

FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL: ALGUNS DILEMAS

Dierle Nunes*
Alexandre Bahia**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já se teve oportunidade de tematizar em outras ocasiões¹, o Brasil e os tradicionais sistemas de *civil law* vêm vivenciando um movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente², devido à colocação de, cada vez maior, destaque ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio.

Há de se perceber que após a efetiva falência do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990, que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)³ e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial⁴, que alguns vêm, a alguns anos, em face da explosão exponencial

* Advogado; doutor em Direito Processual (PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); mestre em Direito Processual (PUC Minas); professor permanente do PPGD da PUC Minas; professor adjunto na PUC Minas e na UFMG; membro do IBDP e do IAMG.

** Advogado; doutor e mestre em Direito Constitucional pela UFMG; professor adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto, IBMEC-BH e FDSM; professor do programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); membro do IBDP, IHJ e SBPC.

- 1 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 3, São Paulo: RT, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 38, São Paulo: RT, set. 2011.
- 2 HONDIUS, Ewoud. *Precedent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelles, Bruylant, 2007.
- 3 NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Cit.* p. 38
- 4 Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro, conferir: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

de demandas e dos altos índices de “congestionamento judicial”, defendendo um peculiar uso dos precedentes (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação⁵, mediante a técnica de causa piloto⁶, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) *formaria um julgado* (interpretado por nós como precedente) *que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”*.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais *eficiente quantitativamente* através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema. Nesse particular, o movimento reformista brasileiro converge para uma aproximação com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Falta, assim, aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

Isso vale para as súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Sú-

5 Cf. NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. PUC Minas, 2003, dissertação de mestrado; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 29, p. 73-85, maio-jun./2004; NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, v. 168. THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 177-206, 2009.

6 “Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de ‘caso-piloto’, ‘caso-teste’ ou ‘processo-mestre’. Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5.

mula nº 309, por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. No HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.06), a Relatora, Min^a Nancy Andrighi, mostrou que dos dez precedentes citados para formar a Súmula, apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito.

Devemos perceber (o quanto antes) que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram. Eles não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto (BAHIA, 2009, p. 199 et seq.). Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial permite a aplicação de ‘súmulas’ mecanicamente.

Ao se perceber tal movimento no Brasil para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, entra na pauta jurídica o modo como a jurisprudência deve ser formada e aplicada; em especial, pelo necessário respeito ao *processo constitucional em sua formação*.

Inclusive, essa é uma grande preocupação que vimos defendendo junto à Comissão do CPC projetado na Câmara dos Deputados (com alguma repercussão no substitutivo acerca da técnica de *distinguishing*). Nesse aspecto, o projeto busca ofertar algumas premissas na formação e aplicação dos precedentes⁷.

7 Apesar de ser criticável a tentativa de uma metodologia, nos termos postos:

“DO PRECEDENTE JUDICIAL.

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

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

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

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de direito local, os

E mesmo que o projeto não se converta em lei, as discussões nele esposadas demonstram claramente a preocupação com a ausência de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação de nossos “precedentes”, como buscaremos mostrar com alguns exemplos no presente texto.

Isso, pois, com a percepção do contraditório como uma garantia de influência e de não surpresa, se vislumbra que sua aplicação não se resumiria a formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais.

O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar⁸.

precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

§ 1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 3º Nas hipóteses dos incisos II a V do *caput* deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

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

§ 6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§ 7º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.”

8 Acerca das premissas essenciais para o uso dos precedentes, veja-se: “Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios), inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.

do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nesses termos, mostra-se estranha a formação de um ‘precedente’ a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/Regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*), o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (‘comparação de casos’): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constitui-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais ‘de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexa estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, na qual qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*’. 6º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: a ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nesses termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*”. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 38, São Paulo, RT, set. 2011.

Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos.

Assim, os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros *padrões decisórios (standards)* que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório.

Extrair-se-ia, inclusive, se um dado argumento foi levado em consideração, pois caso contrário seria possível a superação do entendimento (*overruling*), ou mesmo se verificar se o caso atual em julgamento é idêntico ao padrão ou se é diverso, comportando julgamento autônomo mediante a distinção (*distinguishing*).

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreendem parcamente as bases de construção e aplicação desses padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas” e quebra da integridade (Dworkin) do direito são apenas alguns dos “vícios”.

Repetimos: aos Tribunais deve ser atribuído um novo modo de trabalho e uma nova visão de seus papéis e forma de julgamento. Se o sistema jurídico entrou em transição (e convergência), o trabalho dos tribunais também dever ser modificado, por exemplo, a) com a criação de centros de assessoria técnico-jurídica (unificação das assessorias) a subsidiar a todos os julgadores de uma Câmara pressupostos jurídicos idênticos para suas decisões; b) respeito pleno do contraditório como garantia de influência, de modo a levar em consideração todos os argumentos suscitados para a formação de um padrão decisório, pelos juízes e pelas partes, entre outras medidas; c) criação de centros de estudo e pesquisa para subsidiar dados de pesquisa especializada para cada grande matéria em debate, inclusive para promover críticas para aprimoramento das decisões (o que poderia ser feito em parceria com instituições de pesquisa, v.g. Universidades).

Ademais, não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil, qual seja a credulidade

exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em RE, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado).

Aqui, o “precedente” dos Tribunais Superiores é visto quase como um esgotamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas. E esses importantes Tribunais e seus Ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos, ferindo de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade.

Sabe-se que após a CRFB/88 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número maior. E que a partir desse momento, o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados, mas para o auferimento de direitos fundamentais, pelo déficit de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes” (Executivo/Legislativo), entre outros fatores.

Vistas essas premissas, devemos fazer uma breve análise de alguns dos fundamentos do *common law* na sistemática de precedentes, para que, na sequência, possamos verificar alguns exemplos na ausência de sistemática da própria construção dos padrões decisórios no Brasil.

2 – BREVES DIGRESSÕES DO *COMMON LAW*

O objetivo deste breve tópico é tão só o de demonstrar que apesar de não podermos aplicar os modos próprios do *common law* no uso dos precedentes, pois não devemos abandonar nossa tradição, a desprezando, e nem mesmo seria possível partirmos de um marco zero interpretativo e aplicativo do direito, se faz imperativo aprendermos com aqueles que possuem mais experiência e densidade no uso destas técnicas.

Partindo-se desse pressuposto devemos nos ater aos seguintes aspectos.

Somente a título exemplificativo de um dos sistemas estrangeiros de *common law*, há de se perceber que um juiz inglês quando julga *um caso* está preocupado com “a real substância *do caso*” e com os “valores e opções políticas (...) envolvidos”, somada a isso a prática de fundamentar de forma extensa e livre (presença de vários estilos argumentativos), sobrepondo-se argumentos e revisando os argumentos das partes, dizendo por que eles devem ser aceitos ou

rejeitados⁹. Ao mesmo tempo, chama-se a atenção nessa tradição pela manutenção dos precedentes, uma vez que os juízes apenas, raramente, estabelecem um novo precedente (o que significa “superar” o anterior – *overruling*) e isso somente caso as partes o tenham instigado a isso¹⁰. O que acontece com relativa frequência é o órgão julgador “distinguir” (*distinguishing*) a situação atual em face do precedente em razão de particularidades daquela.

De onde vem a “autoridade” de um precedente? O fato de se valer dos precedentes para um novo julgamento não significa que os juízes “simplesmente” deem para o caso “a mesma decisão” do caso anterior. O juiz Edward Re (1994, p. 8) deixa isso claro: *o precedente é um ponto de partida*; “o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo”.

Entre os precedentes há uma divisão que deve ser considerada: há os precedentes “vinculativos” e os meramente “persuasivos”; saber qual a *autoridade* de um precedente é uma questão de hermenêutica e de argumentação: será tido como “vinculativo” se vindo de parte da sentença em que o juiz delibera sobre o direito aplicável aos fatos controvertidos¹¹. Thomas Bustamante (2012) mostra que, tradicionalmente, na Inglaterra os precedentes vinculativos mereciam ser seguidos em razão da fundamentação dada nos casos anteriores. No entanto, com a ascensão do Positivismo naquele país (período que vai do início do século XIX até meados do século XX), principalmente com Bentham, ganha terreno a ideia de que a força do precedente vem somente da “autoridade” do órgão decisor (e não dos seus fundamentos) – de forma semelhante ao Positivismo na Europa Continental, onde uma lei vale simplesmente porque foi feita por um órgão previamente constituído (o Direito é o que o legislador diz que é) – e a fundamentação do juiz se resolve em citar a lei.

Por isso, vai se afirmar na Inglaterra que “o Direito é o que o juiz diz ser” (REID apud BUSTAMANTE, 2012, p. 49), logo, um juiz poderia apenas citar um caso anterior para que isso bastasse à fundamentação ou, caso não houvesse, estaria livre para “criar” direito, já que o precedente seria vinculante (não pelos fundamentos trazidos, mas) em razão do órgão superior que o emitiu¹². Aliás, é

9 Interessante pensar que a jurisprudência majoritária no Brasil é bem diferente, isto é, afirma que “o juiz não é obrigado a responder a todas as questões postas pelas partes”, o que leva a uma série de consequências para o processo (e.g., a técnica do “pinçamento” dos arts. 543-B e 543-C do CPC).

10 Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 43 et seq.

11 Mas também contribuem para determinar a autoridade do precedente a posição da Corte que o proferiu (Superior ou não), sua razoabilidade jurídica e até o prestígio do juiz que proferiu a decisão. Cf. RE (1994, p. 9).

12 Mais à frente, Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, 2012, p. 75-77 e 86-90) lembra que a radicalização quanto ao *stare decisis* (não apenas de vinculação

interessante que um maior uso dos precedentes no Brasil coincida com a proposta de “Pós-positivismo”, uma vez que “a teoria inglesa dos precedentes judiciais é também uma teoria fortemente positivista” (BUSTAMANTE, 2012, p. 252).

Bustamante (2012, p. 107) ainda lembra, com Damaška, que tanto juízes do *common law* quanto juízes de *civil law* têm preocupação com precedentes, apenas a atitude deles frente aos mesmos é que muda. Enquanto juízes de *common law* buscam estabelecer uma comparação entre o precedente e o caso a julgar a partir dos chamados “fatos materiais”, o outro toma o precedente não como um caso concreto, mas busca ali *um pronunciamento em forma de regra*.

É dizer, o juiz de *civil law*, mesmo lidando com precedentes, os trata de forma abstrata para dali encontrar uma “norma”¹³. A diferença está em que *juízes de civil law tratam o precedente como se ele fosse uma regra abstrata, enquanto que os do common law buscam no caso passado os fatos que foram determinantes (“materiais”) para a decisão e, aí, comparam com o caso que têm no presente*.

Seja qual for a sistemática adotada, o fato é que a aplicação do Direito, hoje, tem de ser justificada discursivamente. Não nos basta apenas citar a autoridade de uma lei (geral e abstrata) ou de um precedente ou súmula (também tomados de forma abstrata) apenas em razão da “autoridade” que lhes deu origem; da mesma forma que não basta simplesmente citar uma lei para fundamentar uma sentença, o mesmo se dirá sobre apenas citar uma Súmula (retomaremos essa questão abaixo).

vertical, mas, inclusive, que a Casa dos Lordes e a Corte de Apelações também estavam vinculadas aos seus precedentes) é uma construção do Positivismo, ou seja, algo muito recente na longa história do *common law* da Inglaterra. Isso apenas perdeu força a partir do final dos anos 1960. Enquanto no período anterior (que coincide com o Iluminismo) a autoridade do precedente repousava mais sobre a *ratio*, o positivismo descolou esse fundamento para a *auctoritas*. Há, outrossim, uma diferença prática muito relevante para nós. Se antes a ideia era a de que o juiz apenas “descobria” o direito (pré-existente) – e, portanto, o precedente possui vinculatidade mais débil porque apenas “declaratório” “evidenciário” do direito –, com o positivismo o direito cria efetivamente o direito e, uma vez feito isso, tal entendimento é certo e deve ser vinculante e (praticamente) imutável (*idem*, p. 87).

- 13 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 107. Ver também: “Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito” (BUSTAMANTE, 2012, p. 82). E: “Não seria crível supor que no Direito continental o juiz apenas interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz apenas aplicasse, estendesse ou modificasse regras jurisprudenciais. Trata-se de uma visão caricaturada, que dificilmente poderia ser empiricamente comprovada. Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades, em qualquer sistema jurídico” (*idem*, p. 106).

Outra característica relevante do *common law* inglês é que a presença de argumentos dissidentes nas decisões colegiadas não apenas não é raro como também é valorizado: o dissidente irá tentar mostrar o porquê da opinião da maioria estar “equivocada”. A Corte não aparece como *poker-faced*, mas “abertamente dividida”, o que de um ponto de vista de “correção” da decisão é um *plus* (pois valoriza o debate discursivo como forma de se obter a melhor decisão). Como mostra Bustamante, isso “permite (...) externar quais foram as pretensões de validade normativa sustentadas por cada juiz nas suas *opinions*, submetendo-as todas à crítica e permitindo que o processo de evolução do Direito seja de alguma forma controlado pelos jurisdicionados”.

Ademais, a leitura de um precedente naquela tradição viabiliza “um retrato” das temáticas que foram levadas em consideração, ofertando os limites discursivos tratados, fator que viabiliza com alguma clareza saber os argumentos que foram tratados ou não. Assim, da fundamentação conseguiremos viabilizar, na hipótese de surgimento de novos argumentos, ainda não tratados, se cogitar de uma superação (*overruling*), caso contrário, quando o acórdão não apresenta com linearidade e clareza na *ratio decidendi*, se torna muito difícil viabilizar a superação ou mesmo perceber se o tema foi ou não levado em consideração.

3 – NECESSIDADE DE UMA TEORIA PARA O BRASIL

Querer instituir um sistema pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para perceber se (e em que medida) é coerente (Dworkin) aplicar-se o entendimento anterior.

Esse trabalho não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”¹⁴. Como já disse Ovídio Baptista da Silva em texto comemorativo aos 10 anos do STJ:

“[A] súmula obrigatória – como o regime dos assentos praticado em Portugal – submete-se ao princípio iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade, a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas,

14 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 259.

nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito.”¹⁵ (SILVA, 1999, p. 159)

Assim, pensar que o uso de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso.

Do que adiantam súmulas, repercussão geral, etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções), não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “universalizabilidade”¹⁶ de suas decisões¹⁷?

Se estamos em uma *comunidade de princípios* (DWORKIN, 2007), o direito não é apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado (sistema de regras); ao contrário, se concebemos o Direito como um sistema principiológico, permitimos que o sistema possa “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (DWORKIN, 2007, p. 229).

A ideia de coerência (integridade) em Dworkin exige que o órgão julgador deve tomar o ordenamento jurídico (normas e precedentes) “como se” ele compusesse “conjunto coerente de princípios” (DWORKIN, 2007, p. 261). Perceba-se que a fonte normativa, mesmo num sistema de leis, não é um dado acabado, mas uma (re)construção a ser levada a cabo pelas partes e pelo juiz do caso. Quando somamos às possibilidades normativas os casos passados isso torna o sistema mais complexo (e não menos, como, por vezes, se lê nalguns discursos de reforma do processo). Essa “indeterminação inicial” do Direito a ser usado no caso é compensada, então, pelo trabalho reconstutivo que se faz do Ordenamento e do caso.

Quanto ao primeiro, Dworkin (2007, p. 274 et seq.) faz a conhecida alegoria com o “romance em cadeia” para mostrar que cada nova decisão se

15 Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 12-13), mesmo antes da aprovação da EC nº 45/04, já entendia que a introdução de súmulas vinculantes significaria retroagirmos para a época em que havia os assentos; donde conclui: “faz parte da nossa ‘memória histórica’ um tipo de hierarquia/subserviência interpretativa da lei, imposta de ‘cima para baixo’”. Cf., também, Bahia (2009a).

16 O critério da “universalizabilidade” é o principal fundamento para a técnica do precedente, nos lembra Thomas Bustamante (2012, p. 268).

17 Isto é, que a decisão dada respeita e dá curso ao “edifício jurídico” que se está procurando construir, ao mesmo tempo em que poderá servir de base para futuros casos similares.

liga num *continuum* entre passado e futuro: a decisão “integral”¹⁸ é aquela que, de alguma forma, dá curso ao passado ao lhes resgatar os princípios jurídicos jacentes (sem, contudo, lhe ser subserviente, como a postura “convencionalista”) e se abre a ser reapropriada (e ter rediscutidos seus fundamentos) no futuro (mas sem pretender visualizar todos seus possíveis desdobramentos metajurídicos, como os “realistas”). A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law*, tradicionalmente, se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado¹⁹. Afinal, para Dworkin: (1999, p. 274): “As declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza”.

Em sentido semelhante, Edward Re (1994, p. 8) toma como natural a ideia de que essa ação do juiz significa contribuir para o desenvolvimento de um direito que jamais se toma como uma “decisão do passado” (como talvez alguns pensem, ao julgarem a prática do *stare decisis*), mas que está sempre em construção.

Quanto ao segundo, isto é, ao caso, este deve ser reconstruído nos autos de forma que, uma vez identificadas suas particularidades, seja possível aplicar o direito “descoberto” e aí obter “a única decisão correta”, o que, adicionalmente, impede que se tome a decisão como um *standard*²⁰ que predetermine automaticamente a solução dos outros casos futuros.

Perceba-se que tanto a reconstrução do “Ordenamento” (normas e precedentes) quanto do caso presente se dá em contraditório, com a presença do juiz,

18 A integridade do Direito é garantida quando um Tribunal, diante de um caso a ser decidido, procura, ao mesmo tempo, reconstruir a história institucional do Direito até aquele ponto, ao mesmo tempo em que a aplica às especificidades do caso *sub judge*, isto é, dando continuidade à história. Cf. Dworkin (1999, p. 275 et seq.).

19 Cf. Dworkin (2001, p. 235-253, e 2007, p. 141).

20 Já nos manifestamos contrariamente ao tratamento da resolução de casos como se os mesmos fossem “temas”: “(...) apenas podemos manifestar nossa perplexidade: na crença de que as questões em Direito podem ser tratadas de forma tão ‘certa’, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas; no tratamento dos casos como *standards*, como temas, pois que as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um são desconsideradas e então um deles servirá para que se tente sensibilizar o Tribunal da importância de sua apreciação. Se não conseguir, todos os demais recursos perecerão, sem que tenha havido apreciação individual; se conseguir, todos os demais serão julgados da mesma forma, também sem apreciação individual”. E: “O tratamento de casos em bloco, ao suposto de que se pode reunir diferentes causas em torno de temas (porque as causas são idênticas) apenas pode se dar diante de certos supostos: um deles a crença que a aplicação do Direito pode ser feita de forma simples, matemática – uma compreensão presa a concepções superadas quanto ao Direito pelo menos desde Kelsen” (BAHIA, 2009a, p. 175 e 310.). No mesmo sentido: BAHIA (2009b, p. 366-369). E recentemente Lenio Streck (2010, p. 106): “O que resta do direito? (...) Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir ‘teses’ jurídicas”.

questão que não aparece clara em Dworkin (e sua figura do juiz Hércules)²¹, mas que é explicitada por Klaus Günther (1992, p. 269), para quem no processo deve ser garantido um procedimento tal em que se busque que todas as características relevantes do caso sejam trazidas.

Quanto ao Direito, ao invés de tomar as normas como um dado, ele as compreende como “mar revolto” de normas competindo entre si para regerem a situação e não como “uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 483). Dessa forma, cada um parte por levantar diferentes pretensões de direito baseadas em normas que o juiz avaliará, a partir do contraditório instaurado, se elas são aplicáveis “em tese” (*prima facie*) ao caso, procedimento que ele denomina de “discurso de justificação” (GÜNTHER, 2000, p. 99) (o que pode eliminar, por exemplo, normas inconstitucionais ou precedentes inaplicáveis ao tema tratado).

Tendo as normas (e precedentes) em tese aplicáveis, o juiz pode (mais uma vez se valendo dos debates em contraditório não apenas quanto às pretensões de direito, mas, como dissemos, também quanto à reconstrução o mais completa possível das características do caso) perceber qual delas é a norma adequada (esse segundo passo é o que Günther chama de “discurso de aplicação”) (GÜNTHER, 1992, p. 281 e 289). Em sentido semelhante, referindo-se à prática do *common law*, Bustamante²²:

“O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais²³ sejam tratadas da mesma forma, a não ser que, em um discurso de aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto.”

A partir disso percebemos que nenhuma norma (mesmo “principiológica”) pode prever todas as suas hipóteses de aplicação. Ela é pensada para algumas situações, mas a vida é muito mais rica e complexa do que a necessária simplificação que significa a textificação de condutas de forma hipotética. Pelas mesmas razões, também precedentes e súmulas, como textos que são (e mais,

21 Esse conhecimento de todos os princípios não é uma tarefa fácil. Aparece aí a figura do Juiz Hércules (DWORKIN, 2007, p. 87 et seq.) enquanto recurso argumentativo. Cf. também Habermas (1998, p. 286).

22 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 274.

23 O autor está se valendo da ideia de “norma adscrita”, no sentido dado por R. Alexy, isso é, de “normas criadas no processo de concretização do direito, seja pelos tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado Direito Fundamental” (BUSTAMANTE, 2012, p. 269-270).

erigidos a partir de situações concretas, o que os vincula mais de perto a certas hipóteses e não outras), também não podem “prever todas as suas situações de aplicação”. Não é mais plausível acreditar-se que a inclusão de mais textos (súmulas, súmulas vinculantes, etc.) terá a capacidade de resolver o problema da diversidade de interpretação dos textos originais (as normas), tomando o lugar destas (ou ao menos concorrendo com elas) como fonte do direito²⁴.

A primeira constatação não fez com que abandonássemos a produção de normas; de igual forma, ao tomarmos ciência da realidade da segunda constatação, isso também não nos fará abandonar por completo a jurisprudência, as súmulas, etc. Isso apenas mostra que a aplicação do Direito se torna mais complexa para nós, hoje, e que “esquemas de simplificação” e “fórmulas” não conseguirão contornar tal realidade.

No que tange às súmulas e aos julgados, nossos Tribunais hão de ter claro que uma coisa é “tomar em conta um precedente judicial”, outra, bem diferente, é querer, com isso gerar uma “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial”²⁵.

O trabalho com precedentes, de um lado, possibilita o reaproveitamento de razões já testadas e aplicadas no passado, de outro, envolve um trabalho árduo de reconstrução de qual (das) *ratio decidendi* está (estão) ali presente(s) e se a mesma (ou qual delas) é (são) relevante(s) para o caso atual. Esse trabalho é ainda maior quando se trata de querer aplicar um enunciado de súmula, pois o mesmo só pode fazer sentido se repassados os casos que lhe deram origem, para, aí, então, comparar-se com o caso a ser julgado.

A ideia de uma “interpretação construtiva do direito”, como fizemos referência com Dworkin, somada a esse “senso de adequabilidade”, referido por Günther, são elementos que reputamos extremamente importantes para Tribunais que pretendem lidar com a aplicação do Direito nessa quadra da

24 Assim, por exemplo, MANCUSO (2001, p. 96 et seq.) e um Relatório do STF de 2008: “[a] Lei nº 11.417/06 possibilitou ao Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. As súmulas vinculantes são resultantes, principalmente, de julgamentos de questões de massa, que individualmente proliferam nos fóruns, em repetidas ações. A consolidação desses precedentes ou de entendimento uniforme adotado pelo Tribunal em certos casos evita o surgimento de ações semelhantes e a multiplicação de processos para apreciação em todos os níveis de jurisdição. Com a aplicação desse instrumento, espera-se uma deflação da demanda que atualmente sobrecarrega a Justiça Federal e as Varas de Fazenda Pública, e com esse espírito, então, alcançar mais célere desempenho nas demais questões atribuídas ao Tribunal” (BRASIL, 2008, p. 37).

25 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 270.

história²⁶ (seja em sistemas de *common law*, *civil law* ou, o que tem sido mais comum, em sistemas híbridos).

4 – PROBLEMAS EM SE DESCOBRIR O QUE FOI REALMENTE JULGADO E PADRONIZADO...

Ao se partir das premissas anteriormente discutidas, necessitamos, diante de um caso concreto, verificar se o modo como os julgados são formados num Tribunal Superior atenderiam à referida linearidade argumentativa para a criação de um padrão decisório ou não.

Na formação de um acórdão, o Tribunal há que ter o devido cuidado, de forma a que o que se “acordou” seja, de fato, um entendimento comum, seja quanto à procedência/improcedência, seja quanto aos fundamentos, sob pena de a decisão ser ou enganosa ou tenha pouca força como precedente – é o que se pode ver, somente como hipótese exemplificativa, no REsp 422.778 do STJ²⁷: a decisão da Turma foi por maioria, aparecendo como votos vencedores a Min^a Nancy Andrighi, o Min. Ari Pargendler e o Min. Menezes Direito.

Na *ementa* se lê: “Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento”.

Contudo, quando se lê os votos dos Ministros, percebe-se que, de fato, os três apontados inicialmente concordaram quanto ao não conhecimento do recurso. No entanto, a tese de fundo, que fez parte da *ementa* – sobre ser a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC uma “regra de julgamento” – apenas foi adotada pela Min^a Nancy Andrighi. O voto da Ministra Andrighi possui vários fundamentos²⁸, entre eles a questão sobre a melhor compreensão do CDC ao caso:

“Afirma a recorrente que o Tribunal *a quo* violou o art. 6º, VIII, do CDC, porquanto entendeu que a inversão do ônus da prova é regra de

26 Cf. Cattoni de Oliveira (2003, p. 183-184).

27 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

28 Como mostra Thomas Bustamante (2012, p. 256-258), dificilmente um precedente possui apenas “uma *ratio decidendi*”. Sendo, então, uma decisão colegiada o problema só aumenta. Assim é que podemos visualizar nos votos que diferentes fatos foram ressaltados por um e não por outro Ministro e que um mesmo julgador, como a citada Ministra Nancy, se apoiou em mais de um “fato material” para dar seu entendimento. Ora, se um caso pode possuir mais de uma *ratio decidendi*, seu uso para outros casos no futuro deverá considerar tal complexidade e a escolha entre o que é “essencial” e o que é meramente *obiter dicta* não é nem óbvia e nem neutra.

juízo e, segundo a recorrente, seria regra de instrução processual. Contudo, conforme posicionamento dominante da doutrina, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento.”²⁹

E, após citar doutrina, continua:

“E não poderia ser diferente, porquanto se o inciso VIII do art. 6º do CDC determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (...).”³⁰

Também menciona precedente da própria 3ª Turma: “Por fim, registro que esta Turma já teve oportunidade de decidir, por unanimidade, no REsp 241.831/RJ, Rel. Min. Castro Filho (...), que ‘A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento’”.

Interessante observar-se que no REsp 422.778, que buscamos comentar, o Min. Castro Filho também era o Relator original, no entanto, sua posição não é aquela que a Minª Nancy buscou no caso precedente. O Min. Castro Filho aqui sustenta claramente que a regra do CDC é que o juiz deve, observado o caso, proceder à inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória.

Aliás, mesmo no REsp 241.831 (citado pela Minª Andriahi), o Min. Castro Filho, apesar de usar a expressão “regra de julgamento” para se referir ao art. 6º, VIII, do CDC, o faz lembrando que o inciso fala de “inversão *ope judicis*”, que, pois, deve ser verificado pelo juiz do caso na sua aplicação, não sendo, então, obrigatória. Em nenhum momento o caso citado trabalha a diferença entre “regra de julgamento” e “regra de procedimento”³¹.

29 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andriahi, j. 19.06.07.

30 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andriahi, j. 19.06.07.

31 Ver: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 241.831, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. 20.08.02.

Voltando ao caso (REsp 422.778), o Min. Ari Pargendler apenas indiretamente tratou sobre o tema da inversão do ônus da prova³².

Já o Min. Menezes Direito adotou tese diretamente oposta (para ele o dispositivo traz uma “regra de procedimento”). Após revisitar os votos do Relator, Min. Castro Filho (que conhecia do recurso por entender que o citado CDC trata de “regra de procedimento”), e a divergência aberta pela Min^a Andrighi (que entende ser “regra de julgamento”), o Ministro Menezes Direito entendeu que o voto do Min. Ari Pargendler não se alinhou com os anteriores. De toda sorte, ele concorda (nesse ponto) com o Ministro-Relator (e não com a Min^a Andrighi):

“Anoto que o voto do Ministro Ari Pargendler não cuidou especificamente da inversão do ônus da prova tal como disciplinado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Cuidou, sim, da situação decorrente dos resultados da instrução probatória, cabendo ao Juiz (...) ‘ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória (...)’. Pedi vista porque me alertou o destaque posto pelo eminente Relator no que diz especificamente com a inversão automática do ônus da prova, tal e qual afirmado no acórdão. É que, de fato, o acórdão apresentou uma interpretação que não me parece a melhor para o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, afirmou que ‘apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que

32 “O Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento ‘para determinar o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que se possibilite à recorrente fazer a prova dos fatos por ela alegados’. Dele divergiu, em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi, para quem ‘a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento’, razão pela qual não conheceu do recurso especial. Sigo, no particular, as lições de Barbosa Moreira, expostas em ‘Julgamento e Ônus da Prova’ (...). ‘Mesmo diante de material probatório incompleto’ – escreveu o eminente jurista –, ‘o órgão judicial está obrigado a julgar. Essa eventualidade gera riscos para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente, no sentido desejado, sobre o convencimento do juiz. (...) A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava’. (...) Ora, *semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento em que julga*” (grifos nossos). Na citação que o Ministro faz da obra de Barbosa Moreira ele parece indicar que o art. 6º, VIII, estabelece regra de julgamento e não de instrução, o que o colocaria ao lado da Ministra Nancy. Os que lhe seguiram, no entanto, assim não compreenderam, entendendo que o Ministro Ari Pargendler havia aberto uma outra linha de raciocínio.

se não deve inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério’ (...), ou seja, inverte-se o ônus da prova independente da expressa manifestação do Juiz; segundo, relegou a existência de elementos concretos para a inversão, ou seja, deu pela presunção da hipossuficiência do consumidor e deixou a verossimilhança ‘da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor’ (...). Isso, sem dúvida, contraria a nossa jurisprudência que não hesita em afirmar que a hipossuficiência deve ser reconhecida diante de elementos compatíveis de prova e que é necessária a presença das circunstâncias concretas que demonstrem a verossimilhança da alegação, estando a inversão no contexto da facilitação da defesa como apreciado nas instâncias ordinárias (REsp 541.813/SP, da minha relatoria, DJ 02.08.04; REsp 122.505/SP, da minha relatoria, DJ 24.08.98; REsp 598.620/MG, da minha relatoria, DJ 18.04.05). Nesse último precedente assinei em meu voto que não se pode impedir que o Juiz, ‘presentes os requisitos do dispositivo de regência, defira a inversão no momento da dilação probatória, para fazê-lo em outro, após a produção da prova’. Essa orientação foi também acolhida pela Quarta Turma, isto é, ‘dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes –, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal’.³³ (REsp 662.608/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05.02.07)

Então, após mostrar que há dissidência sobre o tema, conclui:

“No plano teórico, portanto, não me parece que deva ser prestigiada a orientação defendida pela ilustre Ministra Nancy Andrichi (...). É que o momento oportuno para a inversão é o da dilação probatória considerando que a inversão dar-se-á a critério do Juiz e desde que, no contexto da facilitação da defesa, esteja presente um dos elementos mencionados no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, isto é, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.”³⁴

Até esse momento, então, o Ministro Menezes de Direito concordava com o Relator: *o inciso VIII do art. 6º trata de “regra de procedimento” e não*

33 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andrichi, j. 19.06.07.

34 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andrichi, j. 19.06.07.

de regra de julgamento como queria a Min^a Nancy Andrighi – razão pela qual, até aí, o voto do Min. Menezes Direito seria por conhecer do recurso, como fez o Relator.

Contudo, na sequência percebe-se que o Ministro Menezes Direito entende que, *no caso*, há outra questão que deve ser examinada:

“Mas, no caso concreto, há outra questão a ser examinada, qual seja a identificação da responsabilidade independente dessa inversão acolhida pelo Tribunal local. É que o acórdão considerou amplamente que houve o dano e o nexó causal com base na prova dos autos. Mas, e aí, a controvérsia, a sentença, embora reconhecendo tudo isso, deixou de condenar a empresa porque não comprovada a sua legitimidade passiva, ou seja, não seria ela a responsável pela garrafa que provocou o evento danoso. O acórdão, entretanto, antes mesmo de mencionar a inversão do ônus da prova, asseverou que o ‘autor, ao opor a presente ação contra Refrigerantes Marília Ltda. (...), assim o fez considerando que era aquela empresa a responsável pela fabricação e distribuição do refrigerante Coca-Cola na região em que ocorreu o evento danoso – esse fato, ressalte-se, resultou incontroverso (...)’. Na realidade, se há ação de responsabilidade civil ordinária, isto é, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor, e a parte ré entende que não é a responsável, sendo parte ilegítima passiva, deve desde logo provar esse fato, haja, ou não, a inversão do ônus da prova. É que o art. 333, II, do Código de Processo Civil impõe ao réu provar a existência ‘de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor’. Ora, se não faz essa prova (...), e é pertinente no sistema processual brasileiro que assim faça, desde que tenha o autor provado o fato constitutivo do seu direito. (...) Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.”³⁵

Assim, o Ministro Menezes Direito deixou claro que concorda com o Relator sobre ter o Tribunal recorrido interpretado mal o art. 6º, VIII, do CDC (quanto a esse ponto, ele acompanhava o Relator e discordava da Min^a Nancy Andrighi). No entanto, enfrentou questão não tratada pelo Ministro-Relator,

35 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

mas que o foi pela Min^a Nancy Andrichi, ou seja: que, uma vez comprovado o direito do autor, cabe à ré mostrar o fato impeditivo do direito do autor.

Esse é o ponto sobre o qual concordam os Ministros Menezes Direito e Nancy Andrichi. Na ementa do acórdão, contudo, cuja redação coube à Min^a Andrichi (em razão da divergência), os fundamentos para não se conhecer do recurso foram:

“– Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita, a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula nº 7 deste STJ.

– Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’.

– Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.”³⁶

O primeiro fundamento, da forma como colocado, fez parte apenas do voto da Min^a Andrichi, os demais que também não conheceram do REsp não trataram sobre estar a questão do exame sobre os requisitos da responsabilidade impedida ou não pela Súmula nº 7 do STJ. O segundo fundamento também faz parte do voto da Min^a Andrichi, mas não é tratado dessa forma pelos outros dois Ministros. O Min. Ari Pargendler cuida dos riscos acerca do ônus da prova. Quem se aproxima da Min^a Andrichi é o Min. Menezes Direito, quando discorre sobre o art. 333 do CPC.

Quanto ao terceiro fundamento, mostramos que ele foi primeiramente defendido pela Min^a Nancy Andrichi e indiretamente mencionado pelo Min. Ari Pargendler no mesmo sentido. Contudo, não há “acordo” sobre esse ponto

36 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrichi, j. 19.06.07.

no julgamento, uma vez que o terceiro Ministro que compõe a maioria discorda do entendimento da Relatora – *e ele diz isso expressamente* –, o que nos leva a concluir que isso não poderia ter feito parte da ementa e ainda que uma das partes poderia intentar Embargos de Declaração para ter esclarecido esse ponto.

Qual a força argumentativa (qual o peso argumentativo)³⁷ de um caso desses para se tornar um precedente? Qual(is) ratio decidendi se pode(m) extrair aqui que sirva(m) para futuros casos se nenhum dos três fundamentos do “acórdão” contou com o “acordo” dos que figuram como votos vencedores?

O caso ainda rendeu “Embargos de Divergência” julgados pela 2ª Seção do STJ³⁸. Aqui também a polêmica foi grande e a decisão foi tomada por maioria de votos no sentido de superar o entendimento da Min^a Andrighi:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90, ART. 6º, INCISO VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

(...)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos,

37 Cf. BUSTAMANTE, 2012, p. 283.

38 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel^a p/ ac. Min^a Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade’ (REsp 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.09.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.”³⁹

Também aqui há uma pluralidade de fundamentos. Primeiramente, o então Relator, Min. João Otávio de Noronha, entendia que havia duas questões a serem uniformizadas: uma sobre o valor da indenização e outra sobre a melhor interpretação do art. 6º, VIII, do CDC e que sobre o primeiro ponto a Corte Especial já havia se manifestado previamente e, logo, apenas o segundo ponto deveria ser tratado e, sobre este, que a 2ª Seção já possuiria precedente (REsp 802.832, cuja solução fora afetada à 2ª Seção)⁴⁰ que fixara em sentido contrário o decidido pela 3ª Turma. Por isso, o Min. Otávio de Noronha deu provimento aos Embargos.

Por sua vez, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que, como mencionado, havia sido o Relator do acórdão citado pelo Min. Noronha para dar seu voto, entende que *o caso que agora se apresentava*, tratava de “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço” (arts. 12 e 14 do CDC), e não de “responsabilidade por vício do produto” (art. 18), sendo, então a inversão do ônus da prova *ope legis*, independente, pois, de atividade do juiz⁴¹, razão pela qual divergiu do Relator.

39 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Relª p/ac. Minª Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

40 Nesse caso, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator, advogara que a inversão do ônus da prova no CDC pode ser *ope legis* (arts. 12 e 14), quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto/serviço – e aí caso a parte não se desincumba do mesmo o juiz irá lhe aplicar o ônus pela falta de prova –, ou *ope iudicis* (art. 18), responsabilidade por vício do produto – nesse último caso o juiz deve avaliar caso a caso e, se determinar a inversão, isso deve ocorrer no saneamento do processo (art. 6º, VIII) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, REsp 802.832, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.04.2011).

41 “Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope iudicis*). Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova. Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante. Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei. A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *ope iudicis*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a ‘verossimilhança’ e a ‘hipossuficiência’ a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC. (...) O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor

Então vem o voto da Min^a Maria Isabel Gallotti. Primeiramente ela aderiu à diferença feita pelo Min. Paulo de Tarso quanto à inversão do ônus de prova *ope legis* e *ope judicis*. Contudo, divergiu sobre a própria aplicabilidade do art. 12 ao caso:

“(...) porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau. (...) Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (...). Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (...), mas essa inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.” (sem grifos no original)⁴²

Aduz que a 3^a Turma, ao julgar o REsp mencionado acima, considerara que “a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, é regra de julgamento”. A questão que deveria agora ser decidida nos Embargos

demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito. Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto. Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.”

42 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel^a p/ ac. Min^a Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

de divergência seria, tal como posto pelo Min. Noronha, apenas referente ao momento em que deveria haver a inversão do ônus da prova e, como tal questão já estava resolvida (desde o julgado mencionado pelo Min. Noronha), a Ministra vota por aplicá-lo ao caso, também dando provimento aos Embargos.

Com esse voto o Min. Raul Araújo reformou seu voto para seguir os Ministros Noronha e Isabel Gallotti. Também aderiram à tese os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ficaram vencidos os Ministros Tarso Sanseverino, Nancy Andrichi e Sidnei Beneti, sendo, pois, conhecidos e providos os Embargos de Divergência por maioria de votos.

Qual(is) *ratio decidendi* se pode auferir desse julgamento? Do que se apreende da decisão, a Seção reafirmou posição anterior quanto à aplicação do inciso VIII do art. 6º do CDC. Também restaram acordadas a forma como devem ser aplicados os arts. 12 e 13 do CDC.

E o que dizer da discussão sobre a diferença entre a inversão do ônus de prova ser *ope legis* ou *ope judicis*? Pode-se dizer que ela seja apenas *obiter dicta*? Tradicionalmente se argumenta que *obiter dicta* seria a regra jurídica enunciada pelo julgador, mas não utilizada no caso⁴³; contudo, a diferença entre aquela e a *ratio decidendi* não é um dado objetivo⁴⁴, mas também uma questão argumentativa.

Perceba-se que mesmo concordando que o resultado esteja correto (qual seja que a inversão seja regra de procedimento a ser levada a cabo em momento oportuno para viabilizar a quem tiver o ônus atribuído), o que nos preocupa é a ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros na formação de suas decisões, especialmente ao se perceber o modo com que trabalharam com julgados anteriores para servir de fundamento.

Esse singelo exemplo nos demonstra que temos ainda muito por evoluir para chegar a uma tal postura decisória que demonstre o efetivo respeito ao contraditório como garantia de influência e não surpresa, com respeito e análise dos julgados anteriormente expendidos e, especialmente, a todos os argumentos potencialmente relevantes na formação decisória.

Enquanto o “velho” *modus decidendi* prevalecer, a proliferação de julgados pelos Tribunais Superiores que cumpram a real função de uniformizar a juris-

43 Ou ainda “do convencimento judicial expresso sobre questões alheias ao pedido das partes, ou da regra geral e da exceção enunciada pelo juiz mas seguida da aplicação apenas da regra geral ou da exceção, ou ainda da regra enunciada com a finalidade de encontrar, por contraposição, aquela aplicável ao caso em espécie” (BUSTAMANTE, 2012, p. 276).

44 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 277.

prudência e padronizar de modo legítimo somente será uma defesa teórica de difícil e perigosa implementação prática.

Devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes.

A busca de *técnicas processuais constitucionalizadas* de formação de precedentes deve ser uma das principais temáticas daqueles que se preocupam com uma abordagem de efetividade constitucional do processualismo pátrio. Caso contrário, se padronizará de modo pobre e quantitativo, com a criação de problemas ainda maiores daqueles que já possuímos.

PROVOCAÇÕES FINAIS

Como se pode notar, estamos muito longe de perceber a verdadeira importância do Direito Jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados à tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

Evidentemente que se trata de uma tendência inexorável.

E isso torna a tarefa de todos os envolvidos mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a Jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vêm auferindo ao longo desses 25 anos pós-Constituição de 1988.

Não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa.

Precedentes, como aqui se afirmou, são princípio(s) (não fechamento) da discussão e aplicação do direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.

Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes, para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil.

E, por fim, é de se perceber que ao Direito Jurisprudencial se aplica com precisão a histórica frase de Sander, ao comentar a tendência do uso das “ADRs”,

na década de 1970: “não existem panaceias, apenas caminhos promissores para explorar. E há tanta coisa que não sabemos (...)”⁴⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 363-372.

_____. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009a.

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

CARVALHO NETTO, Menlick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, vol. 3, p. 473-486, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Justification et Application Universalistes de la Norme en Droit et en Morale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, tome 37, p. 269-312, 1992.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 29, p. 73-85, maio-jun./2004.

_____. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. Puc Minas, 2003, dissertação de mestrado.

_____; THEODORO Jr., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, v. 168.

45 “There are no panaceas; only promising avenues to explore. And there is so much we do not know.” Trecho da conclusão da histórica preleção proferida por Frank A. Sander, na segunda Pound Conference, em 1976, que fortaleceu muitíssimo o movimento pró-técnicas alternativas (adequadas) de resolução de conflitos (ADR – *alternative dispute resolution*). SANDER, Frank A. *Varieties of dispute processing*. LEVEN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

DOCTRINA

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, São Paulo, RT, setembro de 2011.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, abril 1994, p. 7-13.

SANDER, Frank. A. Varieties of dispute processing. In: LEVEN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 177-206, 2009.