

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA**

CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Luiz Fernando Bellinetti; Tatiane Campelo Da Silva Palhares. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-873-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com a realização do XXX Congresso Nacional do CONPEDI “Acesso à justiça, soluções de litígios e desenvolvimento”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, foram apresentados os trabalhos (artigos) no dia 16 de novembro de 2023, no Grupo de Trabalho (GT): PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I.

Foram apresentados 22 artigos, com elevada qualidade, em temas afetos ao GT e que proporcionaram importantes discussões:

1. Em busca da verdade escondida: epistemologia aplicada à dimensão fática do direito
2. Impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no direito processual: uma análise sob a ótica do processo constitucional democrático
3. A necessária implementação do contraditório na formação do mérito processual das ações coletivas de natureza democrática
4. O abuso do direito na tutela executiva e a responsabilidade civil do executado
5. Judicialização democrática das políticas públicas
6. Da jurisdição e dos requisitos à atividade jurisdicional na visão da teoria processual neoinstitucionalista do direito, de roseiro pereira leal
7. O diálogo institucional e a compliance como proposta de desjudicialização da saúde: novas ferramentas processuais
8. Princípio da interoperabilidade na resolução nº 444/2022 do cnj: considerações acerca da criação de uma cultura (automatizada e uniformizada) de precedentes no brasil
9. A zona de sobreposição entre irdr e iac: um estudo a partir da justiça do trabalho
10. Amor e ódio: a preponderância do viés finalístico nas decisões judiciais

11. Um robô no tribunal: contribuições das IAs para o acesso à justiça, limites e perspectivas
12. Direitos da personalidade, bancos de dados e inteligência artificial: o impacto do sistema e-natjus na judicialização do direito à saúde
13. O novo filtro da relevância jurídica e a função interpretativa da corte de precedentes
14. Harmonização jurisprudencial e estabilidade do sistema jurídico: análise da aplicação dos precedentes qualificados pelo tribunal de justiça do estado do Maranhão
15. Da harmonia ao direito: a relação entre a música e as técnicas de aplicação e interpretação de precedentes no processo civil.
16. Dinâmica democrática: ativismo judicial, judicialização da política e a participação da sociedade
17. A distinção (distinguishing) no direito processual brasileiro: um panorama teórico e normativo
18. A mitigação da discricionariedade nas decisões judiciais a partir da aplicação da teoria da integridade de Ronald Dworkin
19. A prescrição intercorrente no direito brasileiro: limites, natureza jurídica e aplicação
20. O contexto brasileiro na recepção da doutrina de precedentes e o desafio da superação consequencialista para a efetividade da justiça
21. Acordos firmados pelo Ministério Público baseados nos princípios da participação e da cooperação, utilizando-se de regras de justificação propostas na teoria da argumentação de Robert Alexy
22. A legitimidade ativa para a modificação da tese firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma afronta ao acesso à justiça?

Após quase 4 horas de debates profícuos foram encerrados os trabalhos do GT.

Esses vários temas são representativos da abrangência e amplitude da investigação e produção acadêmica nacional nas pesquisas pertinentes a este Grupo de Trabalho, tendo em

vista que os autores estão vinculados aos mais diversos programas de pós-graduação em Direito, revelando grande diversidade regional e institucional.

Os intensos debates sobre os trabalhos apresentados, muitos relacionados ao desenvolvimento de dissertações e teses, mostram a relevância das contribuições.

Certos de que a publicação fornece importantes instrumentos para os pesquisadores da área jurídica, especialmente relativos aos temas deste GT, os organizadores prestam suas homenagens e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), e em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Professora Dra. Tatiane Campelo da Silva Palhares.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho

O CONTEXTO BRASILEIRO NA RECEPÇÃO DA DOCTRINA DE PRECEDENTES E O DESAFIO DA SUPERAÇÃO CONSEQUENCIALISTA PARA A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

THE BRAZILIAN CONTEXT IN THE RECEPTION OF THE DOCTRINE OF PRECEDENTS AND THE CHALLENGE OF OVERCOMING CONSEQUENTIALIST FOR THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE

Eduardo Mateus Ramos De Moura ¹
Talissa Morais de Figueiredo ²

Resumo

O presente texto busca desenvolver sobre o tema da influência da tradição jurídica civil law e common law nas decisões judiciais e como são admitidos os precedentes no sistema americano a partir desses preceitos jurídicos do sistema common law. Discute se a interpretação das decisões judiciais são consequencialistas e distingue das decisões ativistas. O texto, também procura apresentar a teoria dos precedentes como modelo de mitigação dos usos do consequencialismo jurídico. Além disso, o artigo investiga o impacto do consequencialismo no acesso à justiça e para a efetividade da justiça. O tema foi abordado com base no estudo das obras de pesquisadores do consequencialismo e precedentes, por exemplo Bianor Arruda, Claudio Madureira, Aluisio Gonçalves de Castro e Gabriel Cunha Sardenberg. Com a visão do que é precedente apresentada no texto e uma ampliação do que torna uma decisão consequencialista, chegamos a conclusão que o consequencialismo é muito próximo ao ativismo judicial e está enraizado culturalmente no Direito brasileiro devido às lacunas legislativas.

Palavras-chave: Consequencialismo, Ativismo judicial, Precedentes, Civil law, Common law

Abstract/Resumen/Résumé

This text seeks to develop the topic of the influence of civil law and common law legal traditions on judicial decisions and how precedents are admitted in the American system based on these legal precepts of the common law system. It discusses whether the interpretation of judicial decisions is consequentialist and distinguishes it from activist decisions. The text also seeks to present the theory of precedents as a model for mitigating the uses of legal consequentialism. Furthermore, the article investigates the impact of consequentialism on access to justice and the effectiveness of justice. The topic was approached based on the study of the works of consequentialism researchers and precedents,

¹ Advogado, Bacharel em Direito pela Unifacisa, pós-graduado em Direito da Mineração pela Faculdade Única, aluno especial do PPGCJ da UFPB e membro da Comissão de Direito Minerário da OAB/PB.

² Advogada, Pós-graduada em Direito Penal, Pós-graduanda em Prática Judicante pela ESMA/PB, mestranda em Direitos Humanos pelo PPGCJ da UFPB e membro das Comissões da Jovem advocacia e Direito do Consumidor.

for example Bianor Arruda, Claudio Madureira, Aluisio Gonçalves de Castro and Gabriel Cunha Sardenberg. With the view of what is precedent presented in the text and an expansion of what makes a decision consequentialist, we come to the conclusion that consequentialism is very close to judicial activism and is culturally rooted in Brazilian Law due to legislative gaps.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consequentialism, Judicial activism, Precedentes, Common law, Civil law

Inicialmente, cumpre destacar que é patente na teoria do direito brasileiro a influência peninsular ibérica formada a partir da herança histórica romana. A diacronia jurídica impressa de valores do *digesto* na filosofia inerente aos países europeus, foi construída eminentemente baseada na doutrina do *civil law*.

Neste sentido, fontes primárias da história do direito, remontam ao século XVI na França, a sedimentação da formação da tradição escrita, comumente chamada de sistema *civil law*. Ao revés, o direito anglo saxão a partir de costume consuetudinário secular, gerou a doutrina da *common law*, sistema jurídico que deu primazia ao axioma do *stare decisis et non quieta movere*.

Dessa forma, a premissa que se obtém das correntes doutrinárias desenvolvidas é a seguinte, se, todo o fim do direito é a segurança jurídica, assim como, a segurança jurídica é o sobreprincípio do direito, tais correntes não tinham fins dissonantes, os contextos em que surgiram é que definiram se a sociedade exigia o seguimento da *ratia scripta*, ou, da exegese hermética restritiva.

De todo modo, o artigo em deslinde tratará sobre questões majoritariamente voltadas a *common law*, uma vez que quando trata-se do fenômeno dos precedentes, é preciso voltar a análise aos sistemas anglo-saxão e norte americano de desenvolvimento destes preceitos jurídicos.

1. RECEPÇÃO DOS PRECEDENTES NO CONTEXTO AMERICANO

Como é sabido historicamente, o *common law* teve seu desenvolvimento apartado de uma tradição dogmática do direito, a historicidade da corrente revela que suas origens se deram em meio a uma espécie de pragmatismo jurídico, obviamente, não ao modelo contemporâneo de pragmatismo do direito, mas, sim, ao contexto secular anglo-saxão de resolução de conflitos.

É, nesta conjuntura, que uma das maiores características sob a perspectiva do inglês exsurge, a então, flexibilidade das tomadas de decisão daquela sociedade. Pode-se afirmar que estes costumes eram naquela localidade, uma verdadeira virtude, a qual se contrapunha a hermética fonte exclusiva do sistema *civil law*, a lei.

Diante disto, a gênese da teoria dos precedentes volve para a persecução anglo-saxã ao axioma da *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, as decisões jurídicas naquele contexto partiam da premissa de não mover as coisas quietas. É da letra dos autores Lênio Luiz Streck

e George Abboud (2014) o destaque ao marco inicial para a diferenciação entre os valores expressos pelo axioma do *stare decisis*, e, a formação de uma doutrina de precedentes.

Segundo os juristas supracitados, é ao final do século XVII que Robert Boyle e Matthew Hale contrapondo-se ao cientificismo promovido por Thomas Hobbes, influenciaram uma gama de juristas que acabaram por fundar a doutrina do precedente judicial, a qual punha em paralelo à equidade e a legislação, os precedentes como fonte imediata do direito (Streck e Abboud, 2014).

Este marco é importante no entendimento do desenvolvimento da doutrina de precedentes ultramar, ou seja, na recepção dos conceitos anglo-saxões nas colônias britânicas. Neste tópico, destacar-se-á formação do fenômeno no direito norte-americano.

É bem verdade que a história do período colonial norte-americano foi marcada por eventos cruentos, estes fatos se deram pela insatisfação dos colonizados de manterem condição sub judicie e subalterna a um estado absolutista e por vezes arbitrário, que não conseguia imprimir naquela localidade, os valores monarquistas tão favoravelmente empregados na ilha britânica.

Neste contexto, os principais descontentamentos daquele povo se davam em desfavor da alta taxação tributária, do centralismo monárquico, e da patente violação de direitos do governo britânico. Por isto, não tardou para que várias rebeliões convergissem na busca da independência estadunidense.

De tal modo, a revolução americana alcançada em 1776 possibilitou várias transformações sociais, contudo, o fenômeno do *common law* restou imanente. É da pena de Erick Freedman que se aborda o contexto de recepção da herança jurídica do *common law*, agora, americano. E, inicia-se sua análise no artigo Making Habeas Work, A Legal History, relatando a inserção dos membros do poder judiciário naquela nação. Vejamos:

Judges were in bad odor. From Royal apparatchiks² they became State officials lacking a popular mandate.³ Moreover, they were not thought to add any valuable expertise to government. Whether or not they were lawyers (and a great many were not), the legal system was already premised on the view that they knew no more about law—and certainly less about justice— than a cross-section of the local community. (Freedman, 2018 p. 82)

Além do mais, assim como ocorrera no desenvolvimento britânico, os americanos tinham inicialmente a concepção de que o pragmatismo era necessário para resolver as lides cotidianas. Freedman (2018 p. 83) dispõe que "Independence added strength to the idea that

justice should be “personal and pragmatic,” because “laws were made by people and should reflect the value system of their creators.” Ou seja, as leis foram feitas por pessoas e devem refletir os valores dessas pessoas.

Todavia, a repulsa aos valores britânicos era permanente nos comportamentos da jovem república, a sociedade nutria insatisfação à sistemática jurídica inglesa, e, inicialmente os precedentes eram motivo de crítica. Vejamos:

To the “patriotic hatred of everything British” were added the attacks that common law doctrines (a) were retrogressive in substance—or at best “a haphazard accumulation of precedents, quirks [and] obscurities,” and (b) lacked any sort of American democratic legitimacy. Furthermore, because the rules emerged from multifarious judicial pronouncements rather than an easily accessible statute, they were liable to infinite manipulation. (Freedman, 2018 p. 83)

Mesmo em circunstâncias revoltosas quanto ao sistema jurídico impresso, houve por parte da aristocracia política, o fomento ao arquétipo de justiça herdado. E, investindo em um judiciário enxerto de desempenho intelectual, historicamente, alcançou-se a satisfação da sociedade com o modelo de justiça vigente.

Agora, não se perseguia apenas o axioma do *stare decisis* transposto da realidade britânica, o desenvolvimento do direito norte-americano na arquitetura federalista e constitucionalista se deu a partir de novas idiosincrasias normativas. Assim, a utilização de ferramentas como *judicial review*, elemento contendor intrínseco ao sistema de freios e contrapesos, se disseminou com aceitação na cultura jurídica dos Estados Unidos. É neste passo, que se expande a teoria dos precedentes vinculando magistrados vertical e horizontalmente em suas respectivas jurisdições.

2. O QUE É UM PRECEDENTE?

Mas, o que é um precedente? Esta pergunta é deveras essencial na construção da compreensão desta doutrina judicial. É característica literata e normativa, a ausência de uma perspectiva conceptualista do signo “precedentes” na conjuntura anglo-saxã. As doutrinas norte-americanas que guardam consenso acadêmico ao exemplo das da autora Toni M. Fine, não utilizam um conceito específico para o fenômeno.

O que se percebe em verdade dos escritos alienígenas, é que se desenvolve a teoria dos precedentes a partir de elementos formadores do fenômeno. Em outras palavras, o conceito está inserto a partir do entendimento em separado das frações que compõe o signo ‘precedente’.

Por isto, flagra-se em diversos artigos, a discussão dos conceitos de cada elemento. Neste sentido, constroem-se entendimentos sobre o que seriam *a ratio decidendi*, *a holding*, *o distinguish*, *o overruling*, *o stare decisis* e, demais características de uma norma-precedente.

Neste diapasão, é que a autora Toni M. Fine em sua obra *Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano* (Fine, 2011, p. 70-71) descreve quais são os atributos definidores da anatomia de um *case*. Logo, é fundamental que esta metodologia de análise permite ao intérprete denotar a classificação do tipo de precedente, seja ele vinculante ou persuasivo. Assim, disserta que os elementos a serem verificados são: Informações básicas sobre o caso; Fatos materiais; Histórico processual/ situação processual; Questões legais; Holding e Rationale.

No contexto brasileiro, observa-se que há, porém, autores que recorrem a noções conceptualistas do fenômeno, visando colaborar com uma perspectiva didática de absorção dos elementos doutrinários. Acreditamos que isto ocorre, a partir da singularidade que existe na necessidade da literatura jurídica local de explicar as manifestações que os precedentes emanam, tendo em vista, que a recepção da teoria pelo atual Código de Processo civil de 2015, se insere em uma conjuntura cultural eminentemente fundada no arquétipo de *civil law*.

Neste sentido, o Juiz Federal e Professor Dr. Bianor Arruda conceitua ‘precedente’ como:

“precedente não é um tipo de decisão judicial, **mas uma qualidade do julgado**, que é construído pelo julgador de forma a possibilitar o conhecimento acerca dos aspectos hermenêuticos e argumentativos determinantes para a conclusão a que nela se chegou” (Bezerra Neto, 2019, p.127).

Da letra do autor mencionado, observa-se que foi construída uma noção semântica para o signo. Ademais, Zaneti Jr, que produziu uma tese de doutoramento profunda acerca do tema, a qual se transformou na obra *O Valor Vinculante dos Precedentes* (2021), dissecou sentidos para o termo. Vejamos: “Consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”. (Zaneti Junior, 2016, p. 304)

Para Gabriel Sardenberg, os precedentes são definidos a partir de critérios. Estes se desdobram em “I- Pretensão de Universalidade” e “II – Interpretação Operativa”. Assim, estas características são “construídas a partir de um declarado intento funcional de serem posteriormente enfrentadas e obrigatoriamente observadas no contexto hierárquico vertical e

horizontal no poder judiciário”, e “decorrem de atividade interpretativa capaz de engendrar novos enunciados que se acoplarão ao catálogo normativo em função da reconstrução do direito posto” (CUNHA, 2019 *apud* Zaneti Jr. 2017).

Desta forma, conclui o autor supracitado que se os critérios descritos não forem observáveis nas decisões, então se tratam de jurisprudências com efeitos apenas persuasivos. Das alíneas doutrinárias postas, percebe-se que o autor brasileiro, envolto por uma perspectiva conceptualista do direito e inserido culturalmente no espírito sistemático da *civil law*, colabora com a recepção da teoria dos precedentes construindo semânticas para o fenômeno.

3. A RECEPÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO CONTEXTO BRASILEIRO

É patente na doutrina brasileira, que a teoria dos precedentes foi recepcionada no Direito processual brasileiro, principalmente a partir da vigência dos artigos 489, 926 e 927 contidos no atual Código de Processo Civil de 2015. Para entender a implementação deste paradigma, desenvolver-se-á as análises dos artigos propostos.

Antes disso, é preciso diferenciar os conceitos entre jurisprudência e precedentes. No diploma processual brasileiro de 1973, estes termos se confundiam na própria posituação. Lembra-se: Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Ora, diferentemente do que já se viu no tópico antecedente, não há consubstancia entre precedente e jurisprudência, este, entretanto, era o tratamento proposto pelo Código de Processo Civil de 1973. Ainda assim, é perceptível a influência da sistemática de *civil law* que perseguia uma métrica conceptualista, sendo de fácil cognição, percebe-se que o significado de precedente confundia-se de forma homogênea com o termo ‘jurisprudência’.

Contudo, a adoção da teoria dos precedentes pelos artigos do novo sistema processual brasileiro, abandonou a cognição de expressão semântica largamente demonstrada pela letra positivada do antigo compilado. Desta forma, inaugura a temática de recepção da doutrina dos precedentes, a dissertação normativa promovida pelo artigo 926 do cânone mencionado. Vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Do artigo supracitado, observa-se novamente a existência da menção do signo ‘jurisprudência’, agora, entretanto, encontra-se inserido no contexto do Código de Processo Civil de 2015. A respectiva inserção se deve coadunar a uma correlata interpretação sistemática, esta entende um conceito de jurisprudência não mais voltado à homogeneidade no sentido de precedente.

Para ratificar o proposto, cita-se o conceito de jurisprudência a partir dos escritos do autor Claudio Penedo Madureira: “[...] enquanto a formação da jurisprudência pressupõe decisões reiteradas dos tribunais” (Madureira, 2022, p. 112).

Neste diapasão, como já fora mencionado neste artigo, há uma clara diferença nos conceitos propostos pela doutrina a partir do que seja jurisprudência e precedentes. De tal modo que, enquanto a jurisprudência reflete decisões que se repetem em determinada jurisdição, os precedentes são julgados que se destacam pela sua qualidade, e, que despontam teses fundamentais, as quais se irradiam pelo sistema judicial nos casos futuros assegurando a uniformidade das decisões.

É neste sentido que o artigo 926 leciona, percebe-se que há um direcionamento normativo para a persecução do sobreprincípio da segurança jurídica, ou seja, através da uniformização das decisões reiteradas, forma-se um sistema integro e coerente de acesso à justiça e sua efetividade. Ademais, o apelo à vinculação das circunstâncias fáticas dos precedentes que motivam a edição de enunciados de súmula, nada mais são do que, o estabelecimento da *holding* presente no caso.

Por conseguinte, apresenta-se o artigo que deliberou a recepção da doutrina de forma mais extensa, e que, já traz diversos posicionamentos doutrinários que se contrapõe. Vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus **precedentes**, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Da análise do artigo proposto, é possível inferir que a legislação trouxe positivados um rol exemplificativo de precedentes. Essa afirmação é compreendida, a partir da verificação presente no parágrafo 5º do artigo mencionado. Neste passo, a leitura sistemática do dispositivo não foge a dedução de que os incisos taxados no artigo 927 também são os precedentes que o respectivo parágrafo 5º faz menção. E, dessa interpretação, posições doutrinárias preferem entender que existe um rol exaustivo no que concerne aos tipos de precedentes que foram abarcados pelo sistema brasileiro.

Esta é a posição de Aluísio Mendes, Luiz Fux e Rodrigo Fux em artigo recente. Vejamos:

O novel instituto processual trabalha, especialmente, com precedentes qualificados, com efeito vinculativo. O legislador teve o cuidado de estabelecer alguns procedimentos e hipóteses que levam ao precedente de observância necessária, dentro do rol fixado no artigo 927 do Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorre no common law. Nos países de direito consuetudinário, qualquer causa pode ensejar o surgimento de um precedente. No Brasil, há a necessidade de um determinado procedimento, para que a tese fixada seja fruto de uma divulgação e amadurecimento especial, de modo a ensejar o conhecimento e potencial acompanhamento pelos interessados, com o fortalecimento das possibilidades para o contraditório e o debate sobre as diversas perspectivas e fundamentos, propiciando, em tese, um pronunciamento amplo e profundo pelo respectivo órgão judicial. (MENDES, 2021, p. 228-229)

Por outro lado, não faz sentido, recepcionar uma doutrina que guarda imanente discricionariedade na estruturação de um *decision*, e, que secularmente preferiu não taxar tipos de precedentes, ou seja, não há relatos no direito norte americano de uma classificação

de precedentes, a não ser a velha dicotomia entre “*vinculatives precedents*” e “*persuasive precedents*”.

No direito processual brasileiro, não deveria ser diferente. De tal maneira que, abraçar o sistema de *common law* parcialmente seria uma inovação *sui generis* do legislador brasileiro, que acaba por criar juízos apriorísticos e insegurança jurídica, afastando a tendência de laborar com um modelo operativo e empiricamente testado.

Chancela esta orientação, os textos contidos no artigo 489 do atual compilado processual. Percebe-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

É notório, que o artigo 927 não confunde os institutos decisivos de um colegiado, assim como, o inciso VI do artigo 489 também não. Infere-se deste dispositivo que os julgadores não podem deixar de seguir institutos diferentes sem demonstrar a existência do *distinguisg* ou do *overulling*.

Não há consubstancia entre os conceitos expostos nas normas, portanto, definir que existem tratamentos homogêneos entre os precedentes do artigo 927 determinando-os em um

rol exaustivo, é uma contraposição hermenêutica. A leitura sistemática dos institutos normativos processuais convergem no sentido de adoção integral ao modelo de precedentes norte americano com as peculiaridades do sistema brasileiro, ao exemplo das súmulas vinculantes, do instituto de demandas repetitivas e do instituto de assunção de competência.

Assim, o respeito à disposição constitucional das ferramentas introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004, está perfeitamente preservado. O que se insere no atual contexto permitido pela lei 13.105/2015 (CPC) é a maior discricionariedade do poder judiciário em construir normas-precedentes vinculativas ou persuasivas.

4. DIFERENÇA ENTRE CONSEQUENCIALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

O consequencialismo é caracterizado quando o julgador solicita critérios não descritos na lei para formar sua cognição. O pesquisador, Luiz Fernando Schuartz, define o termo Consequencialismo Jurídico como:

Atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valorização das consequências associadas a ela e às suas alternativas. [...] será tratada como consequencialista tanto a posição que reserva a valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, p. ex., entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, i. e., a uma única decisão correta.) quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (Schuartz, 2011, p. 384)

Luiz Fernando Schuartz dispõe que (2011, p. 383/384) a expressão consequencialismo jurídico será utilizada em um amplo sentido, referindo-se a qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas.

Classifica, Schuartz (2011, p. 384) Consequencialismo Forte como “posição segundo a qual uma decisão D é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis aquelas associadas a D”. D é considerar a decisão correta a partir de valoração do juízo na análise consequencialista e a argumentação. Já Consequencialismo Fraco: a concepção particular que se propõe a defender as valorações de consequências enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, as quais deveriam, no entanto, ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas, caracterizará o tipo fraco de consequencialismo jurídico.

Diante disso, as opiniões divergentes podem influenciar decisões judicantes e produzir normas no direito positivo, desde que a eficiência e a justiça distributiva (princípios norteadores) sejam consideradas e considere a decisão de validade a partir desses princípios norteadores, os quais formam uma norma-precedente.

Para Holz (2015) a linguagem jurídica é uma derivação da linguagem geral, fruto de uma construção humana, em que os significados dos termos sofrem variações e podem ser indeterminados de acordo com o contexto. Com isso, o fato do legislador utilizar esse tipo de linguagem no texto legal é uma antecipação da compreensão que a sociedade é mutável. Assim, a norma não é fixa no tempo. Como por exemplo, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, cujo conceito se comentará a seguir.

Normas constitucionais de natureza limitada ou reduzidas são aquelas que estabelecem aplicabilidade mediata, conforme José Afonso da Silva, utilizado pelo professor Pedro Lenza para escrever seu livro sobre direito constitucional:

estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem. (Lenza, 2010, p. 180, *apud* Silva, 1998)

Com base nisso, verificamos que na própria definição de tais normas, é estabelecida a forma de interpretação teleológica¹. Dessa forma, surge o questionamento: As atuais decisões brasileiras têm seguido esse método interpretativo em grande maioria nos processos que versam sobre direitos sociais? Esta é uma pergunta pertinente, mas que necessita de uma análise mais minuciosa a qual não é o objetivo do presente artigo. Sabemos, portanto, que as interpretações que conferem ao texto sentido são variáveis. No entanto, como conferir segurança jurídica na aplicação do texto, sabendo dessa premissa?

A segurança jurídica nas decisões que é utilizada a forma de interpretação teleológica em nossa visão é extremamente possível, pois os valores do Direito não são excluídos se há uma interpretação que observa o sentido do texto a partir do seu enunciado, ainda que seja

¹ Interpretação teleológica é um método interpretativo da escola teleológica ou funcionalista do Direito “na qual se verificou que toda norma possui um fim, isto é, ela é produzida para alcançar determinado resultado pragmático. Há que se investigar a finalidade que guia a elaboração legislativa e encontrá-la na norma independente de seu enunciado.” (Mazotti, 2010, p. 51)

expandir concepções para garantir direitos fundamentais, ao exemplo da *construction* advinda da exegese norte-americana. Este método hermenêutico, portanto, em nada converge para a utilização do consequencialismo jurídico.

Com efeito, há críticas por parte de alguns pesquisadores mais adeptos ao pensamento de que o interprete não deve almejar encontrar sentido normativo sem interferências pessoais. Neste passo, acreditamos que ao interpretar e aplicar o texto de um enunciado jurídico, o julgador é responsável pelo cumprimento da sua interpretação normativa com liberdade para considerar a equidade na sua decisão, desde que esta observação parta de um pano de fundo que esteja inteiramente vinculado ao estado de direito.

Ainda sobre segurança jurídica e interpretação, o pesquisador Mazotti escreve que a segurança jurídica acompanha a incerteza do Direito em si, vejamos:

A segurança jurídica é um dos valores centrais no direito, que contribui para o respeito das regras de direito, dos precedentes, dos costumes e hábitos sociais, os partidários dos tópicos jurídicos jamais podem perder de vista os inconvenientes da incerteza em matéria de direito. Do mesmo modo, como uma comunidade regida por regras de direito é, ao mesmo tempo, uma comunidade linguística, supor-se-á que os termos utilizados nos textos legais deverão ser entendidos em um sentido comumente aceito, a menos que razões especiais justifiquem que dele nos afastemos. (Mazotti, 2010, p. 93).

Nesta toada, percebe-se a vinculação do autor a uma forma de convencionalidade linguística, a qual não é estruturalista, ou seja, não guarda vinculação absoluta com a convencionalidade do signo sob uma forma Saussuriana.

Diante desta observação, a importância de afastar-se parcialmente de uma determinada convenção linguística integral entremeada no direito, revela a dinamicidade do direito, tão bem discutida pelo Professor Ricardo Maurício Freire Soares, quando trata sobre as características do pós-positivismo jurídico expõe que:

O direito pós-moderno é, igualmente, prospectivo. A própria dinamicidade do fenômeno jurídico exige do legislador a elaboração de diplomas legais marcados pela textura aberta. A utilização de fórmulas normativas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais revela a preocupação de conferir a necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que sejam adaptados aos novos tempos. (Soares, 2019, p. 71)

Desta forma, o que este artigo propõe não é a relativização linguística, nem tampouco a relativização do direito positivo posto, uma vez que isto implicaria inevitavelmente no desfazimento da proposta deontológica intrínseca do direito. Ao revés, compreende-se a aplicação do direito e da teoria dos precedentes como uma forma perspicaz de alteração dos contextos em que os direitos se inserem, a partir do exercício interpretativo do julgador.

Ademais, pode-se convergir no entendimento que a partir de uma alteração dos contextos em que os direitos se inserem formam-se juízos ativistas. Contudo, é preciso compreender o que seria a proposta de ativismo judicial tecnicamente tratada em correlata interpretação científica acadêmica.

Sendo assim, importa demarcar o sentido do termo ‘ativismo judicial’. Nesse toar, ativismo judicial de acordo com o pesquisador Alves Jr. seria:

o ativismo judicial significa a atribuição constitucional que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, mas que estejam sendo inviabilizados por injustificadas omissões inconstitucionais normativas ou governamentais do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. (Alves Jr., 2015)

Como podemos verificar, o autor defende que as omissões legislativas conferem ao judiciário o dever de julgar as demandas que necessitam de apreciação sem esperar pela elaboração de uma lei em sentido formal, pois, assim, os direitos e garantias fundamentais estariam em ameaça e não haveria, em tese, garantia de cumprimento de um dever, seja de um particular seja do próprio Estado.

Por fim, na prática, as decisões judiciais com as características aqui desenvolvidas, estão sobre uma linha tênue entre decisões consequentialistas e decisões ativistas, pois, consequentialista seria aquela decisão cuja cognição é definida por preceitos não explícitos na lei em sentido formal, e em decorrência de um julgador pragmático que busca solução a qualquer tipo de voluntarismo. Por outro lado, a decisão ativista, seria aquela em que o autor de uma demanda possua o direito, contudo, existe omissão normativa em leis de eficácia contida, assim, necessitar-se-á de um juízo técnico que elabore uma solução, a qual não é fruto do *decisionismo*, mas, sim, do pano de fundo jurídico positivo. Vejamos o que diz o pesquisador Alves Jr.:

O ativismo judicial consiste na faculdade que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direito constitucionalmente assegurado, mas que esteja sendo inviabilizado por omissão normativa injustificada do Estado. Somente cabe a intervenção judicial ativista diante das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Não cabe a intervenção judicial nas hipóteses que exijam a exclusiva intervenção do legislador ou do administrador. (Alves Jr., 2015)

A competência do poder judiciário está limitada como podemos ver. Compreendendo então que eventualmente o consequentialismo fica impresso na decisão judicial, se elabora o seguinte questionamento, como a teoria dos precedentes conseguiria mitigar juízos consequentialistas? Se, a utilização da argumentação está intrínseca a própria decisão, então havendo uma premissa consequentialista esta estaria adjunta a decisão de forma

indissociável, logo, a decisão precedente também faria efeitos consequencialistas? Tais questionamentos pertinentes serão respondidos ao longo do presente artigo.

5. TEORIA DOS PRECEDENTES COMO MODELO DE MITIGAÇÃO DOS USOS DO CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO.

Este tópico se incumbirá de responder a premissa feita ao final do ponto anterior. Assim, como a teoria dos precedentes consegue mitigar juízos consequencialistas? Ao entorno do que já fora exposto, o consequencialismo se revela a partir de um critério finalístico, o qual desconsidera os meios dispostos para se chegar à conclusão de uma determinada celeuma jurídica. Esta descrição define o que a doutrina chama de axioma Ovidiano inserido no direito, ou seja, retrata o bordão onde os fins justificam os meios.

É necessário compreender, que o interprete julgador daquela celeuma fruto do consequencialismo utiliza deste instrumento, não só por uma eventual ausência de normas, mas, pelos efeitos que aquela decisão pode ocasionar no mundo fenomênico. Atividade essa que pertence aos primeiros *judges* americanos, os quais estavam desguarnecidos de quaisquer compilados normativos, que na ausência destes, deveria ser utilizado princípios e regras desenvolvidas no sistema consuetudinário.

Ao exemplo do *case* *Bear River & Auburn Water & Mining Co. v. New York Mining Co.*, 8 Cal. 327 (1857), é perceptível que na *opinion* emitida, diante das lacunas legislativas, propôs-se a utilização de ferramentas que eram capazes de conter qualquer juízo pragmatista. O mais importante desta decisão, é a compreensão dos juízes de entender que mesmo diante da inexistência de lei para o caso, aquela competência de dirimir o litígio lhes competia. Vejamos o que diz Burnett (1857) “Left without any direct precedent, as well as without specific legislation, we have been compelled to apply to this anomalous state of things the analogies of the common law, and the more expanded principles of equitable justice”. Sendo assim, como não havia precedente direto foi utilizada a analogia do Direito comum e ampliação de princípios para que a justiça equitativa fosse alcançada.

A mitigação de uma decisão consequencialista a partir da teoria dos precedentes, revela no exemplo acima tratado, que se obrigaram os juízes a época, portanto, a utilizar instrumentos como analogias, o direito dos costumes e do princípio de justiça equitativa.

Ainda no mesmo *decision*, relatam a repulsa a qualquer critério voluntarista de decisão que por causalidade incida em resultante consequencialista. Vejamos:

And before we do this, we must concede, that as a general rule, the effect of a particular construction of a statute; or the application of a certain principle, cannot be used against it, except in cases of reasonable doubt. If the meaning of the statute be clear, or the application of the principle well settled, Courts are not disposed to consider the consequences. (Burnett, 1857).

Para entender como se davam aquelas *opinions* diante da carência legislativa, e, como deveria ser tratados temas que guardavam certas controvérsias públicas e políticas, é preciso destrinchar estas ferramentas indicadas pelos *judges* na decisão proposta, o que não é objetivo deste artigo.

Contudo, entender estas considerações, revela-se a prudência imanente dos tribunais em decisões jurídicas que tratem sobre temas que causem determinados impactos na sociedade. São, neste sentido, considerações intrínsecas na formação de precedentes como afirma a doutrina de Toni M. Fine quando desenvolve sobre o conceito de *rationale* de uma decisão. Por isso, dosar os impactos políticos não torna a solução jurídica ativista, muito menos consequencialista, demonstra, sim, a relevância histórica de continuidade da utilização da *common law* como um direito secular que reluz estabilidade jurídica.

Por isso, a construção de um precedente, respeita elementos formadores do *decision*, estes guardam consenso acadêmico e são taxados na doutrina da autora americana já explicitada. Sendo assim, por mais que a *common law* tenha se desenvolvido originariamente a partir um direito não-dogmático, há hoje, evolução doutrinária e jurisprudencial deste fenômeno jurídico. Tratar na atualidade a *common law* e a teoria dos precedentes como um mero direito costumeiro e pragmático, é um equívoco científico.

Desta forma, o fenômeno que antes era não-dogmático, tornou-se com o tempo dogmático, isso ocorreu diante da inevitável importância que irradiou nos sistemas jurídicos estrangeiros. A condução de uma estabilidade jurídica exprimida pelos sistemas americano e inglês se expandiu no mundo como arquétipo a ser seguido.

Essa dada relevância, só foi permitida, pois se alcançou de certa forma a deontologia do direito já exposta, que é senão, a segurança jurídica de um sistema. E, se dá também pelo fato de conter a pulverização de decisões consequencialistas dentro de sua conjuntura.

Portanto, sabendo que a teoria dos precedentes exige que sejam seguidos preceitos exemplificados como a da doutrina de Toni M. Fine, a qual demonstra a dogmática exprimida pela rigidez científica do sistema jurídico anglo-americano, acreditamos na capacidade desta teoria exercer uma espécie de contenção em decisões consequencialistas, pois, estas de cunho

meramente consequencial estão desprovidas de toda uma preocupação de *corpus* metodológico já descrito.

6. CONCLUSÃO

Diante da temática inserta no presente artigo, é preciso a compreensão de que ordenamento jurídico brasileiro é fruto de um sistema substancialmente fundado no arquétipo da *civil law*. Contudo, é perceptível a mudança de comportamento do legislador brasileiro em direção a normas transpostas de sistemas como o americano. Neste contexto, é que se inseriu o novo sistema de precedentes incluídos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Sendo assim, por instaurar uma ordem a qual os operadores do direito brasileiro não estão adaptados, é causal que haja inabilidade e que a norma perca parcialmente sua eficácia diante do não uso, ou do mau uso. Todavia, é preferível a inabilidade inicial que persiga o sistema proposto, do que a derrogação pela ausência de utilização da ferramenta.

Como já fora exposto neste artigo, a teoria dos precedentes não é um ideal dos juristas brasileiros, ela já faz parte da realidade e está no direito positivo posto, assim, é preciso que os operadores estejam aptos a manejar esta ferramenta, a qual, além de ensejar uma previsibilidade no ordenamento, é capaz de construir normas-precedentes.

Desta forma, faz-se necessário que os julgadores entendam que as estruturas normativas compiladas em nada desiguam do arquétipo definido em teses fundamentais de um precedente, estes em mesmo sentido, constroem a norma jurídica positivada a partir das configurações fáticas do caso.

Neste sentido, percebendo o ator processual que os precedentes constituem-se por normas definidas nas teses fundamentais propositivas, escapa-se o perigo do consequencialismo. Esta definição é compreendida, pois, a estrutura dogmática e metodológica do sistema de *common law* prevê inúmeros requisitos a serem seguidos, os quais, estão indissociáveis ao pano de fundo do estado de direito como já observada na doutrina da autora americana.

E, ainda que a omissão de normas seja o problema de um eventual caso concreto, subsiste para esse problema o fenômeno do ativismo judicial técnico, o qual é ferramenta de otimização do princípio de inafastabilidade da jurisdição por ameaça ou grave lesão ao direito do jurisdicionado. Ademais, o consequencialismo jurídico é manifestação atípica no direito, devendo, portanto, ser sempre repellido da hermenêutica julgadora.

Como podemos visualizar ao longo do texto, a cultura de precedentes americana é diferente da brasileira. Embora a previsibilidade e estabilidade sejam requisitos almejados nos dois sistemas. O texto procurou sugerir que o sistema de precedentes no *common law* seria uma inovação e evitaria a insegurança jurídica, pois a metodologia da própria elaboração dogmática e metodológica confere esse sentido.

Contudo, foi discutido que as decisões judiciais no Brasil têm ampla discussão sobre serem consequencialistas ou ativistas, porque a origem normativa é única no contexto cultural diverso do Brasil. Assim, em um sistema *civil law* com todas as nuances culturais brasileiras é compreensível que restringir a interpretação do texto produza efeitos que, geralmente, não é o almejado pelas partes. O legislador, na nossa visão, propositalmente deixa lacunas e direciona a escolha final para o judiciário.

Como discutido ao longo do texto, tais lacunas geram insegurança jurídica e instabilidade nas instituições. Principalmente, nos dias atuais em que o judiciário está sendo provocado para decidir questões que estão contidas nessas lacunas legislativas ou na obscuridade dos preceitos do texto. Um exemplo, é o *case* Bear River & Auburn Water & Mining Co. v. New York Mining Co., 8 Cal. 327 (1857) que podemos conferir que houve a utilização de analogias, o direito dos costumes e o princípio da justiça equitativa.

Compreendemos que observar os impactos políticos, econômicos e sociais da decisão, não a torna consequencialista ou ativista, mas traduz uma previsão não alcançada pela norma. Apesar de o *common law* ter surgido inicialmente como um sistema jurídico não-dogmático e baseado em costumes, atualmente, ela passou por desenvolvimentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Portanto, por mais que o contexto cultural da teoria recepcionada no sistema processual brasileiro esteja desvinculado de uma historicidade anglo saxã, é imprescindível que os sujeitos processuais manejem o arquétipo de precedentes sugeridos pela norma, pois, a vigência dos textos propostos pressupõem a capacidade de condução do ordenamento a um sistema envolto de estabilidade e previsibilidade jurídica, o que mantém um sistema íntegro e coerente, afastando, perfunctoriamente, o consequencialismo e parcialmente o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O ativismo judicial da “república togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”**. 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562015000200006. Acesso em 10/09/2023.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que é um precedente?**. Pernambuco: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2019. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/205/188>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Lei 13.105, 17 mar. 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. 17 jan. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. tradução: Eduardo Saldanha; revisão técnica: Eduardo Appio Imprensa: São Paulo, WMF Martins Fontes, 2011.

HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. **Hart e a textura aberta do direito**. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/45128/hart-e-a-textura-aberta-do-direito>. Acesso em 10 de set. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri, São Paulo: Editora Manole, 2010. E-book. ISBN 9788520446409. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446409/>. Acesso em: 10 agosto de 2023.

MADUREIRA, Claudio. **Modelos de precedentes e justiça: contributo para a realização da justiça nos casos concretos**. Vitória: EDUFES; Rio de Janeiro: MC&G, 2022.

FUX, Luiz; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FUX, Rodrigo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: principais características e desafios**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, 03 dez. 2022. Quadrimestral.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. **Definindo Precedentes**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Quadrimestral. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/40254596/Definindo_precedentes. Acesso em 21 de set. 2023.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação Jurídica**. 4ª edição. Editora Saraiva Jur. 2019.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5ª edição. Editora Jusdivm, 2021.