King’s Bench para os crimes contra a paz do Rei. Essa última seguia o rei nas suas peregrinações pela Ilha e só no século XVI fixa-se em Westminster. Os costumes subsistem como Lex Mercatoria (dos pied powder, os mercadores de pés empoeirados, pois viviam viajando) e como borough customs”.

18 Cf. Magna Charta Libertatum, outorgada em 15 de junho de 1215, por João Sem-Terra, a qual se encontra em vigor, Item 12: A não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres. Item 20: A multa a ser paga por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contenementum); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para esse a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.

19 Estatuto de Westminster de 1285.

perigo a paz do reino, passam a ter competência para conhecer e resolver todo tipo de causa levada ao seu conhecimento, o que somente se consolida posteriormente ao ano de 1875.

Quando se verificou a diminuição da administração da justiça, o pêndulo muda, abrindo espaço para atuações mais flexíveis, surgindo a *equity*, proporcionando às Cortes Reais darem solução a problemas que não enquadradas nos costumes e decisões existentes; com o tempo e diante do arejamento das decisões do Chanceler²⁰, começou a preferi-las em detrimento da *common law*, situação de crise que teve seu ápice durante o reinado de Jaime I. Embora se levasse em consideração as condições vivenciadas nas localidades, a *common law* inglesa aplicava-se às Colônias (*Calvin's case*), incluindo-se, as 13 (treze) que, declarando-se independentes, tornaram-se os Estados Unidos da América em 1776²¹.

Quadra aqui fazer-se uma digressão das particularidades que norteiam o sistema estadunidense²², haja vista a preservação do federalismo²³, da existência de um controle de constitucionalidade dos atos das funções do poder²⁴, bem como a inserção do sistemas de freios e contrapesos²⁵, buscando que tais, embora independen-

20 (Streck; Abboud, 2014, p. 26): "Vale ressaltar que o surgimento da equity e a dicotomia estabelecida entre o Tribunal da Chancelaria e os tribunais da common law foi elemento essencial para individuar o common law. Nesse sentido, Jerome Frank pontua que o common law nunca seria o que é hoje se não tivesse existido o Tribunal da Chancelaria (equity). Isso porque graças à equity coexistiram duas jurisdições distintas e opostas no mesmo ordenamento, algo que não poderia ser imaginado por um jurista latino ou germânico. A importância da equity foi tamanha que Jerome Frank ressalta que seis ou sete séculos após ela é que o Continente conheceu uma jurisdição fundada na equidade e boa-fé".

21 (Soares, 2000, p. 59): "No que concerne, ainda, às ligações da Inglaterra com os EUA, importa observar que a adaptação e a recepção da Common Law inglesa nos EUA não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do Novo Mundo, com as extensões continentais dos EUA, não poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa divisão feudal, como é o caso do direito agrário (land law); por tais razões, os institutos como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos EUA. Outra diferença notável é o fato de os EUA terem sido formados sob a égide da liberdade de culto religioso, numa fase histórica em que a equity já estava laicizada nos tribunais que a aplicavam; isso posto, a influência do direito declarado pelos tribunais quase-eclésiásticos do Chanceler do Rei, a equity (antes ou após a Reforma anglicana), teve uma influência relativa sobre o direito norte-americano como um todo".

22 (Jobim, 2013, p. 111): "Nos Estados Unidos, o Common Law é utilizado, salvo no Estado da Louisiana, em toda a sua extensão territorial, sendo que, inclusive, a tradição se mostra transfronteiriça, pois também pode ser encontrado em ordenamentos jurídicos como o da Índia, do País de Gales e da Irlanda".

23 (Bastos, 2014, p. 246): "[...] quando se criou a primeira Federação conhecida, a americana, o que se tratou de resolver na época era o problema resultante da convivência entre si das 13 colônias inglesas tornadas Estados independentes e desejosas de adotarem uma forma de poder político unificado. De outra parte, não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar [...]".

24 (Nino, 2000, p. 25): "Decir que una norma es válida, en este sentido, quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión. Veamos, entonces, hasta qué punto la Constitución concebida como práctica social de reconocimiento es relevante para fundamentar la validez de las demás normas del sistema jurídico. Este punto es sumamente importante porque encierra la respuesta más generalizada entre juristas, jueces y filósofos acerca de la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico. Por ejemplo, el juez Marshall en el famoso caso norteamericano 'Marbury v. Madison', que estableció el control judicial de constitucionalidad, sostenía que la Constitución no es sólo la ley suprema sino que sirve también para establecer cuáles otras leyes son obligatorias para los jueces [...]".

25 (Ferraz, 1994, p. 13): "O estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio - limitação do poder - constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro [...]".

tes, apresentem a necessária harmonia à devida condução estatal²⁶. O contraponto básico ao sistema inglês foi a promulgação da Constituição de 1787, tornando-se referido documento fonte primaz do Direito; entretantes, a utilização dos precedentes é algo inerente ao sistema jurídico norte-americano, tendo, em sua Suprema Corte Federal²⁷, o ponto sede de tais posicionamentos. Utilizando-se a questão racial como exemplo, percebe-se que, além da necessidade de oxigenação dos precedentes, aproximando-os cada vez mais da dignidade humana e dos direitos fundamentais desta decorrentes, as decisões da Suprema Corte nem sempre se mostraram acertadas, como demonstra o (triste) célebre caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, oportunidade em que foi referendada a nefasta ideia de que as pessoas negras não ostentavam a condição de cidadãos, resultando daí não deterem legitimidade para demandar em Juízo.

Em 1896, em *Plessy v. Ferguson*, decidiu a Suprema Corte que a doutrina dos “separados mas iguais” era compatível com a Constituição; tal doutrina preconizava que não haveria problema quanto à segregação desde que o tratamento para “brancos” e “negros” fosse o mesmo, o que, por motivos óbvios, nunca ocorreu. Em 1954 temos, com *Brown v. Board of Education*²⁸, uma guinada em relação aos nefastos precedentes, a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas e o fim, ao menos do ponto de vista jurídico, desse cenário. Toni M. Fine, pró-reitora na *Fordham Law School*, da cidade de Nova York, pondera que:

26 (Macedo, 2005, p. 77): “Nesse contexto, a jurisdição é exercida por juízes e tribunais federais e estaduais, cujas decisões, porém, se submetem ao crivo da constitucionalidade e, portanto, a um processo de uniformização de princípios e regras gerais, constituindo atividade essencialmente política, na medida que diz com a emanação da vontade do Estado relativamente à condução da sociedade como um todo e, o que é peculiar nesse sistema, insuscetível de sofrer restrição ou alteração pelos outros poderes, já que ao Supremo Tribunal Federal é que compete o exame da adequação de todos os atos do poder público ao comando constitucional [...]”.

27 (Freire, 2017, p. 307): “Atualmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos é considerada uma das mais influentes do mundo, ao lado do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nos dias atuais, não há dúvidas de que uma decisão da Suprema Corte americana tem importância para o mundo. Ela cria um precedente persuasivo, seja ele positivo ou negativo. Suas decisões reconhecendo direito de minorias são muitas vezes mais festejadas que as já tomadas por Cortes Nacionais”.

28 (Souto, 2015, p. 73): “Em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte utilizou, uma vez mais, a XIV Emenda, para limitar a autonomia de Estado-membro porquanto contrária (a política estadual implementada) a equal protection clause – cláusula de igualdade de proteção. Entretanto, esse julgado é referência dentro e fora dos Estados Unidos não por tratar da questão federativa, mas pelo aspecto de direito fundamental da igualdade e por romper com mais de meio século de segregação racial nos Estados Unidos. Talvez fosse correto asseverar que se trata do último ou penúltimo ato em prol da efetiva Liberdade dos descendentes dos negros africanos que se viram forçados, séculos antes, a deixar seu continente para atuar como escravos na América [...]”.

[...] os sistemas de *common law*, como no caso dos Estados Unidos, são diferentes dos sistemas de *civil law*, como é o caso da Europa Ocidental, uma vez que no primeiro decisões judiciais constituem importante fonte de direito, sendo utilizadas como precedentes que normalmente possuem efeito vinculante na decisão de casos futuros. O *common law* pode ser entendido como o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre nos sistemas de *civil law* [...] ²⁹.

Apresentada sumariamente a compostura do *common law*, passa-se à análise do sistema de *civil law* ou romano-germânico³⁰, em face da inequívoca influência que o direito desenvolvido na Roma antiga teve para sua criação, sendo o embrião da ideia de que ao juiz somente se poderia atribuir função de aplicador da lei, jamais de intérprete. Nos primórdios de sua existência³¹, mais precisamente no período Monárquico, Roma se vale dos costumes e da religião como ordem jurídica; as primeiras leis escritas, destacando-se a conhecida Lei das XII Tábuas³², aparecem na chamada República, realizando-se a codificação das normas consuetudinárias. Por fim, durante o Império, assenta-se aquele que por muitos é considerado o maior legado romano, o denominado de *Corpus Juris Civilis*, por obra do Imperador Justiniano³³, sendo que tal corpo não representa exatamente o que hoje se entende por codificação legislativa, tratando-se mais de uma compilação de textos existentes num tomo.

Entretanto, apresentando característica que até hoje é ínsita à *civil law*, a compilação justiniana tinha a pretensão de solucionar

29 (Fine, 2011, p. 67).

30 (Straz, 2017. p. 445).

31 (Assis, 2009, p. 21): “[...] a construção do Direito romano se insere em um longo processo histórico, cujas raízes se encontram no período da realeza ou Monarquia (753-509 a.C.), passam pela República (509-31 a.C.) e se concretizam no Império (31 a.C.-476 d.C.). Nesse longo período, o Direito romano, inicialmente fundado nas práticas costumeiras e religiosas, com o aumento sucessivo da complexidade social, passa por processos de transformação até ser fixado no *Corpus Juris Civilis*, uma coletânea de textos jurídicos organizada em 533 d.C. por ordem do Imperador Justiniano [...]”.

32 *Ibidem*: p. 25: “A redação da Lei das XII Tábuas representa uma conquista dos plebeus, especialmente porque divulga para todos as regras e os mandamentos, que antes eram conhecidos apenas pelos patrícios e pontífices. Além disso, a redução do Direito consuetudinário no Direito escrito possibilita que a tradição (os costumes favoráveis aos patrícios) seja flexibilizada, por intermédio de decisões e regras de interpretação favoráveis à plebe [...]”.

33 (Rolim, 2008, p. 99-100): “Em 528 d. C. Justiniano formou uma comissão de dez juristas com a finalidade de, numa primeira etapa, elaborar uma compilação de todas as leis (*leges*) ou direito novo (*jus novus*), leis e costumes imperiais mais importantes, e, ao depois, apresentar uma codificação conjunta de todo o Direito Romano, contendo tanto as *leges* com os *jura* (direito velho), ou seja, os ensinamentos, doutrinas e jurisprudência até então existentes e espalhados pelos quatro cantos do Império”.

todos os futuros conflitos de interesses, dispensando a realização de comentários e interpretações acerca de suas disposições, de modo que ao juiz somente cabia a aplicação da lei e nada mais; a expansão do direito romano se deu também com o desenvolvimento das universidades, em especial a partir do final século XI, destacando-se a de Bolonha, na Itália, de onde partiram vários juristas que disseminaram o aludido sistema jurídicos em seus países de origem, aumentando sua incidência e aplicação.

Não se pode deixar de mencionar a Revolução Francesa³⁴, encampando e adequando as premissas romanistas, com papel fundamental na consolidação da *civil law*, tendo em vista a hipertrofia por ela concedida ao Parlamento³⁵, em combate à monarquia absolutista, resultando na prevalência pela edição de leis e códigos³⁶ que acabou se espraiando para as mais diversas partes da Europa, de suas colônias, chegando até o Brasil.

O grande idealizador deste conceito foi o abade francês Emmanuel Sieyès que, poucos meses antes da eclosão da Revolução Francesa, publicou panfleto denominado *Que é o terceiro estado?*, cujo documento acabou por representar manifesto das reivindicações burguesas contra os privilégios deferidos ao clero e à nobreza, bem como ao absolutismo que lhes era imposto por tais castas, buscando, fora do ordenamento jurídico que se apresentava injusto, um direito superior, que permitisse ao povo, auto constituir-se e fomentar a renovação da ordem jurídica malsinada. A titularidade do legítimo poder constituinte pertence, ou ao menos deveria pertencer, ao povo, que, dentro do sistema vigente hodiernamente, o delega a representantes especialmente eleitos para exercê-lo em

34 (Zagrebelky, 2011, p. 52): “Em el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidad sobre la base de una orientación liberal. La Declaración no era propiamente derecho positivo, sino un “reconocimiento” de las “verdades” de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica. El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del Ancien Régime y la instauración del reino de la libertad y la igualdad jurídica em una sociedad de que aún no conocía ni la una ni la otra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa [...]”.

35 (Marinoni, 2016, p. 46-47): “Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao Legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais. Para que se pudesse limitar o poder do juiz à declaração da lei, a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflituosas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do Ancien Régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa. Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio [...]”.

36 (Gilissen, 2016, p. 413): “A Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os grandes códigos da época Napoleônica cristalizavam o sistema individualista durante anos.”

seu nome, donde se conclui que quem acaba exteriorizando-o é a denominada Assembleia Nacional Constituinte³⁷.

Enquanto na Inglaterra os juízes não foram considerados *persona non grata*, a verdade é que durante o *Ancient Regime*, os magistrados, galgados ao cargo por aquisição ou herança, se tornaram instrumentos de manutenção do estado de coisas que se visava combater, daí porque lhes foi proibida qualquer espécie de atividade interpretativa, limitando-se a repetir a dicção normativa estabelecida na codificação; na dúvida, deviam consultar o Legislativo, detentor da primazia e da autenticidade hermenêutica. Tem-se a adoção como principal fonte do Direito³⁸, a lei, porquanto o tal sistema foi (continua sendo) baseado em preceitos previamente expressos, gerais e abstratos³⁹, com escopo de resolver o maior número possível de conflitos futuros. Todavia, em especial no Brasil, tem-se que tal afirmação não deve ser ponderada, eis que, além das paulatinas alterações legislativas, denotam-se intensos movimentos jurisprudenciais, podendo-se destacar, ainda que rapidamente, as decisões que acabaram por permitir o cumprimento “definitivo” da pena, em sede criminal, antes do trânsito em julgado da aludida condenação, bem como acerca da definição mais elástica do momento e das hipóteses em que a interrupção da gravidez possa caracterizar aborto ou não.

De todo modo, a tradicional distinção entre os sistemas de *civil law* e *common law* se fulcra no fato de que naquele existe uma primazia da lei escrita, ao passo que, neste último, a proeminência recai sobre os precedentes judiciais, mais especificamente na sua *ratio decidendi* (princípio de direito inserido na decisão paradigma), não obstante, como já apontado alhures, é assente a aproximação entre os mesmos a partir do século XX, como reflexo das novas tendências do direito contemporâneo.

37 (Sieyès, 1997, p. 115): “É necessário compreender, antes de tudo, qual é o objetivo ou o fim da Assembleia representativa de uma nação: não pode ser diferente do que a própria nação se proporia se pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar”.

38 (Adragão, 2016, p. 65): “A expressão ‘fontes do Direito’ é uma metáfora clássica, provavelmente introduzida na linguagem jurídica por Cícero e por Tito Lívio, e que acabou por nela se impor, apesar das críticas que lhe foram feitas, devido à sua plasticidade, e das tentativas da sua substituição por outras equivalentes, como ‘factos normativos’ ou ‘factos de produção normativa’. A ‘fonte’ e o local de onde a água (o ‘Direito’ e/ou os ‘direitos’) mana e se recolhe com facilidade”.

39 (Vieira, 2007, p. 219): “No sistema legal da *Civil Law*, a lei é a única fonte primária do direito, isto é, é a autoridade máxima para expressá-lo. Isso significa que, na busca do direito, a lei deve ser a primeira fonte a ser pesquisada [...]”.

2 A construção do pensamento jurídico pela via do precedente

Embora o sistema de *common law* não tenha nascido como *stare decisis*⁴⁰, tem-se que sua moderna compreensão perpassa por sua análise, restando mais nítidas as razões da dificuldade de importação e adequação de modelo jurídico no Brasil. A construção do pensamento jurídico e da decisão judicial, no sistema jurídico pátrio, envolve a aplicação formal lógico-dedutiva de um enunciado (previsto na norma ou numa súmula, tese, ementa decisão judicial), mediante atividade subsuntiva, ao passo que o precedente é aplicado por construção dedutiva-hipotética hermenêutica, extraíndo a *ratio decidendi* de um caso pretérito pela identificação dos aspectos materiais relevantes à identificação de similaridade entre os casos a serem decididos e desprezando-se a *obiter dicta*.

Insista-se que a importação aqui discutida, na maioria das vezes entendida de forma completamente equivocada, não se consegue levar a efeito por simples mudança legislativa, como se de fato fosse possível, por incursão gramatical, desprezar-se, por completo, as questões históricas e culturais, e, principalmente, pela forma e finalidade com que elaborados os precedentes na *common law*. A impressão que se tem, quando da discussão da adoção do sistema precedentalista, é que a maioria dos debatedores, em especial aqueles que se encontram no Poder Judiciário, criam uma falsa aproximação que, a rigor, não existe.

Frise-se, na *common law*, os pronunciamentos não são elaborados visando a resolução de casos futuros, não tendo qualquer pretensão de criar regras gerais e abstratas solucionadoras de todos os problemas que possam surgir a partir do seu nascimento; a eclosão de um precedente, não se mostra de caráter pretensiosamente universal, permitindo-se que as singularidades dos vindouros casos sejam efetivamente apreciadas e distinguidas, situação que pode ser verificada, às escâncaras, em face dos inúmeros

40 (Streck; Abboud, 2014, p. 39): “A referida doutrina dos precedentes não pode ser confundida com a estrita doutrina do *stare decisis*, que surgiu no século XIX, quando a apreciação de um determinado caso passou a ser tratada como obrigatória em um tribunal no julgamento de um caso semelhante mais tarde. A doutrina do *stare decisis* origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a *holding* e a *dictum*”.

julgamentos levados a efeito na Suprema Corte Americana, depois da fixação do já mencionado julgamento *Roe v. Wade*.

O caso *London Tramways v. London Country* (1898) foi central para o estabelecimento da doutrina. Na ocasião, a Câmara dos Lordes decidiu que não poderia contrariar uma decisão anterior proferida por ela mesma quando se tratar de casos idênticos⁴¹ (eficácia horizontal, de natureza interna), salvo situações que necessitem a superação do quanto decidido, além de determinar que os Sodalícios e instâncias inferiores estejam vinculadas ao precedente (eficácia vertical, de natureza externa).

Essa teoria foi estabelecida com o propósito de racionalizar o uso dos precedentes e conferir certeza ao sistema jurídico, não se trata da simples aplicação da analogia para casos iguais; não se versa de expediente de mera repetição acrítica de julgados anteriores, mas de determinar similaridades de fato e direito ao caso paradigma. Quando se fala em precedente se busca sua *ratio decidendi*, qual princípio de Direito foi ali desenvolvido para solucionar o caso apresentado, a fim de que, incidentalmente, possa ele ser utilizado para resolver nova controvérsia no futuro. Pode-se invocar a Suprema Corte americana para exemplificar, mais precisamente no que se refere a outro de seus célebres julgamentos: *Roe v. Wade*, de 1973⁴².

Nessa decisão, partindo-se de um caso concreto surgido no Estado do Texas, declarou-se a inconstitucionalidade das leis estaduais (e eventualmente federais) que proibissem, sem qualquer tipo de exceção, a prática do aborto, pois referida vedação contrariava, frontalmente, as disposições basilares contidas, em especial, na Nona⁴³ e na Décima Quarta Emendas⁴⁴ (seria o primeiro teste

41 (Ladeira, 2014, p. 282-283).

42 (Dworkin, 2003, p. 141): “O caso *Roe contra Wade* é, sem dúvida, o mais famoso de todos os que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos: é mais conhecido pelos norte-americanos – e, na verdade, no mundo inteiro – do que *Marbury contra Madison*, o caso de 1803 em que o tribunal decidiu, pela primeira vez, que tinha o poder de declarar as leis do Congresso inconstitucionais, ou do que *Dred Scott contra Sandford*, o caso de 1857 em que o tribunal ajudou a deflagrar a guerra civil ao decidir que os escravos eram apenas uma propriedade que deveria ser devolvida ao seu ‘dono’, ou mesmo do que *Brown contra Board of Education*, de 1954, em que o tribunal declarou a segregação racial nas escolas inconstitucional e ajudou a dar início ao movimento pelos direitos civis que transformou o país. A sentença *Roe contra Wade* é mais famosa do que qualquer uma dessas e tem sido ferozmente criticada há duas décadas [...]”.

43 A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.

44 **Seção 1.** Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

de constitucionalidade, buscando perquirir se o Estado (legislador) atuou racionalmente ao levar a efeito a restrição da liberdade individual em cotejo, no caso específico, a proibição texana ao aborto). Lembrando que Constituição americana é bem mais sintética que a brasileira, situação essa que exige e permite uma maior atividade interpretativa dos julgadores; noutra giro verbal, e levando-se em consideração a redação das emendas tida por violadas no caso paradigma, percebe-se, a todas as luzes, que o conteúdo ali presente é extremamente genérico, principiológico.

A *ratio decidendi* abarcou a questão do direito à privacidade, entendendo-se que neste inclui-se a possibilidade de autodeterminação da mulher diante do processo de procriação, situação essa que já havia sido discutida em precedente anterior (reafirmado em 1973), quando do julgamento *Griswold v. Connecticut* (1965), onde se declarou a constitucionalidade da permissão da venda de anticoncepcionais para casais (e ao depois, solteiros), não se descurando do livre planejamento familiar, bem como que o feto não poderia ser considerado como pessoa para fins de proteção constitucional.

A Suprema Corte, por intermédio do voto da maioria redigido pelo Justice Blackmun⁴⁵, decidiu que até o terceiro mês de gravidez, o direito é absoluto e não pode ser atingido por intervenções estatais de qualquer natureza; entre o terceiro e o sexto mês, a autodeterminação da mulher sobre a procriação subsiste, mas nesse período já se mostra possível a ingerência estatal, desde que com o fito de tutelar a saúde materna. Do sexto mês em diante, momento em que se presume o que se chamou de viabilidade fetal (aptidão para nascer), permite-se que o Estado proíba a realização do aborto, ressalvadas algumas hipóteses, em especial, se a gravidez colocar em risco a vida da mulher⁴⁶.

45 No voto construído pelo Justice Blackmun, no caso *Roe v. Wade*, restou expressamente reconhecido a autodeterminação reprodutiva da mulher como direito fundamental, decorrente da proteção da privacidade: *"The right of privacy ... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy. The detriment that the State would impose upon pregnant woman by denying this choice altogether is apparent"* ("Este direito de privacidade ... é amplo o bastante para incluir a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez. Os prejuízos que o Estado imporá sobre as mulheres grávidas ao negar a elas esta escolha é manifesto").

46 O acórdão em questão está reproduzido, nos seus trechos mais importantes, em Murphy, Walther F., Fleming, James E. e Barber, Sotirios. *American Constitutional Interpretation*. Westbury: The Foundation Press, 1995, p. 1257-1266. Para uma profunda discussão sobre o aborto no direito constitucional norte-americano, veja-se Dworkin, 2003).

Tal precedente demonstra a diferença em sua condução nos sistemas de *common law* e *civil law*; neste último, quando se extrai a dicção sumular se objetiva transformá-lo em algo similar ao conteúdo de uma lei, isto é, em enunciado geral e abstrato aplicável à solução de casos futuros; na *common law*, o precedente é elaborado a partir do e para resolver aquele caso concreto, de modo que sua aplicação a casos futuros é incidental, não havendo qualquer pretensão de esgotar os espaços relativos a novos conflitos que envolvam a temática original.

Tanto é verdade que depois do julgamento e da premissa estabelecida no caso *Roe v. Wade*, a Suprema Corte americana enfrentou tema correlato em outras situações, a fim de solucionar as mais diversas decorrências que foram surgindo do estabelecido em 1973⁴⁷ (*Doe v. Bolton* – 1973; *Bigelow v. Virginia* – 1975; *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* – 1976; *Beal v. Doe* – 1977; *Maher v. Roe* – 1977; *Poelker v. Doe* – 1977; *Harris v. McRae* – 1980; *Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.* – 1983; *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* – 1986; *Webster v. Reproductive Health Services* – 1989; *Hodgson v. Minnesota* – 1990; *Rust v. Sullivan* – 1991; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* – 1992; *Gonzalez v. Carhart* – 2007).

Em terras brasileiras, editado o conteúdo de determinado verbete, sendo ele vinculante ou não, ou uma tese de repetitivo ou incidente de resolução de demanda repetitiva, se tem a partir de tal momento a tentativa de aplicá-lo, com reduzida análise distintiva, a todos os casos que tenham características semelhantes, o que pode acabar por desembocar em um novo método de formação de gargalos de acesso às Cortes Superiores, quase como um fomento à jurisprudência defensiva⁴⁸, afastando dos seus âmbitos

47 (Re, 1990, p. 38): “É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito”.

48 (Mancuso, 2016, p. 268): “Nossa experiência judiciária contemporânea registra uma paradoxal situação: o direito pretoriano, cuja gênese, por definição, se dá ao interno dos Tribunais, e cuja utilização fisiológica se preordena a compactar ritos, agilizar julgamentos e lhes imprimir isonomia, passou, com o tempo, a consentir um manejo patológico, ou ao menos desvirtuado, qual seja o emprego da jurisprudência dominante ou sumulada para fim de obstaculizar o acesso aos Tribunais, assim criando situação de verdadeiro ilogismo: o sistema, com uma mão, oferta meios impugnativos diversos, e, com outra, busca impedir ou dificultar seu curso por meio de expedientes diversos, desorientando os advogados e desapontando os virtuais recorrentes [...]”.

milhares de casos, sumarizando a cognitividade e as vias dialogais do processo, a par do dever de fundamentação substancial esculpido no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil⁴⁹.

Não obstante tais vicissitudes que acometem o precedentalismo brasileiro – que o colocam em questionável condição de legitimidade democrática e de constitucionalidade –, parece-nos que se trata se uma realidade normativa e prática inescapável, sendo, pois, indisfarçável a necessidade de se aprender a manejar tal modelo, o que perpassa pela reflexão a respeito do ensino jurídico, quer no que tange à dogmática, quer no atinente à forma como são formados os profissionais do Direito, quer como se leciona e se constrói as atividades acadêmicas do curso de Direito; quiçá, pensando, ensinando e formando profissionais acostumados com o manejo de precedentes, tenhamos aptidão para solidificar as bases do precedentalismo brasileiro e, mais, torná-lo mais democrático.

3 Precedentes e os desafios do ensino jurídico

Se o objetivo da dogmática e do ensino jurídico, em grande medida, é pensar e refletir as estruturas sociais e a possibilidade de atuação da experiência jurídica na construção de uma sociedade mais democrática, inclusive por meio da prestação da tutela jurisdicional, o papel da formação do profissional do Direito deve ganhar destaque. Isso porque, o acadêmico do Direito carregará traços marcantes cunhados à época de sua formação nos bancos da faculdade, de tal sorte que, se vivemos uma nova realidade na formação dos precedentes, quase uma revisitação da teoria das fontes e do papel da jurisprudência, é salutar que possamos refletir a forma pela qual se ensina e se aprende Direito no Brasil.

Bem verdade que o tema envolve uma série de conjunturas que vão desde a história dos cursos jurídicos no Brasil até ques-

49 A descrença não é subjetiva, vem acompanhada por decisões como a do Supremo Tribunal Federal, para quem, [...] inexistente violação do art. 93, inc. IX da CF/88. Na compreensão desta Suprema Corte, o texto constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, sem necessidade, contudo, do exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes (AgRgnoAI nº 778119/GO, Rel. Min. Rosa Weber, DJE 22.10.2013). Ou, ainda, no âmbito do STJ, tribunal que deveria zelar pela norma infraconstitucional: “sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão 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” (REsp. nº 1.619.675/RO, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.08.2016).

tões mercadológicas, econômicas, sociais e educacionais, o que inviabilizaria seu exaurimento num estudo dessa natureza, sendo que se propõe uma reflexão para adequação da dogmática ante o precedentalismo instalado, sem pretensão de esgotar todos os pormenores que envolvem a temática.

Nessa toada, a primeira observação merecedora de nossa atenção é a indagação a respeito de até que ponto os pensadores do Direito, a academia – incluindo a nós mesmos, por evidente – foram moldados a pensar o Direito pela premissa de um caso concreto ou da extração da *ratio decidendi* de um precedente, bem como o quão estão capacitados a transmitir conhecimento por essa técnica de interpretação e pensamento jurídico, viabilizando o adequado manejo de um sistema de precedentes.

Sem a pretensão de alterar nossa tradição jurídica normativista, a realidade exige de todos nós a percepção de que é necessário aprender e ensinar consoante o modelo hermenêutico da tradição do *common law*, enxergando nos precedentes papel diverso daquele que, ao menos usualmente, se tem verificado, onde expressões como súmula, tese, jurisprudência, ementa, são indevidamente utilizadas como sinonímia de “precedentes”.

É preciso começarmos a aprender, pensar e ensinar a partir de casos que, pela sua relevância argumentativa, vão se prestar como precedentes na solução de casos futuros, reduzindo os impactos reducionistas e simplistas do modelo de precedentes imposto pelo Código de Processo Civil, superando-se a eminente construção de um Direito Sumular/Tesista/Ementista a cuja construção estamos assistindo, mediante a formação de profissionais jurídicos aptos a pensarem, buscarem e refletirem acerca da *ratio decidendi* dos casos antes de entronar um mero enunciado à condição de precedente.

A reflexão é aferir se estamos preparados para operar um sistema de precedentes ou se o fazemos precariamente. O saber jurídico deve ser construído de modo a contribuir para edificação de pilares sociais mais sólidos e democráticos, assim como transformar a realidade social e da prestação de tutela jurisdicional no Brasil. Precisamos cumprir papel, pelo conhecimento jurídico, de tornar a

realidade e a praxe forense mais próxima do *dever ser*, diminuindo a distância entre as promessas legislativas e o mundo do *ser*, o que, na seara dos precedentes, envolve a reconstrução do modelo de aprendizagem e ensino. Necessitamos refletir se estamos prontos para recepção de um sistema adversarial de construção do Direito a partir de casos concretos, minimizando a relevância dos textos normativos legislados *lato sensu* e, além de estarmos prontos, se estamos preparando as gerações vindouras para tal modelo de construção do pensamento jurídico e da praxe forense.

Ao nosso sentir, a resposta é negativa, salvo poucas exceções; padecemos ao trabalhar e pensar o Direito pela ótica do precedente, quando muito, valemo-nos de meros enunciados sumulares, ementas ou resumos de julgamentos, sem análise dos aspectos materiais determinantes do caso precedente ou das particularidades do caso posto à apreciação e, através desse conhecimento reducionista, operarmos por técnicas subsuntivas de enquadramento da súmula/tese/ementa. Isso decorre de nossa formação jurídica – com pouquíssimas modificações nesses quase dois séculos – na qual aprendemos, ensinamos, refletimos, interpretamos e aplicamos o Direito.

O ensino jurídico se desenvolve pela lógica formal e dedutiva de conhecimento da norma e sua aplicação subsuntiva à solução da lide, mediante a leitura de Códigos, leis, atos infralegais, da Constituição Federal (propositalmente deixada ao final, visto que assim também se percebe num ensino desprovido de preocupação constitucional, estancado em caixas das disciplinas jurídicas que “não conversam entre si” e se bastam, desprezando, até mesmo, o pensamento a partir da Lei Maior) e “precedentes”. Nesse cenário, o precedentalismo estatuído não consegue nos impingir a pensar de modo distinto, do contrário, pensamos os “precedentes” pela mesma lógica da norma, resultando na completa disfunção do instituto e na propagação de um discurso precedentalista bastante diverso da realidade.

De lembrar que, histórica e socialmente, o ensino jurídico brasileiro (cujos principais ocupantes, até pouco tempo, eram os

mais favorecidos economicamente, em regra, brancos de famílias tradicionais, oligárquicas e patrimonialistas, algumas detentoras de títulos de nobreza⁵⁰) fora pautado pela tradição legalista da *civil law*, até mesmo porque durante nosso processo de colonização, antes mesmo da criação dos cursos jurídicos⁵¹, assim se concebeu, sendo a norma a fonte primária de orientação e determinação das relações sociais.

Quando colônia, o Brasil experimentou reduzida experiência jurídica, a uma, ante a precariedade de nossas instituições jurídico-sociais e de próprio povo, muitas vezes desprovido de quaisquer mecanismos relacionados à instrução e de acesso às estruturas de poder, a duas, pela fragilidade do ordenamento jurídico, amplamente vinculado ao direito português⁵² cujo jurista era formado pela lógica legislativa, principalmente decorrente da Universidade de Coimbra, razão pela qual pouco há de relevante nessa fase de nossa história no que diz respeito ao ensino jurídico que ganha força, especialmente, após a instauração do período imperial e a chegada da Família Real e dos pensamentos iluministas.

Nessa fase imperial e em grande parte de nossa república tivemos um ensino jurídico marcado por fortes concepções formais e positivistas. Sobretudo na fase monárquica, os cursos jurídicos ocuparam espaço relevante entre as elites que enfatizavam e centralizam seu poder pela perspectiva do conhecimento político, cultural e jurídico que sustentava a burocracia estatal, mantendo as estruturas dominantes (o bacharelismo, quadro social em que tais indivíduos, formados, passam a ocupar os espaços públicos de poder, preservando a estrutura social de patrimonialismo e apa-

50 De relevo (Freyre, 2006 p. 65-69), assim explica o perfil histórico do Brasil e nos remete à reflexão quanto a realidade sociocultural contemporânea: "Formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica e híbrida de índio - e mais tarde de negro - na composição. Sociedade que se desenvolveria menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita e plástico, do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema profilaxia social e política. Menos pela ação oficial do que pelo braço e pela espada do particular. Mas tudo isso subordinado o espírito político e de realismo econômico e jurídico que aqui, como em Portugal, foi desde o primeiro século elemento decisivo de formação nacional [...]. Tomando em conta tais antagonismos de cultura, a flexibilidade, a indecisão, o equilíbrio ou a desarmonia deles resultantes, é que bem se compreende a formação sui generis da sociedade brasileira, igualmente equilibrada nos seus começos e ainda hoje sore antagonismos".

51 Lei Imperial de 11 de agosto de 1827: Art. 1º: Criar-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda, e nelles no espaço de cinco annos, e em nove cadeiras.

52 (Zaneti Júnior, 2014, p. 225) "[...] Portugal, de quem herdamos a nossa tradição jurídica, manteve-se sob a influência dos juristas durante um período muito superior aos demais países do continente europeu. Essa particularidade tem direta relação com o centralismo jurídico (direito precocemente legislado pelo rei, a exemplo das Ordenações) [...]"

relhecimento estatal)⁵³. Essa visão fortemente positivista do Direito, fez com que seu estudo se distanciasse da realidade social, na medida em que a compreensão filosófica passava pelo afastamento de fatores metajurídicos em relação ao Direito e, socialmente, aqueles que se encontravam nos bancos da faculdade não guardavam profundos interesses de transformação. Até pouco tempo atrás, essa estrutura de ensino-aprendizagem pouco se modificou, parecendo-nos insustentável se manter o estudo do Direito e, notadamente, do Processo Civil numa perspectiva privatista, patrimonialista e puramente intersubjetiva.

O perfil da sociedade e dos conflitos se modificaram e a manutenção das estruturas de construção do pensamento jurídico contribuem para o agravamento da crise. A formação dos profissionais que irão manusear o processo perpassa pela construção de uma visão publicista, uma manifestação de poder estatal e por essa perspectiva é que se deve entender o precedentalismo estabelecido pelo Código de Processo Civil, não bastando ensinarmos numa visão reduzida dos textos de Códigos e leis ou ementas e súmulas.

A promulgação da Constituição de 1988 e o neoconstitucionalismo trouxeram alguns avanços na qualificação dos profissionais do Direito, em especial, no que diz respeito à conscientização acerca da necessidade de concretização dos direitos e a constitucionalização de outros ramos do saber jurídico, entretanto, tal realidade ainda é tacanha frente às dezenas de milhares de bacharéis formados todos os anos nos mais de mil e duzentos cursos jurídicos existentes no Brasil, os quais, aspectos históricos, culturais e sociais de nossa formação jurídica acabam replicando um ultrapassado modelo secular de ensino/aprendizagem.

53 (Carvalho, 2007, p. 65), “[...] quase toda elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a Independência, na Universidade de Coimbra, após a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se consideramos apenas os cursos jurídicos. A concentração temática e geográficas promovia contatos pessoais entre estudantes das várias capitanias e províncias e incutia neles uma ideologia homogênea dentro do estrito controle a que as escolas superiores eram submetidas pelos governos tanto de Portugal como do Brasil”. E (Wolkmer, 2003, p. 66): “Com a independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder. Ao conferir bases ideológicas para a transposição do status colonial, o liberalismo não só tomou componente indispensável na ida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e da integração da sociedade nacional.”

Bem verdade que esse cenário não é de culpa exclusiva das instituições de ensino e seus docentes ou dos conteúdos programáticos defasados, há outros tantos fatores complexos que precisam ser repensados, como: **a)** aumento exacerbado de cursos jurídicos, muitos dos quais sem estrutura e que acabam instituindo verdadeiras “fábricas” de bacharéis que, estereotipados e acríticos, alimentam um sedento e perverso mercado que não raramente remunera mal e emprega muitos em condições de “operários” do Direito, além de fomentarem uma estrutura milionária de “cursinhos” que “captam” alunos antes mesmo de completarem a graduação; **b)** mercado profissional cada vez mais concentrado e voltado à obtenção de grandes lucros por conglomerados econômicos educacionais e grandes bancas de advocacia; **c)** reduzidos programas governamentais ou extragovernamentais de apoio à pesquisa jurídica e à reflexão crítica do Direito, cuja carreira acadêmica acaba por perder profissionais valorosos que se alinham a outras áreas do Direito como forma de obtenção de melhores ganhos financeiros; **d)** precariedade de política governamental dialogada com as instituições de ensino superior; **e)** regulamentação desorganizada e cujo controle se efetiva de forma precária, mostrando-se necessária a alteração dos mecanismos de gestão dos cursos jurídicos e a padronização dos métodos de mensuração de qualidade na formação do profissional do Direito; **f)** manutenção de exigência de conteúdos programáticos construídos com base em resoluções governamentais de gestão e controle desses cursos, pautados no tecnicismo e normativismo, com reduzida viabilidade de manejo inovador pelas instituições de ensino; **g)** diversidade de polos avaliativos das instituições de ensino, cada qual com critérios próprios, como ENADE, concursos diversos e Exame de Ordem, e; **h)** “fetichização” pelo Exame de Ordem, com realização da prova por alunos dos últimos períodos do curso.

Mostra-se superficial imputar a culpa da baixa qualidade na formação dos nossos profissionais do Direito e da crise do ensino jurídico brasileiro, exclusivamente, às instituições de ensino superior quando se está diante de um cenário caótico, cujos mecanis-

mos e órgãos de controle são precários e cujos traços da visão patrimonialista do Estado, em muitas das vezes, ainda se faz presente. Como aprender e ensinar pelo caminho dos precedentes, se os graduandos, o mercado e as avaliações a que os acadêmicos serão submetidos ainda encontram-se arraigados na tradição normativista e na técnica subsuntiva de artigos, parágrafos e incisos ao caso concreto ou, quando muito, entendem que precedentes são súmulas ou teses de julgamentos repetitivos?

Alterações curriculares ainda sofrem forte resistência, dentro e fora dos cursos do Direito, sendo relegado a alguns cursos de pós-graduação *stricto sensu* e a iniciativa de grupos de pesquisa, o que, não obstante simbolize algum início, ainda é muito pouco para transformação, que continua a exigir profunda guinada. A concreção mais democrática do sistema de precedentes brasileiro exige que se abandone a atual formação de replicação retórica da lei, muitas vezes construído através de cursinhos preparatórios, resumos, esquematizados, coleções e outros materiais informativos, que compõem um pensamento tecnocrata e legalista; estudantes que ocuparão os cargos de profissionais do Direito assim se preparam, logo, é impossível pensar resultado diverso ou pensamento por precedentes se continuamos a ensinar e a aprender pela subsunção do caso à racionalidade da “lei”.

Os cursos de Direito, de maneira positiva, estão mais acessíveis, ante políticas públicas inclusivas no âmbito educacional, porém, como efeito colateral, os discentes relevam nossas mazelas sociais e as graves falhas na formação do ensino fundamental e médio que padecem de severos vícios de qualidade, fazendo com que um contingente de bacharéis acabe por se sujeitar a um mercado predador, características elitizantes e patrimonialistas.

Esse ambiente reforça o modelo de formação jurídica posto e dá margem ao ingresso de instituições de ensino com prevacente pretensão lucrativa (e não pensamos que o lucro nas instituições privadas de ensino seja algo negativo, pelo contrário, o ensino de qualidade deve, por retribuição à qualidade, gerar dividendos aos proprietários dessas faculdades, não havendo nada de imoral

nesse comportamento, em especial num regime capitalista como o nosso) e desprovidas de preocupações qualitativas, valendo-se desse público-alvo para ofertar-lhes a falsa esperança de uma vida melhor através da formação jurídica (mesmo reconhecendo que, ainda assim, em geral, bacharéis em Direito com baixa formação e que raramente conseguem se inserir nas carreiras jurídicas mais prestigiadas costumam concluir o curso em condições melhores do que quando ingressaram)⁵⁴.

Necessária a superação epistemológica do regime e que a formação jurídica passe a ser humanista, crítica, reflexiva e dialética com as deformidades micro e macrossociais, de modo a, pelo saber do Direito, viabilizar a alteração dessa realidade. Pela forma com que se formam os profissionais do Direito não se pode imaginar, muito menos impor, que operem a partir de uma lógica precedentalista, sendo cediço que o que estamos a fazer é nos enganar enquanto afundamos num sistema de súmulas e ementas. Um sistema de precedentes efetivo prescinde que trabalhe com esse cenário e formemos nossos profissionais, inclusive, com apoio governamental e dos órgãos de controle do ensino. Hoje, uma instituição de ensino jurídico que se aventure a, quase pioneiramente, assim formar seus acadêmicos, certamente, encontrará resistência dos meios de controle, do mercado profissional e, em última análise, possivelmente, do próprio alunado, estando fadada ao retorno às antigas grades curriculares.

O modo de conceber e estudar o Direito, amplamente dogmatizado nos textos normativos legislados, está enraizado e a concepção do precedente como fonte continua sendo relegada, motivo pelo qual discursamos pela retórica dos precedentes e aplicamos, mercê de nossa formação, meras súmulas. Se pretendemos um sistema de precedentes precisamos instituir e nos preparar para

54 (Fachin, 2001, p. 32-33): "Mais uma vez, o sistema jurídico, ao refletir o modelo que governa as relações econômicas e sociais, serve para marcar uma marginalização. É que a atribuição de uma posição jurídica depende, pois, do ingresso da pessoa no universo de titularidade que o próprio sistema define. Desse modo, percebe claramente que o sistema jurídico poder ser, antes de tudo, um sistema de exclusão. Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais a entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizantes dos valores dominantes em cada época, alicerça-se num juízo depreciativo, historicamente atrasado e equivocado. Por isso, a presença dessas pessoas no Direito é, a rigor, a história de uma ausência. O que se nega não se denega apenas. Diversos sujeitos são propositadamente colocados à margem do sistema jurídicos, inseridos no elenco daqueles que não portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e obrigações."

tanto, transformando paulatinamente nossa cultura e tradição de pensamento, aplicação e ensino do Direito, caso contrário, viveremos, como estamos vivendo, um precário precedentalismo que estampa mais uma técnica de sumarização de cognitividade do que meio de uniformização e igualdade na prestação jurisdicional.

Diferentemente se dá no âmbito da *common law*, onde o estudante de Direito, é formado na perspectiva da análise de casos, de modo a buscar seus aspectos materiais mais relevantes e, então, vislumbrar o precedente que se impõe a regular tal situação; note-se, o raciocínio é desenvolvido de forma diametralmente oposta aos países de tradição da *civil law*, naquele, uma técnica indutiva argumentativo-hermenêutica de verificação complexa dos fatos materiais para percepção de um caso concreto anteriormente decidido e que tenha se prestado a formar um precedente, não por imposição legal vertical, mas por aceitação da *ratio decidendi* que dele emana, ao passo que no último, a partir do texto legal em sentido amplo, mediante técnica de subsunção lógico-formal dedutiva, nele enquadrados ou não os fatos que são postos ao conhecimento do operador ou cientista do Direito.

Dworkin (2010-b, p. 4), quanto ao aprendizado do Direito, aponta que *“Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais”*⁵⁵. A tradição romano-germânica nos ensina desde os bancos da universidade, donde, por sua vez, se fortalece a doutrina que pensa e influencia toda a construção do sistema normativo legislado, fazendo com que essa cultura jurídica se retroalimente e os precedentes fiquem reduzidos a súmulas e teses, maculando a qualidade do ensino e da tutela jurisdicional.

55 Ou, também, (Soares, 2000, p. 41-42), ao cuidar da distinção de abordagens entre os sistemas jurídicos e os desafios decorrentes das formas diversas pelas quais formulamos nossos raciocínios para compreensão do Direito, para quem: “Na verdade, explicar a aplicação de uma norma geral a um caso particular, como no sistema do direito brasileiro (partir do geral ao particular) é bem mais fácil do que explicar a metodologia de partir de vários casos particulares para outros particulares, através de generalizações parciais, sem sair do contexto! A experiência pessoal mostra que, para alguém formado no sistema a *civil law*, os primeiros passos na metodologia dos *cases laws* são embaraçosos, com a impressão que se vai caminhar-se num campo caótico; no entanto, à medida que se vai familiarizando com o sistema, ele se torna interessante e instigante. Na verdade, para o estudante é muito difícil, mesmo no nosso sistema, entender, pela pura teoria, as várias colorações conceituais da linguagem jurídica, que mostram as sofisticações dos institutos jurídicos; contudo, se alguém já tiver trabalhado em um caso prático, se tiver vivenciado uma questão igual ou assimilável à que tem de ser resolvida, o caminho é, certamente, mais fácil. Esta é a vantagem dos precedentes, um arquivo de micro-história das relações conflituais humanas, com as que se preenche com modificações factuais; a dificuldade maior é, portanto, saber se existe tal formulário e onde encontrá-lo.”

A transformação ou aproximação de sistemas jurídicos tão distintos não pode ter a pretensão de se esgotar em si por força de imposição do Código de Processo Civil e orientações sumulares ou ementistas, é necessária a transformação da própria tradição jurídica, observadas as particularidades de nossa cultura⁵⁶, bem como compreender que os sistemas da *common law* e da *civil law* estão cada vez mais imbricados – no Brasil e no mundo – e que nos fecharmos à essa realidade, na essência, significa manter o *status quo* de uma prestação jurisdicional iníqua e quase aleatória, o que envolve direta reflexão sobre os cursos jurídicos no Brasil, a forma como são avaliados pelos órgãos de controle e pelo próprio mercado de trabalho e de alunado. É preciso repensar o ensino jurídico para compreender o fenômeno dos precedentes e tornar nosso precedentalismo mais democrático e legítimo.

A percepção do papel vinculante dos precedentes é realidade e deve crescer, reconhecendo-se a necessidade de pensar as estruturas das fontes do Direito, de tal maneira que negar essa condição significa se fechar dentro da própria acomodação. Se é que estamos dispostos a concorrer, ainda que em detrimento da nossa cultura jurídica legalista, para formação de um sistema brasileiro de precedentes, é imprescindível uma reforma profunda nos meios pelos quais pensamos, aprendemos, ensinamos, construímos e aplicamos o Direito, uma reforma metodológica, ideológica e epistemológica ampla, apta a viabilizar o conhecimento jurídico através de casos concretos e não somente do texto normativo legislado, uma modificação profunda no modelo de ensino-aprendizagem, das diretrizes curriculares, nos projetos pedagógicos dos cursos jurídicos e modelo pelo qual vislumbramos o conflito e as estruturas judiciais no Brasil; uma progressiva transformação do ensino jurídico, das técnicas de aprendizado, do manejo, aplicação e das formas de criação do Direito.

56 Não que não possamos nos valer da relevante técnica dos precedentes judiciais vinculantes (como os próprios países do *common law* têm feito com a aproximação aos textos de lei, cada vez mais expandidos nessa tradição jurídica, como, por exemplo o *Civil Procedure Rules* – CPR inglês, de 1999, contudo, isso não implica em abandono de nossas tradições jurídicas, sendo indispensável pensar na conciliação dos modelos de modo a consagrar uma prestação jurisdicional equânime, no entanto, tal construção deve ser paulatina e mediante reformas estruturais de todo sistema, observando características de formação de nossa sociedade, assim como respeitando garantias do processo conquistadas pelos jurisdicionados. (Barbosa Moreira, 2004-b, p. 10), tratando do risco inerente às importações precipitadas, em desarmonia com a cultura do país importador, tece as seguintes considerações: “No caso do nosso país o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural entre os dois sistemas – o brasileiro, de linhagem europeia continental, com predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito”.

Conclusão

O perfil da litigiosidade, numa sociedade cada vez mais informada e de lides massificadas, alterou-se consideravelmente, levando a transformações na esfera do processo civil tendentes a buscar alternativas que viabilizem a entrega da prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, dentre as quais nos dedicamos à abordagem dos precedentes obrigatórios, como técnica de obtenção de unidade, previsibilidade e coerência da postura do Judiciário pátrio, bem como igualdade entre os jurisdicionados. Esse movimento de fortalecimento dos precedentes formalmente vinculantes denominamos de precedentalismo, que, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, institui técnicas que conferem efeitos vinculantes, horizontal e vertical, exógena e endogenamente, aos pronunciamentos judiciais de suas Cortes.

O precedentalismo do processo civil brasileiro apresenta sérios problemas, de ordem teórica e prática, na medida em que institui artificialmente por força de lei um modelo de vinculatividade, influenciado pela doutrina do *stare decisis*, que desconsidera a realidade da experiência jurídica legalista do Brasil de tradição romano-germânica, cuja qual pensa o Direito e resolve a lide por meio da lógica formal de subsunção da norma ao caso concreto.

Esse cenário implica na instauração de um claudicante sistema precedentalista que, ao invés de trabalhar num modelo hermênutico dedutivo de identificação da *ratio decidendi* e sua aplicação pela relevância argumentativa aos casos futuros, acaba por utilizar técnica reducionista de precedentes como súmula, ementa ou tese de julgamento, gerando um ambiente jurisdicional de baixa legitimidade democrática e duvidosa constitucionalidade.

Buscamos demonstrar tal equívoco e evidenciar que precedentalismo estabelecido pelo Código de Processo Civil, muito embora se assente em bases equivocadas frente a um sistema de precedentes, se devidamente manejado, pode prestar-se aos fins para os quais fora instituído e não unicamente como ferramenta

de redução da cognitividade e das vias dialogais do processo. Para tanto, necessário se faz que reconheçamos as influências recíprocas das tradições jurídicas do *civil* e do *common law* e, considerando fatores culturais, históricos e sociais de formação da experiência jurídica brasileira, alterarmos a forma pela qual aprendemos, ensinamos, manejamos e aplicamos os precedentes.

Para atingimento de tal fim, é necessária a transformação do ensino jurídico brasileiro, repensando a relação ensino/aprendizagem, para que tenhamos condições de formar profissionais do Direito capacitados a manejarem os precedentes, tanto no ambiente acadêmico como na praxe forense, exigindo modificações em conteúdos programáticos nas instituições de ensino, mas também, dos órgãos de controle do ensino superior em Direito, das provas em concursos, da produção científica da academia, do mercado profissional e do corpo discente, o que somente será alcançado através de um processo continuado de transformação.

Sustentamos que alterações epistemológicas e na dogmática do ensino jurídico, ainda que não imediatamente, terão o condão de tornar o precedentalismo que se instalou, não somente no processo civil, mas em todo Direito brasileiro, num sistema de precedentes mais democrático e capaz de cumprir a determinação constitucional de se entregar tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, segura e igualitária, sem que isso implique em detrimento de um modelo constitucional de processo democrático.

Referências bibliográficas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português**. Coimbra: Almedina, 2016.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **História da Cultura Jurídica: o Direito em Roma**. São Paulo: Editora Método, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 14^a. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CARVALHO, José Murilo. **A Construção da Ordem**: a elite política imperial. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. Ed. Salvador: Editora Jus Podivum, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010-b.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades do Ensino e da Pesquisa Jurídica: repensando paradigmas. *In*: **Argumenta – Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, vol. 01, nº 01, p. 25-34. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre Poderes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FINE, Toni. F. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREIRE, Alonso. **Suprema Corte dos Estados Unidos**. *In*: BRANDÃO, Rodrigo (org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Editora JusPodium, 2017.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 8.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição**, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo - com referências ao CPC/2015**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 5.^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KOELLER, Frederico. **O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional; aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la**. Revista de Processo. vol. 258. ano 41. p. 341-356. São Paulo: Editora RT, ago. 2016.

LADEIRA, Aline Hadad. BAHIA, Alexandre Melo Franco. **O precedente judicial em paralelo a Súmula Vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico**. Revista de Processo. vol. 234. ano 39. São Paulo. Ed. RT. agosto 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4.^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza – eficácia – operacionalidade**. 2.^a edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5.^a edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Revolução Processual Inglesa. *In: Revista de Processo – REPRO*, nº 118, p. 75-88. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2004-a.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Futuro da Justiça**: alguns mitos. Temas de Direito Processual. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004-b.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: analisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2000.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2017.

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

RE, Edward D. **Stare Decisis**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, 1990.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 3.^a edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOARES, Guido Fernando Silva Soares. **Common Law**: introdução ao direito nos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2.^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015

STRAZ, Murilo. **Aportes à desmistificação do art. 927 do Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 269. ano 42. São Paulo. Ed. RT. julho 2017

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. *In: _____*; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2.^a ed., rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e a Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

