



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

MARCOS RODRIGO MAICHAKI

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E SISTEMA DE
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL**

JACAREZINHO – PR
2020

MARCOS RODRIGO MAICHAKI

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E SISTEMA DE
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito
Coorientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

MAICHAKI, Marcos Rodrigo.

Legitimidade democrática do Poder Judiciário e sistema de precedentes obrigatórios no Brasil. / Marcos Rodrigo Maichaki. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2020.

152 f.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito

Coorientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2020.

Referências bibliográficas: f. 141.

1. Teoria e sistemas de precedentes. 2. Os precedentes no direito brasileiro. 3. Os precedentes e o regime democrático. I. Maichaki, Marcos. II. Domingues Brito, Jaime; Botelho, Marcos César. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Legitimidade democrática do Poder Judiciário e sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

MARCOS RODRIGO MAICHAKI

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E SISTEMA DE
PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Jaime Domingues Brito
Coorientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Coorientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Membro 2: Dra. Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla

Membro 3: Dr. José Roberto Anselmo

Jacarezinho/PR, 23 de março de 2020.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e por esta importante etapa que se aproxima do fim;

Aos meus pais Joaquim e Zilda, pelo grande exemplo e pela educação que me proporcionaram;

A minha avó Leoni, pela amizade, proximidade e afeto, e por ser um exemplo de garra e força que a trouxeram com firmeza aos 93 anos de idade, completados no dia do depósito deste trabalho;

Aos meus orientadores os Professores Drs. Jaime Domingues Brito e Marcos Botelho, por todos os ensinamentos, atenção e paciência que me dedicaram ao longo da realização deste trabalho e, de modo particular, ao primeiro, pelo auxílio decisivo na escolha do tema, e ao segundo, pela grande presteza com que assumiu a orientação deste trabalho já ao meio do caminho;

A todos os professores do curso, pois certamente há um valioso contributo de cada um deles no resultado desta pesquisa;

A Maria Natalina da Costa, secretária da pós-graduação, funcionária pública exemplar, a quem tive a honra de conhecer já nos tempos da graduação, pelos imensos zelo, atenção e paciência que dedica ao programa da pós-graduação e a cada um dos alunos;

A todos os que me apoiaram, incentivaram e auxiliaram, especialmente à colega do curso de graduação e deste curso de mestrado, amiga e irmã por consideração, Débora Tomita, cujo incentivo foi decisivo para que eu buscasse e alcançasse uma das vagas deste curso.

Cardeal Wolsey: Você se opôs a mim no Conselho esta manhã, Thomas.

Sir Thomas: Sim, Vossa Graça.

Cardeal Wolsey: Você foi o único.

Sir Thomas: Sim, Vossa Graça.

Cardeal Wolsey: Você é um tolo.

Sir Thomas: Graças a Deus que só há um tolo no Conselho.

Cardeal Wolsey: Por que você se opôs a mim?

Sir Thomas: Achei que Vossa Graça estava errada.

Cardeal Wolsey: Uma questão de consciência. Você é um remorso constante para mim, Thomas. Se pudesse simplesmente ver os fatos ... sem tentar ser tão ético. Com um pouco de senso comum, seria um homem de estado.

[...]

Cardeal Wolsey: Deixe a dinastia morrer com Henrique VIII e teremos guerras dinásticas de novo. Barões sanguinários ameaçando o país de ponta a ponta. É isso o que quer?

Muito bem. A Inglaterra precisa de um herdeiro. Certas medidas, talvez lamentáveis ... talvez não. Tem muita coisa que precisa ser reformada na Igreja, Thomas.

Muito bem, lamentáveis, mas necessárias para termos um herdeiro.

Explique como você, como conselheiro da Inglaterra, pode impedir essas medidas ... pelo bem de sua própria consciência.

Sir Thomas: Pois bem, penso que quando homens de estado abandonam sua própria consciência em benefício de seus deveres públicos, eles conduzem o país diretamente para o caos.

[Diálogo extraído do filme *The man for all seasons* (1966), acerca da vida do célebre intelectual britânico Sir Thomas More, que foi executado sob o rei Henrique VIII da Inglaterra, por ter se mantido fiel à própria consciência, contra os interesses do monarca]

MAICHAKI, Marcos Rodrigo. **Legitimidade democrática do Poder Judiciário e sistema de precedentes obrigatórios no Brasil**. 2020. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

Isonomia, segurança jurídica e confiança legítima devem ser atributos da atuação do Poder Público em todas as esferas, inclusive a do Judiciário. É, no entanto, frequente a queixa de que na realidade jurídica brasileira, tais valores, ou princípios, são sistematicamente postos de lado. A negligência desses valores na atuação jurisdicional pode comprometer a própria legitimidade democrática do Poder Judiciário, na medida em que o exercício da jurisdição passa a ser visto como uma atividade arbitrária, em que cada magistrado decide conforme sua convicção ou gosto pessoal. Atualmente, no Brasil, uma importante corrente doutrinária defende, com veemência, a necessidade de instauração de um sistema de precedentes obrigatórios, segundo o modelo do *stare decisis* do *Common Law*, como forma de conferir uma solução satisfatória ao problema. Este debate é insuflado, ainda, pela presença, no Código de Processo Civil de 2015, de dispositivos que parecem sugerir a existência de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, desde a vigência do mencionado diploma de direito adjetivo. Nesse quadro, se coloca o objetivo precípuo da presente investigação: definir se a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, segundo o modelo do *Stare Decisis*, pode dar uma solução satisfatória ao problema da falta de isonomia, segurança jurídica e confiança legítima no âmbito da aplicação judicial do direito no país, haja vista que os sistemas jurídicos dos países que adotam o *Common Law* são dotados de alto grau de isonomia, segurança e confiança. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, com forte apoio nos métodos procedimentais histórico e comparativo, testa-se a hipótese apresentada, levando-se em consideração fatores altamente relevantes como os antecedentes históricos dos sistemas do *Common Law* e do sistema de Justiça brasileiro, assim como as características fundamentais de ambos. Conclui-se que, diante da circunstância de que os precedentes do *Common Law* são invariavelmente formados a partir dos casos concretos, levando-se em alta consideração os elementos fáticos que os caracterizam, e que os mecanismos de revisão judicial e uniformização de jurisprudência existentes no Brasil são precipuamente formados de respostas genéricas (teses judiciais) a prequestionamentos incidentais, ambos os sistemas, ainda que permeáveis a influências recíprocas sob muitos aspectos, restam essencialmente incompatíveis. Dessa maneira, a pavimentação do caminho para uma possível futura adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil, passa primeiramente pela formação de uma autêntica cultura de respeito aos precedentes, não imposta verticalmente, mas fruto do reconhecimento da sua necessidade, em que a consideração pelos valores da coerência e integridade do direito, segundo a doutrina de Dworkin, mostra-se de grande valia.

Palavras-chave: Isonomia; Segurança Jurídica; Confiança Legítima; *stare decisis*; Jurisdição.

MAICHAKI, Marcos Rodrigo. *Democratic legitimacy of the Judiciary and mandatory precedent system in Brazil*. 2020. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

Equality, legal certainty and legitimate expectations must be attributes of the performance of the Public Power in all spheres, including the Judiciary. However, there is a frequent complaint that in the Brazilian judicial reality, such values, or principles, are systematically set aside. The neglect of these values in the jurisdictional performance can compromise the democratic legitimacy of the Judiciary Power, inasmuch as the exercise of jurisdiction is seen as an arbitrary activity, in which each magistrate decides according to his conviction or personal taste. Currently, in Brazil, an important doctrinal current strongly advocates the need to establish a system of mandatory precedents, according to the *stare decisis* model from Common Law system, as a way of providing a satisfactory solution to the problem. This debate is further fueled by the presence, in the 2015 Code of Civil Procedure, of provisions that seem to suggest the existence of a system of mandatory precedents in Brazil, since the aforementioned adjective law was in force. Within this framework, the main objective of this investigation is placed: to define whether the implementation of a system of mandatory precedents in Brazil, according to the *Stare Decisis* model, can provide a satisfactory solution to the problem of lack of equality, legal certainty and legitimate confidence in the scope of the judicial application of law in the country, given that the legal systems of the countries that adopt Common Law are endowed with a high degree of equality, security and trust. Using the deductive approach method, with strong support in historical and comparative procedural methods, the hypothesis presented is tested, taking into account highly relevant factors such as the historical background of the Common Law systems and the Brazilian justice system, as well as the fundamental characteristics of both. We conclude that, given the circumstance that Common Law precedents are invariably formed from concrete cases, taking into account the factual elements that characterize them, and that the mechanisms for judicial review and standardization of existing jurisprudence in the Brazil are primarily formed from generic responses (judicial theses) to incidental questions, both systems, although permeable to reciprocal influences in many ways, remain essentially incompatible. Thus, paving the way for a possible future adoption of a system of mandatory judicial precedents in Brazil, first passes through the formation of an authentic culture of respect for precedents, not imposed vertically, but as a result of the recognition of its need, in which the consideration for the values of the coherence and integrity of the law, according to Dworkin's doctrine, is of great value.

Keywords: Isonomy; Legal Security; Legitimate Trust; *stare decisis*; Jurisdiction

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 TEORIA E SISTEMAS DE PRECEDENTES.....	13
1.1 A ideia de precedente.....	13
1.2 Dinâmica dos precedentes.....	22
1.3 Os precedentes na História.....	27
1.4 Os precedentes no <i>Civil Law</i>	39
1.5 Os precedentes no <i>Common Law</i>	44
1.6 A aproximação entre <i>Civil</i> e <i>Common Law</i>	50
2 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	59
2.1 Aspectos socioculturais, políticos e paradigmáticos.....	60
2.2 Os precedentes na Jurisprudência.....	76
2.3 Os precedentes no controle de constitucionalidade.....	83
2.4 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015.....	93
3 OS PRECEDENTES E O REGIME DEMOCRÁTICO.....	105
3.1 Poder e legitimidade no Estado democrático de Direito.....	106
3.2 Os princípios da isonomia, segurança jurídica e confiança legítima.....	116
3.3 Tradição, integridade e coerência.....	123
CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIAS.....	141

1 INTRODUÇÃO

Todo o poder emana do povo, é a frase que vem estampada ao início de todas as modernas cartas constitucionais. Em última instância, portanto, não é a lei, não são as instituições, não são os políticos ou os magistrados, os responsáveis pela legitimação do poder. O responsável pela legitimação do poder é, precisamente, o povo.

Hannah ARENDT (2010, p. 60-61), filósofa judia do século XX, contemporânea dos horrores do nazismo, afirma justamente esta realidade: o poder sempre existe e é exercido em função de um grupo, jamais é atributo de uma só pessoa, muito embora a linguagem frequentemente leve a crer de maneira diferente. Quando o grupo em nome do qual o poder é exercido lhe retira a legitimidade, o poder inevitavelmente cai, ainda que possa se sustentar por algum tempo por meio da violência (ARENDDT, 2010, p. 69).

Trata-se de uma fascinante análise, que parte justamente de quem conheceu e estudou a fundo o grande mal político do século passado: o totalitarismo. O totalitarismo caiu, porém, deixou marcas indeléveis, seja na história, seja nas sociedades que o viveram, seja nas sociedades que sentiram seus reflexos. E a grande resposta ao totalitarismo, em todo o Ocidente, foi uníssona: a democracia, o regime político que representa o governo do povo.

O poder em uma democracia será tanto mais legítimo, quanto mais aquele que o detém, ou seja, o povo, se veja efetivamente representado e quanto mais enxergue no trabalho das instituições públicas um modo de atuação verdadeiramente democrático.

A segunda parte do período cuja primeira oração foi citada no primeiro parágrafo, acrescenta que *o poder do povo é exercido por meio de representantes eleitos*. Ora, isso vale certamente para os poderes Executivo e Legislativo, mas não para o Judiciário, uma vez que seus membros, os juízes, não são eleitos pelo povo.

O Poder Judiciário possui, portanto, um natural déficit democrático em relação aos demais poderes. Este déficit, no entanto, é suprido ou ao menos compensado na medida em que esse poder atua de acordo aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. De maneira inversa, o déficit se aprofunda quando esses mesmos princípios são colocados de lado.

Dentre esses diversos fundamentos, encontram-se a isonomia, a segurança jurídica e a confiança legítima. A falta de consideração por esses valores, no âmbito do Judiciário brasileiro, se manifesta sempre que casos semelhantes são decididos de forma diversa, ferindo a igualdade de tratamento que deve ser dispensada pelo Estado aos seus

jurisdicionados. Outrossim, o problema traz consequências na órbita da segurança jurídica, na medida em que fere a racionalidade do ordenamento jurídico, e consequências na esfera da confiança legítima, na medida em que frustra as legítimas expectativas dos cidadãos.

O descrédito no Judiciário tem se manifestado em diversas pesquisas de opinião, em movimentos de rua e em manifestações de indignação nas redes sociais. A par dessa conjuntura, tem-se discutido cada vez mais se a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, segundo o modelo do *stare decisis*, dos sistemas jurídicos afiliados ao *Common Law*, não seria uma das soluções capazes, senão a principal, de resolver o grande problema da falta de isonomia, segurança e confiança no âmbito da jurisdição.

Afinal, referido modelo, em que a lei possui papel secundário e o direito é criado casuisticamente, a partir de casos concretos que, ao serem julgados, se constituem como precedentes que acabam servindo de parâmetro para o julgamento de casos futuros, produziram modelos de Justiça dotados de elevado grau de isonomia e segurança.

Neste ponto, coloca-se o preciso problema deste trabalho: a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, segundo o modelo do *stare decisis* do *Common Law*, seria capaz de conferir um grau satisfatório de isonomia, segurança jurídica e confiança legítima, e assim contribuir para a preservação da legitimação democrática da atividade jurisdicional? Isto seria, afinal, possível, consideradas a tradição jurídica e as características do direito brasileiro?

A justificativa para a presente pesquisa se encontra na necessidade de estudos acerca do problema da legitimidade do Poder Judiciário, frente a notória falta de consideração pelos precedentes judiciais no direito brasileiro. A construção de um sistema de precedentes obrigatórios harmônico e bem estruturado pode representar um grande contributo, no âmbito judiciário, para o amadurecimento e aperfeiçoamento da ainda jovem democracia brasileira.

Com a finalidade de dar solução ao problema proposto, o presente trabalho se desenvolve ao longo de um percurso de três capítulos. No primeiro deles, intitulado “Teoria e Sistemas de Precedentes”, serão abordados o conceito de precedente judicial, assim como os mecanismos de sua dinâmica, segundo a doutrina do *Common Law*. Na sequência, delinea-se um esboço histórico, abordando-se o papel que os precedentes desempenharam no direito romano, no direito comum (*utrumque ius*) da Idade Média e no direito lusitano. Percorre-se, dessa maneira o caminho da tradição jurídica da qual o direito brasileiro é herdeiro. Por fim, são analisados os sistemas do *Civil* e do *Common*

Law e o fenômeno da aproximação recíproca de ambos. Por meio da abordagem do primeiro capítulo, busca-se estabelecer a base conceitual e histórica que será utilizada em todo o trabalho.

No segundo capítulo, intitulado “Os precedentes no direito brasileiro”, busca-se primeiramente tecer um panorama da situação dos precedentes no direito brasileiro, a partir da análise dos fatores socioculturais, políticos e filosóficos que lhe dão causa. Em seguida, na esteira da análise da aproximação entre os sistemas de *Civil* e *Common Law*, busca-se apresentar uma análise do ponto de vista dogmático, por meio da análise dos institutos jurídicos existentes no país, e que teriam sido criados por influência do *Common Law*, muito embora essa influência e seu alcance sejam questionáveis. Dessa maneira, são analisados o papel da jurisprudência e das súmulas, especialmente as súmulas vinculantes, o sistema de controle de constitucionalidade e o que parte da doutrina denomina como o “sistema de precedentes instaurado por meio Lei n. 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil”. A finalidade dessa abordagem é prover o leitor de uma visão acerca do que se possui no Brasil em matéria de mecanismos de racionalização das decisões judiciais, sejam estes autênticos precedentes ou não.

No terceiro capítulo, intitulado “Os precedentes e o regime democrático”, procura-se elucidar a relação entre os precedentes e os fundamentos do regime democrático. Analisa-se, precipuamente, o tema do poder e da sua legitimidade no Estado democrático de Direito, para, em seguida, elucidar o papel dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da confiança legítima, enquanto importantes fundamentos da ordem democrática. Por fim, no último subitem do capítulo, a partir da comparação das características fundamentais dos sistemas do *Common Law* com o sistema de direito brasileiro, e ainda se levando em conta os argumentos críticos, busca-se responder acerca da necessidade ou oportunidade de implantação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

O método de abordagem predominante utilizado é o dedutivo, pois busca-se, a partir de teorias e conceitos gerais, extrair a conclusão da investigação. Há ainda o uso de métodos procedimentais auxiliares, especialmente os métodos histórico e comparativo. O método histórico mostra-se de capital importância na elucidação das origens e características dos sistemas jurídicos abordados, ao passo que o método comparativo complementa o papel do método histórico, ao possibilitar que se coloquem em relevo as semelhanças e diferenças entre os sistemas.

A pesquisa vale-se de consulta a amplo material bibliográfico, como livros, teses, dissertações, artigos científicos ou artigos de opinião de autores de reconhecida relevância no cenário jurídico. Conta ainda com apoio em pesquisa de legislação e jurisprudência.

1 TEORIA E SISTEMAS DE PRECEDENTES

A questão central colocada pelo presente trabalho consiste na análise da necessidade de sistematização dos precedentes como uma das condições da legitimação democrática do Poder Judiciário. Dessa maneira, a abordagem da teoria e dos sistemas de precedentes representa o alicerce teórico-conceitual sobre o qual se desenvolve toda a argumentação, ao passo que a descrição do panorama atual e de seus antecedentes históricos propicia a visualização do cenário onde atuam os problemas aos quais se propõe solução.

Com esse objetivo, serão analisados, nos subitens seguintes: a ideia de precedente, sua dinâmica, seu papel na história do direito, o papel desempenhado pelos precedentes nos sistemas filiados ao *Common Law* e nos sistemas filiados ao *Civil Law* e, por fim, o papel dos precedentes no quadro da aproximação entre as grandes famílias do *Civil* e do *Common Law*.

Importante salientar, inicialmente, que os sistemas jurídicos filiados à família do *Common Law* se constituem basicamente dos sistemas da Inglaterra e dos países por ela colonizados, como os Estados Unidos e o Canadá, ao passo que os sistemas filiados ao *Civil Law* são os dos países da Europa continental e daqueles que receberam a sua influência. O sistema brasileiro filia-se à família do *Civil Law*.

A diferença básica entre as duas grandes famílias está no fato de que no *Common Law* é privilegiada a elaboração judicial do direito, por meio dos precedentes, de maneira que, tradicionalmente, a lei ocupa um lugar secundário, ao passo que no *Civil Law*, tradicionalmente, a prerrogativa da criação do direito pertence ao parlamento, que o estabelece por meio das leis e códigos.

Em razão desse fato, a grande maioria dos conceitos da teoria dos precedentes possui origem no *Common Law* e são nominados por termos em inglês, conforme adiante se pode observar.

1.1 A ideia de precedente

O precedente consiste, basicamente, em uma decisão judicial que, pela relevância de sua argumentação, ou pela hierarquia do órgão judicial que a proferiu, acaba por tornar-se parâmetro para julgamento de casos semelhantes no futuro. Será vinculante caso sua norma seja de aplicação obrigatória aos casos futuros, e persuasivo caso não o seja. Dessa forma, o primeiro elemento que se destaca na definição de precedente, é o de que se trata de um evento situado

no passado: “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action”¹ (DUXBURY, 2008, p. 1).

Ao ter-se em conta que o precedente é um evento passado, tem-se também que o precedente possui certo caráter de experiência. Uma experiência que se presta a ser utilizada como parâmetro para decisões no futuro. No entanto, raciocinar a partir do precedente a nível jurídico não representa o mesmo que raciocinar a partir da experiência dos fatos comuns, conforme adiante se lê:

Experience often guides present action, but reasoning from precedent is not identical to reasoning from experience. When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone for her eleventh birthday. When I refused to buy my youngest daughter a mobile phone on her eleventh birthday, I reasoned from the experience of her sister’s inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven. When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve.² (DUXBURY, 2008, p. 2-3)

Nesse mesmo sentido, MARINONI (2016b, p. 85) também ressalta a distinção entre precedente e experiência, pois “a experiência revela compreensão advinda da vivência de um fato ou de uma situação passada, que ensina ou explica algo a respeito do presente”, ao passo que “o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir”.

O raciocínio a partir da experiência, vale sublinhar, conquanto não seja o raciocínio apropriado para a aplicação do precedente a casos no presente, pode, no entanto, ser tomado como base para a superação do precedente (*overruling*), pois “a experiência ensina algo sobre o presente e, inclusive, pode evidenciar que o passado – o precedente – não deve ser perpetuado” (MARINONI, 2016b, p. 85).

¹ Um precedente é um evento passado – no direito o evento é quase sempre uma decisão – que serve como orientação para a ação presente. (tradução livre do monografista)

² A experiência normalmente orienta a ação presente, mas o raciocínio do precedente não é idêntico ao raciocínio da experiência. Quando minha filha mais jovem fez caso para que eu lhe comprasse um celular no seu aniversário de onze anos, ela fez um raciocínio de precedente: sua irmã mais velha havia recebido um celular em seu aniversário de onze anos. Quando eu me recusei a comprar um celular para minha filha mais nova no seu aniversário de onze anos, eu raciocinei com base na experiência da falta de responsabilidade de sua irmã em ser proprietária de um telefone celular aos onze anos. Quando tomamos uma decisão com base na experiência, nós a valoramos pelo que ela nos ensina. Quando tomamos uma decisão com base no precedente, consideramos significativo o fato de que nossa situação atual já fora abordada anteriormente, mas não necessariamente avaliamos o precedente pelo que ele nos ensina. Às vezes, podemos até seguir precedentes com os quais não concordamos. (Tradução livre do monografista).

Poder-se-ia ainda comparar o precedente com o exemplo, entretanto, são realidades distintas. A força do precedente não se impõe pelo seu conteúdo, como o exemplo. Um bom exemplo torna-se um padrão de conduta a ser seguido precisamente por ser *bom*, ao passo que a autoridade do precedente advém “da autoridade que está em sua base, a qual, na verdade, é indispensável à sua configuração” (MARINONI, 2016b, p. 86).

É, evidentemente, desejável que o conteúdo dos precedentes seja *bom*, de maneira que a sua aplicação produza bons resultados no meio social, no entanto, não é necessariamente o fato de ser *bom* que o torna obrigatório. O exemplo a seguir ilustra bem a diferença:

[...] o professor pode doar livros que escreveu para a biblioteca da sua faculdade. Embora esta ação revele um bom exemplo, isso não quer dizer que constitua um precedente, a ser observado por todo e qualquer professor da mesma faculdade.

Não obstante, se o professor exige livros raros para a sua disciplina, mas sempre disponibiliza os textos necessários para o estudo aos exames, a sua maneira de proceder forma um precedente que o vincula, pois confere aos alunos uma legítima expectativa de usufruir dos materiais necessários para a adequada preparação para as provas. O procedimento de disponibilizar os livros atinge a legitimidade da atuação deste professor, impedindo-o de elaborar um exame cuja realização dependa de um livro inacessível aos estudantes. (MARINONI, 2016b, p. 86)

O precedente também não se confunde com o costume, ainda que vulgarmente seja comum referir-se aos sistemas do *Common Law* como sistemas de direito costumeiro. Precedentes e costumes não são apenas distintos, como também podem opor-se mutuamente, conforme adiante se vê:

[...] precedents and customs are not only distinct from but may even counter one another: in admitting female members, for instance, an institution might set a precedent which breaks from its custom. In relation to the common law, the characterization might at first seem more appropriate. Both precedents and custom are, after all, common-law sources of received wisdom: the judge who decides on the basis of either finds authority in past practice.³ (DUXBURY, 2008, p. 8)

Apesar de não se confundir com o costume, “o precedente que se funda no costume conta com algo que, mesmo não imprescindível à sua caracterização, propicia-lhe força” (MARINONI, 2016b, p. 86-87). Ademais, o *Common Law*, anteriormente ao estabelecimento

³ [...] precedentes e costumes não apenas são distintos como podem até opor-se mutuamente: ao admitir membros do sexo feminino, por exemplo, uma instituição pode estabelecer um precedente que rompe com seu costume. Em relação ao *common law*, a caracterização pode parecer, em princípio, mais adequada. Precedentes e costumes, ambos são, afinal de contas, fontes de uma sabedoria recebida: o juiz que decide com base em um ou outro encontra a autoridade numa prática do passado. (Tradução livre do monografista).

do caráter obrigatório dos precedentes (*stare decisis*), podia com justiça ser considerado um sistema de direito costumeiro, conforme se extrai do trecho seguinte:

[...] a maior evidência da distinção entre costume e precedente está no próprio *common law*, já que este existe, na sua feição clássica e estrita, como forma de direito costumeiro, antes da afirmação da doutrina do precedente. Melhor dizendo: o costume, como fonte do *common law* clássico, é anterior à noção de que os precedentes deveriam ser obrigatoriamente respeitados pelas Cortes inferiores e pelas próprias Cortes de onde emanam. (MARINONI, 2016b, p. 87)

Estabelecidas essas distinções, são identificáveis dois aspectos no conceito de precedente judicial: um considerado *próprio* e o outro considerado *impróprio* (PEIXOTO, 2016, p. 128). Pelo primeiro, o precedente constitui-se de “todo o ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo” (PEIXOTO, 2016, p. 128). Segundo esse aspecto, o precedente é a primeira decisão que servirá de modelo a toda a uma série de outras decisões em casos semelhantes.

O aspecto *impróprio*, por sua vez, “refere-se à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser extraída da decisão” (PEIXOTO, 2016, p. 128). Trata-se, segundo o autor (PEIXOTO, 2016, p. 128), do conceito estrito de precedente e que revela seu aspecto *normativo*.

Portanto, para um sistema precedentalista, a atividade judicial não representa somente a obrigação de julgar os casos concretos, mas, ao promover o julgamento de um caso novo, deve se atentar para o fato de que a decisão possui influência sobre casos semelhantes no futuro. Nesse sentido:

É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros. (TUCCI, 2004, p. 25)

Essa colocação tem se mostrado válida também para os sistemas não precedentalistas, como o brasileiro, tendo em vista que, em decorrência de uma nova concepção acerca da interpretação da lei e do constitucionalismo contemporâneo, a aplicação do texto legal ao caso concreto passou a ser vista como criadora da norma, como acontece nos sistemas precedentalistas tradicionais:

[...] a evolução da teoria da interpretação, bem como o próprio impacto do constitucionalismo – curiosamente uma reação contra o autoritarismo legalista –, culminaram na dissociação entre texto legal e norma jurídica (resultado interpretativo), bem como na incorporação dos valores morais contidos nas

normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo, o que não só levou à distinção entre lei e direito, como ainda submeteu a validade da lei à Constituição, dando origem a uma legalidade substancial. Houve aí uma nítida modificação do conceito de direito e da função jurisdicional. Basicamente, o direito deixou, de vez por todas, de significar lei, e a jurisdição não mais se limitou a atuar a vontade da lei.

Nessa perspectiva, portanto, não há como aceitar que um juiz possa estar submetido simplesmente à lei. Como a lei é apenas o ponto inicial a partir do qual o juiz elabora a decisão, uma vez que não se interpreta sem valorar e optar – seja por diretivas interpretativas seja por um dos resultados da atividade interpretação -, a decisão atribui significado ao texto legal, expressando uma norma jurídica. O Juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito; não é mais seu servo, como coerentemente teria que admitir o adepto da ideia de que juiz é submetido apenas à lei. (MARINONI, 2016a, p. 93)

Os elementos e aspectos mencionados no texto acima transcrito são abordados com maior acuidade ao longo do presente texto. O que importa sublinhar, no momento, é que também no *Civil Law* a atividade judicial de aplicação do direito tem sido, ao menos por parte da doutrina, identificada com uma atividade concomitante de criação do próprio direito e de formação da norma jurídica. Em decorrência disso e segundo essa visão, os precedentes são considerados *fontes do direito*.

CROSS e HARRIS (1991, l. 3274-3290) identificam basicamente três tipos de fontes do direito. O primeiro deles é a *literatura jurídica*, ou seja, toda a documentação jurídica que seja capaz de dar a conhecer o conteúdo das normas de direito, como um livro de doutrina ou um digesto de casos práticos. Em segundo lugar, há as *fontes históricas*, que se encontram na gênese das normas jurídicas, como, por exemplo, as regras do direito romano e os costumes feudais que se encontram na origem de muitas das normas do direito inglês. Por fim, há uma terceira concepção de fonte, cujo significado é inteiramente diferente do sentido literário ou histórico. “In this sense, ‘source’ means, not a causal origin, direct or remote, but that from which a rule derives its validity as a rule of law”⁴ (CROSS; HARRIS, 1991, l. 3290).

Os critérios de validade, no entanto, variam de sistema para sistema. No direito inglês, por exemplo, esse tipo de fontes jurídicas é composto, ao menos, das leis e das *rationes decidendi* dos casos que chegam às cortes superiores e que adquirem força de lei, ao passo que na França o sistema não se baseia na norma segundo a qual os casos julgados se tornam lei para casos futuros (CROSS; HARRIS, 1991, l. 3296-3301). Para os sistemas de precedentes obrigatórios, portanto, o precedente se constitui em fonte do direito, segundo a terceira concepção apontada.

⁴ Nesse sentido, “fonte” significa, não a origem causal, direta ou remota, mas aquilo a partir do que deriva a validade de uma regra enquanto norma de direito. (Tradução livre do monografista).

Importa ressaltar, no entanto, que, no contexto do diálogo das fontes, a consideração do precedente enquanto fator de formação da norma jurídica, não resulta em dizer que precedente e lei são fontes antagônicas ou concorrentes, muito pelo contrário, o precedente refina o conteúdo da lei, na medida em que a interpreta, dando-lhe a dimensão concreta de sua aplicabilidade. Outrossim, no contexto da hierarquia das fontes, a lei prepondera sobre o precedente, conforme adiante se lê:

Precedent is [...] subordinate to legislation as a source of law in the sense that a statute can always abrogate the effect of a judicial decision, and the courts regard themselves as bound to give effect to legislation once they are satisfied that it was duly enacted. In this context the word “bound” bears the same meaning as that which it bears in such sentences as “A judge of first instance is bound by the *ratio decidendi* of cases decided by the Court of Appeal”.⁵ (CROSS; HARRIS, 1991, l. 3402-3407)

Aprofundando a análise da definição de precedente, é indispensável considerar ainda os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, seus elementos primordiais.

Holding, *Ratio decidendi*, ou razão de decidir, como o próprio nome indica, consiste no fator determinante da decisão, ou seja, o argumento diretamente ligado ao resultado. STRECK e ABBOUD (2013, p. 43) apresentam um conceito básico e claro de *ratio decidendi*:

[...] ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.

Destaca-se nesse conceito um elemento do precedente que o diferencia de maneira decisiva em relação à lei. Esta é geral e abstrata, ao passo que o precedente e, mais especificamente, a *ratio decidendi*, que constitui a norma jurídica dele extraída, sempre leva em consideração o caso concreto, de maneira que, para sua aplicação a casos futuros, se mostra imprescindível a verificação da similitude desses casos com aquele que originou o precedente. Ainda a respeito da *ratio decidendi*, a seguinte lição de MARINONI (2016b, p. 162):

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir

⁵ O precedente é subordinado à legislação como fonte do direito, no sentido de que uma lei sempre pode revogar o efeito de uma decisão judicial, e os tribunais consideram-se obrigados a efetivar a legislação uma vez que verifiquem que ela foi efetivamente promulgada. Nesse contexto, “obrigado” possui o mesmo significado que possui em sentenças como “um juiz de primeira instância está obrigado pela *ratio decidendi* dos casos decididos pela Corte de Apelação”. (Tradução livre do monografista).

certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação pode não só ter várias teses jurídicas, como também as considerar de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.

Conforme se depreende do trecho acima citado, a *ratio decidendi* costuma constituir apenas uma parte da fundamentação da sentença, precisamente a parte essencial, sem a qual a decisão não seria a mesma. A par da *ratio decidendi* podem existir, como comumente acontece, elementos argumentativos periféricos, os quais não são indispensáveis ao resultado da ação, mas com ele contribuem, reforçando-o. Esses elementos constituem *obiter dicta*, conforme o claro conceito apresentado por CRAMER (2016, p. 107):

A fundamentação do precedente é um texto e, como todo texto, não vai necessariamente direto ao ponto que interessa. Existem argumentos de aproximação, passagens ilustrativas ou trechos digressivos que surgem na fundamentação para completar o raciocínio contido na *ratio decidendi*. Essas passagens são os *obiter dicta* ou, no singular, *obiter dictum*.

O *obiter dictum* constitui todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação das razões da decisão. São ditos de passagem, que nenhuma relevância tem para a decisão proferida.

CROSS e HARRIS (1991, l. 888-893) esclarecem ainda que o *obiter dictum* possui autoridade semelhante a de um precedente meramente persuasivo, sendo porém recomendável que o juiz o observe, conforme se depreende as seguinte passagem:

The second reason why it is not everything said by a judge in the course of his judgment that constitutes a precedent is that, among the propositions of law enunciated by him, only those which he appears to consider necessary for his decision are said to form part of the *ratio decidendi* and thus to amount to more than an *obiter dictum*. If the judge in a later case is bound by the precedent according to the English doctrine of stare decisis, he must apply the earlier *ratio decidendi* however much he disapproved of it, unless, to use the words of Lord Reid, he considers that the two cases are 'reasonably distinguishable'. Dicta in earlier cases are, of course, frequently followed or applied, but dicta are never of more than persuasive authority. There is no question of any judge being bound to follow them. Even when the *ratio decidendi* of a previous case is merely a persuasive authority, it must be followed in later cases unless the judge has good reason to disapprove of it. It constitutes a precedent, and the difference between a persuasive precedent and an *obiter dictum* is only slightly less significant than that between binding and persuasive precedents.⁶

⁶ A segunda razão por que nem tudo o que é dito por um juiz no curso do seu julgamento constitui um precedente é que, dentre as proposições judiciais por ele enunciadas, somente aquelas que ele parece considerar como necessárias para a sua decisão é que formam a *ratio decidendi* e dessa maneira representam algo mais que um

A afirmação acima contida, segundo a qual mesmo os precedentes persuasivos merecem ser obedecidos, denota certamente o grande apreço dos autores do *Common Law* pelo valor dos precedentes, o que evidentemente não se verifica com a mesma intensidade nos sistemas do *Civil Law*. À parte essa pequena observação, mister se faz considerar um dos grandes pontos de discussão existente na doutrina do *Common Law*, que diz respeito aos métodos de identificação da *ratio decidendi* de um precedente. Em outras palavras: o modo de se distinguir, na fundamentação do precedente, o que é *ratio decidendi* daquilo que é *obiter dicta*.

Dentre esses métodos, ganharam notoriedade o teste de Wambaugh e o método de Goodhart (MARINONI, 2016b, p. 163). Tais métodos são aqui apenas citados de passagem, devido às dimensões reduzidas e aos objetivos do presente trabalho. Menciona-se, entretanto, a síntese de MARINONI (2016b, p. 166) acerca do assunto, segundo a qual a elucidação da *ratio decidendi* sempre foi buscada, alternativamente, em dois pontos, “um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso”.

Trata-se do método fático e do método normativo. O autor termina por concluir que os métodos não se excluem, mas se complementam, pois através da consideração das razões da decisão, se pode identificar a categoria de fatos aos quais ela se aplica, conforme adiante se lê:

Não há dúvida de que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque cada caso tem as suas próprias peculiaridades fáticas – que, em abstrato, podem ser identificadas em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma. (MARINONI, 2016b, p. 166)

obiter dictum. Se o juiz em um caso posterior está vinculado pelo precedente de acordo com a doutrina inglesa do *stare decisis*, ele deve aplicar a anterior *ratio decidendi* ainda que pessoalmente a desaprove, a menos que, para usar as palavras de Lord Reid, ele considere que ambos os casos são “razoavelmente distinguíveis”. *Dicta* de casos anteriores são, é claro, frequentemente seguidos ou aplicados, mas os *dicta* nunca possuem mais que autoridade persuasiva. Está fora de questão que nenhum juiz esteja obrigado a segui-los. Mesmo quando a *ratio decidendi* de um caso anterior possui autoridade meramente persuasiva, ela deve ser seguida nos casos futuros a menos que o juiz tenha uma boa razão para desaprová-la. Ela constitui um precedente, e a diferença entre um precedente persuasivo e um *obiter dictum* é apenas um pouco menos significativa que a diferença existente entre precedentes vinculantes e persuasivos. (Tradução livre do monografista).

A identificação da norma jurídica do precedente comporta ainda outros aspectos problemáticos. O fato de existirem precedentes sem *ratio decidendi* (v.g. decisões colegiadas em que fundamentações completamente distintas convergem para um mesmo resultado) e decisões muito bem fundamentadas que acabam por não se constituir em precedente, demonstram que o critério de identificação da *ratio decidendi* pode afigurar-se muitas vezes insuficiente para a configuração da regra derivada do precedente, conforme se pode apreender da seguinte lição de DUXBURY (2008, p. 66):

[...] it is worth emphasizing not only that unreasoned decisions can be precedents but also that even the most carefully reasoned decisions need not be. Joseph Raz has observed that an adjudicative system could imaginably be one of absolute discretion, in the sense that the judicial convention may be to decide each case on the basis of reasons and taking into account whatever considerations seem relevant. Such a system would not be arbitrary – judges would decide according to reasons, and because of this “we could expect some regularity in the decisions of the courts” – but neither would precedents constrain. “It is unlikely”, Raz observes, “that such a system has ever existed or will ever exist”, not only because “the decisions of the courts over a period of time are unlikely to reflect any consistent line on any issue” but also because it is inefficient to adjudicate every problem afresh each time it arises. Imagining the system nevertheless helps us to recognize that the relationship between precedent and reason is a contingent one. Precedents usually embody reasons, and precedent-following is often a good way to avoid reinventing the wheel; but within the common law tradition there is a discernible line of thought which has it that we must not assume precedents to be nothing more than reasons. Sometimes, so the argument goes, we may refer to the reason for a decision as if it were somehow the essence of that decision, but identifying the essence of the decision may in fact require that we do more than look to the judicial reasoning.⁷

É digno de nota, entretanto, que apesar das dificuldades apontadas, os sistemas precedentistas do *Common Law* se mostraram altamente viáveis e tem funcionado há muitos séculos, proporcionando aos ordenamentos jurídicos onde atuam um reconhecido grau de

⁷ Vale a pena enfatizar que não apenas decisões não fundamentadas podem constituir-se em precedentes, como também que decisões cuidadosamente fundamentadas podem não se constituir. Joseph Raz observou que um sistema judicial hipotético poderia ser de absoluta discricção, no sentido de que a convenção judicial seja a de decidir cada caso com base em arrazoamento e levando em consideração quaisquer considerações que pareçam relevantes. Esse sistema não seria arbitrário – os juízes decidiriam com base em razões, e também porque desse sistema “nós esperaríamos alguma regularidade das decisões dos tribunais” – mas nenhum precedente o restringiria. “É improvável”, observa Raz, “que tal sistema tenha existido ou existirá”, não somente porque “seria improvável que as decisões dos tribunais ao longo de um período de tempo refletiriam qualquer linha consistente acerca de qualquer questão”, mas também porque é ineficiente julgar cada problema novamente cada vez que ele apareça. Imaginar um sistema como esse, no entanto, nos ajuda a reconhecer que a relação entre precedente e razões é contingente. Os precedentes costumam incorporar razões, e seguir precedentes costuma ser uma boa maneira de evitar a reinvenção da roda; mas na tradição do *common law* é verificável uma linha de pensamento que afirma que não se deve supor que os precedentes não sejam nada mais que razões. É possível, diz essa linha de pensamento, que possamos nos referir à razão de uma decisão como se de alguma forma fosse a sua essência, mas identificar essa essência pode, com efeito, exigir algo mais que a simples análise da fundamentação judicial. (Tradução livre do monografista).

estabilidade e confiabilidade. Outrossim, esses sistemas são dotados de mecanismos que lhes garantem mobilidade e flexibilidade e, portanto, impedem o seu engessamento, conforme se verifica no item seguinte.

1.2 Dinâmica dos precedentes

O direito é constantemente confrontado com situações novas, que por sua vez exigem a adaptação das normas jurídicas e de sua aplicabilidade. Um sistema de precedentes, conquanto vise a isonomia, a segurança jurídica e a confiabilidade, não deve, porém, ser estático, o que levaria ao engessamento do ordenamento jurídico. A citação a seguir bem sintetiza as razões pelas quais se exige de um sistema de precedentes um caráter dinâmico:

O que se percebe é que existem diversos motivos para se resistir à ideia de estabilidade absoluta de precedentes estabelecidos há muito tempo. As mudanças na tecnologia, no comércio e na indústria, a complexidade das relações de gênero e de família, aumentam a sensação de que as normas jurídicas, assim como as doutrinas, estão em descompasso com as novas necessidades e aspirações da sociedade. Para além disso, novas concepções sobre os direitos fundamentais aumentam a sensação de que o respeito aos precedentes, em vez de representar o conhecimento adquirido no passado, acaba por se tornar um peso morto no progresso social, ou seja, no afã de se estabelecer uma justiça formal de tratar de modo igual os casos similares (*treat like cases alike*) se chegaria a uma injustiça ou desigualdade substantiva. (BARBOZA, 2014, p. 225)

A necessidade de atualização do direito diante de fatos novos, evidentemente, não é um problema apenas do direito contemporâneo, mas do direito de todas as épocas. Diante dessa necessidade, os sistemas precedentistas desenvolveram uma série de conceitos e mecanismos relativos à maneira como se formam e são aplicados os precedentes, como também ao modo pelo qual se distinguem, se superam ou são impugnados. Em outras palavras, para utilizar a expressão de CRAMER (2016, p. 138): “por dinâmica do precedente, entenda-se o estudo dos comportamentos do magistrado (ou do tribunal) e das partes diante do precedente”.

O primeiro desses conceitos a ser analisado é o de distinção, ou *distinguishing*, para utilizar o termo inglês, a seguir explicado nas palavras de DUXBURY (2008, p. 113):

“Distinguishing” is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the *ratio decidendi* from *obiter dicta* – separating the facts which are materially relevant from those which are

irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.⁸

Uma vez que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* fora abordada no item precedente, interessa neste ponto a distinção entre casos. Imagine-se uma situação em que a parte autora pleiteia a aplicação de determinado precedente ao seu caso. O juiz, porém, ao julgar a ação, embora reconhecendo uma aparente semelhança entre o fato antigo, que deu origem ao precedente, e o atual, reconhece neste um traço distintivo, que o diferencia daquele. Afastará, desta maneira, a incidência do precedente.

“In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law”⁹ (DUXBURY, 2008, p. 114). A distinção ainda acarreta como efeito a emenda do precedente, para assinalar que ele não possui aplicabilidade ao último caso, de maneira que a distinção representa um limitado poder criativo conferido ao juiz (DUXBURY, 2008, p. 115). Entretanto, os juízes devem se utilizar da distinção não por possuírem uma agenda de criação jurídica, mas por reconhecerem que a aplicação do precedente ao caso atual não produzirá o que consideram ser o efeito almejado (DUXBURY, 2008, p. 115).

Já a superação do precedente (*overruling*) ocorre quando da sua revogação, que pode ser feita pelo mesmo tribunal que o criou ou por tribunal de hierarquia superior, neste último caso, por força do *stare decisis*. A respeito do *overruling*, DUXBURY (2008, p. 116-117) esclarece o seguinte:

Distinguishing is obviously one method by which judges loosen the grip of precedent. So too is overruling. When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead. Sometimes a precedent is overruled because it has somehow outstayed its welcome. Sometimes a court may consider it unfortunate that the precedent was created in the first place. Overruling, like distinguishing, provides the courts only with limited law-creating power, for [...] if courts

⁸ “Distinguishing” é quando um juiz promove a distinção entre um caso e outro. O ponto pode parecer óbvio, mas merece ser explicado por que fazemos distinções tanto dentro de um mesmo caso como entre casos. Distinguir dentro de um mesmo caso representa principalmente o problema de diferenciar *ratio decidendi* e *obiter dicta* – separando os fatos materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. Já a distinção entre casos é, em primeiro lugar, uma questão de demonstrar as diferenças factuais entre o caso anterior e o caso presente – de demonstrar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão. (Tradução livre do monografista).

⁹ Normalmente, a distinção deixa inalterada a autoridade do precedente, pois o tribunal não declara que a decisão anterior configura uma norma ruim, ela pode ser boa, porém é inaplicável. (Tradução livre do monografista).

could overrule precedents whenever they liked it would make no sense to speak of a doctrine of *stare decisis*.¹⁰

Nos Estados Unidos são utilizadas algumas técnicas que se situam entre o *distinguishing* e o *overruling*. Dentre essas técnicas, merece destaque o *signaling*, ou sinalização, que representa basicamente a atitude de um tribunal de oferecer sinais à sociedade de que um precedente está em vias de ser revogado (*overruling*).

Nesses casos, a corte reconhece que o precedente se mostra ineficaz ou ultrapassado, mas se recusa a revogá-lo de imediato em favor da previsibilidade e da segurança jurídica. Dessa forma, passa a apontar em suas decisões os problemas relacionados ao precedente, sem, contudo, deixar de aplicá-lo, a fim de não prejudicar as partes que pautaram seu comportamento com base na regra vigente, mas ao mesmo tempo advertindo os possíveis futuros litigantes de que devem adequar seu comportamento com o precedente que deverá substituir o atual. Nas palavras de MARINONI (2016b, p. 244), a técnica assim se justifica:

Importa frisar, por fim, que a decisão que adota a técnica da sinalização não revoga o precedente, embora reconheça o equívoco da sua *ratio decidendi*. Essa aparente contradição é desfeita pelos motivos que fazem a Corte ver que, em alguns casos, é melhor manter o precedente do que revogá-lo: quando a segurança jurídica justifica a manutenção do precedente até que os jurisdicionados tenham plena consciência de que não devem mais considerá-lo para pautar as suas atividades, é adequado sinalizar para a circunstância de que o precedente não tem mais autoridade e que, portanto, o *overruling* deverá ocorrer em breve.

Com base na sinalização, os tribunais de instância inferior podem promover o *anticipatory overruling*, que não é uma modalidade de superação propriamente dita, mas de antecipação de efeitos de um novo precedente a ser estabelecido (CRAMER, 2016, p. 158). Dessa maneira, quando um tribunal inferior tem sólidas razões para acreditar que um precedente será substituído por outro por uma corte de instância superior, do qual já se antevê o teor, passa a aplicar o futuro precedente em detrimento do antigo. Nesse sentido:

Há o *anticipatory overruling*, espécie de não-aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta

¹⁰ A distinção é certamente um modo pelo qual os juízes afrouxam o domínio do precedente. O mesmo acontece com o *overruling*. Quando os juízes revogam um precedente, eles se recusam a segui-lo ao declarar que, quando os fatos de um caso são materialmente idênticos aos do caso em questão, uma nova decisão deve ser aplicada em seu lugar. Às vezes um precedente é revogado porque, de alguma maneira, custou a ser bem recebido. Outras vezes pode ser que o tribunal considere lamentável que o precedente tenha sido criado em primeiro lugar. O *overruling*, assim como *distinguishing*, conferem aos tribunais um limitado poder criativo, pois se os juízes pudessem se prevalecer sobre os precedentes sempre que desejassem, nenhum sentido haveria em se falar em uma doutrina de *stare decisis*. (Tradução livre do monografista).

última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado. Essa técnica não deve ser confundida com a não aplicação do precedente pela sua mera discordância quanto ao mérito. Assim, em sendo aplicável o precedente, e não sendo a hipótese de *anticipatory overruling*, tratar-se-á de decisão em *error in judicando* ou *in procedendo*. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 506)

Dentre as modalidades de superação, a superação parcial (*overriding*) baseia-se na máxima segundo a qual, quem pode o mais, pode também o menos, ou seja, se o tribunal pode revogar o precedente em sua integralidade, pode também revogar parte dele e excluir de sua incidência uma variante de casos que antes eram por ele abarcados (CRAMER, 2016, p. 152). A respeito do *overriding* e de sua distinção do *overruling*, segue a seguinte lição:

Para que se compreenda o instituto, é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratio decidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial, para substituí-la. O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 507)

Outrossim, há a necessidade de diferenciar o *overriding* do *distinguishing*, já que ambos apontam para a redução do raio de incidência do precedente. O cerne da distinção está em que o *distinguishing* se baseia no reconhecimento de que o fato novo é distinto do anterior, ao passo que o *overriding* se baseia numa questão de direito, pela qual se altera o entendimento jurídico acerca do precedente, conforme adiante se lê:

Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no, *distinguishing* uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 507-508)

A modulação (*prospective overruling*), por sua vez, representa basicamente a aplicação do precedente somente a casos futuros. O precedente, via de regra, aplica-se aos casos pretéritos, presentes e futuros. No entanto, pode ocorrer que a aplicação de um novo precedente a casos pretéritos e presentes afigure-se injusta, pelo fato de o jurisdicionado ter pautado sua conduta em conformidade com o antigo precedente. Do mesmo modo, é tradicionalmente

retroativa a eficácia temporal da superação dos precedentes (PEIXOTO, 2016, p. 214). As principais justificativas para a modulação de efeitos do precedente (ou de sua superação), podem ser constatadas na citação seguinte:

Tal posição teria por base o entendimento de que o precedente seria incorreto, não devendo prevalecer. Logo, ele seria, desde o início, *injusto*, não mais devendo ser aplicado, independente do momento em que aquele fato jurídico ocorreu. O entendimento jurisprudencial não evolui. Ele seria simplesmente errado desde o início. O problema é que essa postura pode criar problemas sistêmicos pelo fato de que, se havia determinado entendimento pacificado, os sujeitos de direito devem ter se comportado conforme ditava a Corte em questão. E essa aplicação retroativa seria capaz de gerar inúmeros prejuízos, sejam financeiros, sejam aos seus direitos em geral, quebrando suas expectativas normativas. E mais: tendo em vista a impossibilidade de modificação dos efeitos temporais, os tribunais, por conta das consequências trazidas pela superação daquele entendimento, poderiam se sentir forçados a mantê-lo, mesmo quando manifestamente *incorreto*. (PEIXOTO, 2016, p. 214)

Dessa forma, a modulação se constitui num fator que facilita a flexibilidade do sistema de precedentes, mas deve, porém, ser utilizada com cautela, precisamente para evitar o uso indiscriminado do *overruling* por parte dos tribunais, conforme adiante se explica:

Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto, tornando-se mais um elemento que imponha a estabilidade da jurisprudência.

A fixação da revogação com regra prospectiva acabaria por facilitar ainda mais o *overruling* de precedentes, especialmente no Brasil, em que um dos desafios do *stare decisis* é a estabilização do posicionamento dos tribunais superiores. Como mencionado anteriormente, tanto nos EUA, como na Inglaterra, a estabilidade jurisprudencial é muito maior. E há de se perceber que, nos EUA, o tratamento da modulação de efeito é vacilante e, na Inglaterra, sequer é admitida, o que lhes impõe um maior cuidado para a revogação de precedentes e talvez seja um dos fatores que façam com que a alteração jurisprudencial seja mais rara nesses países. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 499-500)

Existe, finalmente, a possibilidade de impugnação do precedente, logo quando de sua criação, por meio dos meios recursais cabíveis em cada sistema jurídico. O interesse na impugnação do precedente pode ser não somente o de combater a decisão tomada no caso concreto, mas prevenir que ela seja aplicada a casos futuros, prejudicando o mesmo litigante que a decisão originária desfavoreceu.

Importa considerar ainda que a impugnação, através de meio recursal específico para esse fim, só tem justificativa caso se trate de precedente vinculante, uma vez que caso se trate

de precedente persuasivo, este somente servirá como reforço de argumentação em casos futuros. Nesse sentido:

Diante de um precedente proferido num caso concreto, a parte prejudicada pode, por óbvio, interpor o recurso cabível para tentar a modificação do resultado.

No entanto, como o precedente tem dois capítulos, um relativamente à criação da norma jurídica geral (ou a *ratio decidendi*), e outro referentemente ao julgamento do caso concreto, a parte também pode recorrer do primeiro. Logo, a parte tem interesse para impugnar os dois capítulos do precedente ou apenas qualquer um deles.

Para se admitir o interesse recursal contra o capítulo da norma do precedente, este deverá ser, necessariamente, vinculante. Com efeito, apenas no precedente vinculante a norma forjada tem importância e deve merecer a atenção da parte, uma vez que pode condicionar os julgamentos de seus eventuais casos futuros. Se o precedente é persuasivo, a norma fixada constitui mero reforço de argumentação, não havendo nenhuma vantagem concreta para sua modificação. (CRAMER, 2016, p. 166)

O interesse recursal pode apresentar-se também para a parte vencedora, porém esse interesse não será decorrente da sucumbência, como o é para a parte vencida, mas da procura de melhora ou aperfeiçoamento da decisão em favor da parte (CRAMER, 2016, p. 167). “Considerando essa forma de ver o interesse recursal, a parte vencedora pode impugnar o capítulo da norma do precedente, para tentar melhorar essa parte do julgado e, com isso, facilitar o encaixe da *ratio decidendi* em suas causas futuras” (CRAMER, 2016, p. 167).

Chega-se, dessa forma, ao final do presente item. Estes dois primeiros itens do presente capítulo tiveram por finalidade estabelecer um esboço da teoria dos precedentes, elucidando conceitos que serão necessários ao longo de todo o desenvolvimento da pesquisa. Nos itens seguintes são analisados o papel dos precedentes na História, bem como os sistemas do *Common* e do *Civil Law* e o fenômeno de sua aproximação, sem o que não é possível a compreensão do papel desempenhado pelos precedentes no direito contemporâneo, especialmente no Brasil.

1.3 Os precedentes na História

A análise do papel dos precedentes ao longo da História do Direito se mostra de suma importância, pois demonstra uma forte presença dos precedentes em toda a tradição jurídica ocidental, inclusive no direito romano. Essa constatação surpreende na medida em que os

sistemas de direito codificado, muito indiferentes ou mesmo resistentes em sua origem à ideia de precedentes, são tradicionalmente considerados os herdeiros mais diretos do direito romano, diferentemente dos sistemas do *Common Law*, que teriam recebido do direito romano uma influência menos decisiva.

Este esboço histórico, por exigência de síntese, se estrutura sobre três eixos básicos, a saber: o direito romano, o direito comum (*utrumque ius*), e o direito português. Dessa maneira, são analisados o papel e a importância dos precedentes em cada um desses contextos. Trata-se do percurso da história do direito até o sistema jurídico brasileiro.

A análise do direito romano deve levar em consideração as diferentes fases da história política da Roma Antiga. Acredita-se que Roma tenha sido fundada em 753 a.C. Dessa data até 510 a.C. foi o período monárquico, ou da realeza, tendo sido a cidade governada por sete reis, de Rômulo a Tarquínio, o Soberbo (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 9). O segundo período foi a República, que teve duração de 510 a 27 a.C., quando se estabeleceu a última fase, o Império, tendo por primeiro imperador Otávio Augusto (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 9).

O período imperial é dividido em Alto império (27 a.C. a 284 d.C.), que corresponde ao apogeu do poderio romano, e Baixo império (284 a 565 d.C.), que corresponde ao seu período de declínio (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 9). O Império romano do Ocidente subsistiu até 476 d.C., com a deposição de Rômulo Augusto, o último imperador. No entanto, a parte oriental do império, com sede em Constantinopla, atual Istambul, subsistiu até 1453, na figura do Império Bizantino.

Nos primórdios da história romana, ainda no período da realeza, cabia aos sacerdotes a aplicação do direito, numa relação de interação entre o direito (*ius*) e a religião (*fas*) (TUCCI, 2004, p. 32-33). Nesse período, assim como aconteceu nos períodos primitivos de todos os povos, as fontes do direito se encontravam no costume (*mos maiorum*) (ALVES, 1999, p. 12). No entanto, ao final do período da realeza e início do período republicano começa a afirmar-se, em oposição ao poder sacerdotal, a magistratura pública com atribuições específicas relacionadas ao *jus civile* (TUCCI, 2004, p. 32-33).

O período republicano é marcado pelas tensões entre o patriciado (a elite romana) e os plebeus. Os plebeus cada vez mais se queixam da tirania da magistratura patriciana e exigem, num primeiro momento, a criação de magistraturas plebeias e, num segundo momento, a possibilidade de ascensão de membros da plebe às magistraturas patricianas. O confronto termina, no terceiro século antes de Cristo, com a vitória da plebe, “que conseguiu admissão a todas as magistraturas patricianas e a quase todas as funções sacerdotais, ao passo que o patriciado jamais

obteve ingresso nas magistraturas plebeias (tribunato e edilidade da plebe) (ALVES, 1999, p. 15).

As fontes do direito nesse período são o costume, a lei e os editos dos magistrados (ALVES, 1999, p. 21). Quanto às leis, eram de duas espécies, a *lex rogata*, “a proposta de um magistrado aprovada pelos comícios, ou a de um tribuno da plebe votada pelos *concilia plebis*, desde quando os plebiscitos se equipararam às leis” (ALVES, 1999, p. 22), e a *lex data*, “lei emanada de um magistrado em decorrência de poderes que, para tanto, lhe concederam os comícios” (ALVES, 1999, p. 22). A Lei das XII Tábuas (450 a.C.), um grande marco na história jurídica de Roma, era uma *lex data*. Quanto aos editos dos magistrados, tem-se o seguinte:

O edito, a princípio, era a proclamação oral de uma espécie de programa do magistrado (o daqueles com função judiciária é um verdadeiro inventário do todos os meios de que o particular pode valer-se para obter a tutela de seu direito), no início do ano em que desempenharia a magistratura. Posteriormente, de oral, passou ele a ser escrito numa tábua pintada de branco, e, por isso, denominada *album*. Com o tempo, essa designação (*album*) foi dada ao próprio edito. (ALVES, 1999, p. 23)

Dentre esses magistrados encontravam-se os cônsules, os censores, os pretores e os governadores das províncias (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 47). Dignos de menção mais específica, no contexto do escopo deste trabalho, são os editos dos pretores, que se constituíam em juízes investidos na *jurisdictio* (faculdade de dizer o direito), ou seja, possuíam atribuições relativas à própria criação do direito, notavelmente em matéria processual, conforme adiante se descreve:

O pretor exerce influência considerável sobre o direito romano. Como todos os demais magistrados jurídicos é investido da *jurisdictio*, mas, além disso, é o detentor do *imperium*. Pela *jurisdictio* pode, *não julgar*, mas *dizer o direito* e organizar os processos confiados aos jurados. Ao assumir o cargo, o pretor indica no edito, afixado no forum, os casos em que vai usar o *imperium*, as diversas fórmulas que dará às partes para a sanção de seus direitos. (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 48).

No que tange à autoridade dos precedentes, nesse período, merecem destaque os registros nas obras de Cícero (TUCCI, 2004, p. 45), que trata do precedente como *exemplum*, e assinala seu relevante papel como instrumento de convencimento dos juízes, ainda que não possuíssem caráter vinculativo. Numa época em que os juízes normalmente não eram versados em direito, pois o conhecimento deste cabia aos pretores, a invocação de um precedente, a demonstrar que caso semelhante fora julgado de tal ou qual forma, afigurava-se um fator forte de persuasão (TUCCI, 2004, p. 51).

O período subsequente, do Alto império (27 a.C. a 284 d.C.) ou Principado, é marcado pela promulgação da *Lex Julia Privatorum*, pelo imperador Augusto, em 17 a.C., que assinala uma ampla concentração de prerrogativas na figura do *princeps* (o imperador), assim como uma significativa redução das prerrogativas dos pretores (TUCCI, 2004, p. 52-53). As fontes do direito nesse período foram o costume, a lei, os senatoconsultos, os editos dos magistrados, as constituições imperiais e as respostas dos prudentes (CRETILLA JUNIOR, 1999, p. 53).

Como consequência da redução das prerrogativas dos pretores, a prática dos editos também se limita consideravelmente, conforme adiante se descreve:

No principado, o pretor – cujos editos, como vimos, eram os mais importantes na república –, embora não tenha perdido, até o tempo do imperador Adriano, o poder de, indiretamente, criar direitos por meio da elaboração de seu edito (*ius edicendi*), na prática se limita, geralmente, a copiar os editos de seus antecessores, e isso, por certo, pela posição subalterna a que ficou reduzida, nesse período, a pretura.

Assim, o edito já se consolidara, de fato, pela ausência de modificações introduzidas pelos pretores que se sucediam. E essa situação de fato se converteu em situação de direito na época de Adriano, imperador que ordenou ao jurisconsulto Sálvio Juliano a fixação definitiva do texto dos editos. A esse trabalho foi dada a denominação *Edictum Perpetuum* (Edito Perpétuo) pela imutabilidade de seu texto. A partir de então, o pretor somente pode criar novos meios processuais por solicitação do *princeps* ou do Senado. (ALVES, 1999, p. 35-36)

Quanto aos precedentes, nesse período, ganham destaque as constituições imperiais como precedente persuasivo (TUCCI, 2004, p. 57), assim como o efeito vinculante do *ius respondendi ex auctoritate principis*, segundo o qual, por determinação de Augusto, aos juristas mais destacados foi conferida a autoridade de elaborar pareceres com força vinculante aos juízes (TUCCI, 2004, p. 64). A respeito das constituições imperiais, cita-se o seguinte:

Ao príncipe jamais foi atribuída expressamente a faculdade de legislar, mas em decorrência dos poderes que absorveu das magistraturas republicanas e da *auctoritas* que lhe era reconhecida, ele, desde o início do principado, interferiu na criação do direito, com as *constituciones* (constituições imperiais), que não indicavam um ato formal do *principes* para criar direito, mas qualquer ato dele emanado, e que eram fonte de direito quando continham novo preceito jurídico. (ALVES, 1999, p. 37)

Havia quatro tipos de constituições imperiais: *edicta*, *mandata*, *rescripta* e *decreta* (ALVES, 1999, p. 37). Destes, cumpre destacar, no contexto de estudo sobre precedentes, as constituições do tipo *rescripta*, que se constituíam em “respostas que, sobre questões jurídicas, o imperador dava a particulares, ou a magistrados e juízes” (ALVES, 1999, p. 37), e as constituições do tipo *decreta*, que “eram sentenças prolatadas pelo príncipe em litígios a ele

submetidos em primeira instância ou em grau de recurso” (ALVES, 1999, p. 37). Já a respeito do *ius respondendi ex auctoritate principis* e seu efeito vinculante, a seguinte passagem é esclarecedora:

Antes de Augusto, os jurisconsultos, na qualidade de particulares, respondiam a consultas das partes litigantes, dos magistrados ou dos juízes. Augusto, no entanto, introduziu o *ius respondendi ex auctoritate principis*, pelo qual o príncipe concedia a alguns juristas uma espécie de patente – o *ius publice respondendi* – pela qual as suas respostas tinham maior autoridade que a dos juristas sem o *ius respondendi*.

Os imperadores que sucederam a Augusto continuaram a observar essa prática.

Sob Adriano, os *responsa prudentium* (respostas dos jurisconsultos) abrangem não só os pareceres dados sobre casos concretos (como na época de Augusto), mas também as opiniões em geral dos jurisconsultos com *ius respondendi*, manifestadas sobre casos concretos ou em obras doutrinárias. Os *responsa prudentium* eram, então, fonte de direito – portanto, vinculavam o juiz – se constituíssem *opinio communis* (opinião comum). Se houvesse divergência de opiniões, o juiz julgava segundo o que lhe parecesse melhor. (ALVES, 1999, p. 37-38)

Já o período que coincide com os séculos finais do império (Baixo império ou Dominato, que vai da morte de Diocleciano em 284 até a morte de Justiniano em 565), se chega ao fim do Principado e as fontes do direito são reduzidas a apenas uma fonte preponderante: a lei imperial (TUCCI, 2004, p. 70-72). Se, no Principado, “o imperador ainda *partilha* de certo modo seu poder com o senado (*diarquia*, governo de dois), neste período, o traço político dominante é a concentração de poderes nas mãos do soberano que governa sozinho (*monarquia*, governo de um só) (CRETILLA JUNIOR, 1999, p. 63). Acerca das fontes do direito nesse período, a citação que segue fornece um acurado resumo:

No principado, por ser período de transição, encontramos o maior número de fontes de direito que Roma conheceu sob determinado regime. No dominato (monarquia absoluta), há apenas uma fonte atuante de criação organizada do direito: a *constituição imperial* (então denominada *lex*). A seu lado, persiste o costume como fonte espontânea de direito, mas limitado a preencher as lacunas das constituições imperiais, sendo pequena sua importância para o direito privado. No entanto, continuam em vigor as normas decorrentes das fontes de direito dos períodos anteriores, desde que não revogadas. E, como no início do dominato é muito acentuada a decadência da jurisprudência – não há grandes juristas, mas, sim, práticos -, conhecem-se essas normas não do estudo da própria fonte, mas, indiretamente, por intermédio da obra dos jurisconsultos clássicos. Por isso, ao lado das constituições imperiais (*leges*), vigora, também, o direito contido nessas obras (e que é denominado, nesse tempo, *iura*). (CRETILLA JUNIOR, 1999, p. 43-44)

Portanto, essa época não deixou de ser marcada por uma grande valorização da jurisprudência clássica como precedente. A tradição do direito romano, que até então se

perpetuava de maneira não-escrita, passa a ser objeto de obras escritas, por meio de sínteses e antologias, que continham máximas e decisões casuístas, cujo escopo era precisamente serem utilizados como precedentes, desde que não contrariassem as constituições imperiais mais recentes (TUCCI, 2004, p. 76-77).

Em 476 d.C. ocorre a queda da parte ocidental do império. Porém, sua porção oriental, com sede em Constantinopla, sobrevivera. Lá, um de seus mais notáveis imperadores, Justiniano, determinou, em 530, a elaboração do *Corpus Iuris Civilis*, que se consistiu na compilação e sistematização de todos os fragmentos das obras dos antigos juristas romanos, transformando-os em lei vigente (TUCCI, 2004, p. 85). Essa obra monumental se dividia em quatro livros: o *Codex* (ou *Código Justiniano*), que reunia todas as constituições imperiais romanas; o *Digesto* (ou *Pandectas*), que reunia os comentários dos grandes juristas romanos; as *Institutas*, que representavam uma espécie de manual para o estudo do direito romano; e as *Novelas*, que continham as constituições imperiais com data a partir de 534 d.C. (CRAMER, 2106, p. 23-24).

O sistema de Justiniano, tal como contido no *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil), que só adquiriu esse nome no século XII, por distinção ao *Corpus Juris Canonici* (Corpo de Direito Canônico), pode ser resumido da seguinte forma:

- a) o imperador era o único intérprete da lei, *motu proprio* ou *in iudiciis*; e
- b) questões de interpretação poderiam surgir, diante de um caso concreto, permitindo-se ao juiz, nesta hipótese, para superar as possíveis contradições ou lacunas da lei, valer-se de regras consuetudinárias e da autoridade das sentenças precedentes proferidas em casos análogos. (TUCCI, 2004, p. 89)

Após a morte do Justiniano, em 565, o direito romano continuou sendo aplicado no Império de Constantinopla, com base no *Corpus Iuris Civilis*, porém foram introduzidas diversas modificações que se fizeram necessárias diante do surgimento de casos novos (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 77).

Por fim, concluída a análise do papel dos precedentes no direito romano, desde a sua formação como instituição separada da religião, no fim do período da realeza, até a decadência final do império, tem-se que os precedentes ocuparam um papel de elevada importância, ainda que sob diferentes formas. Destacam-se, dessa maneira, o papel dos costumes, mesmo após o período primitivo; os editos dos pretores, que se constituíam verdadeira criação judicial do direito; as constituições imperiais, sob as formas de *rescripta* e *decreta*; e as obras dos juristas, tantas vezes formadas a partir do estudo de casos concretos.

O período subsequente, a Idade Média, é assinalado por uma marcante presença da religião cristã na vida social. Entretanto, a influência do direito romano persiste e se manifesta sob variadas formas. Faz-se importante destacar seu importante papel na formação do direito eclesiástico (direito canônico), que se aproveitou largamente dos institutos jurídicos e da estrutura do direito romano.

Quanto à influência deste no direito secular, merece destaque o trabalho promovido pela *Escola dos Glosadores*, surgida no século XI na Escola de Bolonha (ALVES, 1999, p. 57). “Os glosadores têm essa denominação graças às notas (glosas) – interlineares ou marginais, isto é: entre as linhas ou à margem do texto – que faziam à codificação de Justiniano” (ALVES, 1999, p. 58). A influência da Escola dos Glosadores entendeu-se do século XII ao século XIII, tendo aos glosadores sucedido os pós-glosadores, que dominaram nos séculos XIV e XV. Sobre as características de ambas as escolas, é esclarecedora a seguinte citação:

Entre as duas escolas, não há, propriamente, antagonismo, mas, sim, transição. Com efeito, embora o interesse dos glosadores, no estudo do *Corpus Iuris Civilis*, fosse de ordem prática, primeiro se fazia mister o conhecimento do direito romano pela interpretação da codificação de Justiniano. Aclarado, segundo a ciência da época, o sentido dos preceitos jurídicos romanos – obra dos glosadores – surgia nova dificuldade: a de aplicar, na prática, o direito romano, adaptando-o às necessidades do tempo, e entrosando-o com as normas jurídicas então vigentes. Para esse fim convergiram os esforços dos pós-glosadores. Daí, terem abandonado o estudo direto das fontes romanas e se utilizado dos preceitos trazidos à luz pelas glosas de seus antecessores. (ALVES, 1999, p. 58-59)

“Os pós-glosadores também são chamados *comentadores*, por terem escrito longos comentários, onde fundiam as normas de direito romano, de direito canônico e dos direitos locais, fazendo surgir o que se denominou *direito comum*” (ALVES, 1999, p. 59). Com efeito, essa forma de direito é assim denominada por diversas razões, dentre as quais a unificação das fontes do direito, o fato de ser objeto único (ou comum) de toda a ciência jurídica europeia, tratado segundo os métodos de uma única ciência jurídica no contexto de um ensino universitário também comum a toda a Europa e, ainda, versado numa língua comum: o latim (TUCCI, 2004, p. 103). Acerca desse renascimento do direito romano em pleno período medieval, a historiadora francesa Régine PERNOUD (1994, p. 104-105) apresenta um interessante panorama:

Esse Direito concebido por militares, funcionários, comerciantes, conferia aos proprietários o *jus utendi et abutendi*, direito de usar e abusar, em completa contradição com o direito consuetudinário de então, mas eminentemente favorável aos que detinham riquezas, principalmente móveis. Àqueles, com razão, esta legislação parecia infinitamente superior aos costumes existentes

para assegurar e garantir bens, tráficos e negócios. O Direito romano do qual vemos renascer a influência na Itália, em Bolonha principalmente, foi a grande tentação do período medieval; ele foi estudado com entusiasmo não só pela burguesia das cidades, mas, também, por todos os que viam nele um instrumento de centralização e de autoridade. [...] Também é reivindicado, adotado, estendido para as potências que procuravam, então, a centralização: pelo imperador, primeiro, depois pelo Papa.

A época é marcada pela tensão entre o poder temporal e o eclesiástico, em que os monarcas procuravam manter e ampliar suas prerrogativas em detrimento das imunidades da Igreja, como, por exemplo, em relação ao direito do Papa de nomear os bispos. Embora se constituíssem de ordenamentos distintos, o direito civil e o canônico formavam uma unidade, conforme descreve TUCCI (2004, p. 109):

[...] o *ius civile* e o *ius canonicum* representavam dois conjuntos normativos distintos, embora coordenados e indissolúveis, formando um sistema unitário de normas universais (*unum ius*). Dessa interação institucional, os juízes dos tribunais eclesiásticos passaram a aplicar, como direito subsidiário, as regras romanas; e as cortes laicas dispunham do mesmo modo de princípios gerais do direito canônico.

No que respeita à questão dos precedentes, entre os glosadores e comentaristas da Escola de Bolonha, reconhecia-se que uma série contínua de decisões acabava por formar um costume, costume esse que se caracterizava como *consuetudo curiae* (precedente judicial), distinto do *consuetudo loci* (costume da comunidade) (TUCCI, 2004, p. 113). Era admitida a força vinculante dos precedentes após a reiteração de diversas decisões em mesmo sentido, a formar um costume judicial (TUCCI, 2004, p. 115).

No âmbito do direito canônico, o vértice de toda a ordem jurídica encontrava-se no Sumo Pontífice e, embora silenciassem as fontes canônicas acerca do valor dos precedentes nos tribunais eclesiásticos, “é certo que as decisões pontificais e a jurisprudência reiterada, considerada *stylus fori*, projetavam eficácia *inter alia*” (TUCCI, 2004, p. 116). A esse respeito:

Já o conceito de *stylus*, cunhado pelos canonistas, significava o procedimento seguido em uma determinada cúria, mas também indicava o próprio conteúdo das decisões judiciais, que passam a ser vinculantes *intra muros*, ou seja, revestiam-se de natureza de *precedente* para ser considerado em processos análogos, a serem julgados apenas pelo mesmo tribunal. Excetuavam-se dessa regra os estilos da Cúria Romana, que tinham eficácia universal, sobretudo quando o Papa impunha a sua observância. (TUCCI, 2004, p. 118)

Verifica-se, portanto, que mesmo no *utrumque ius*, que consistiu numa forte marca do direito ocidental, os precedentes desfrutavam de grande privilégio, nas figuras dos *consuetudo curiae* e dos *stylus*, especialmente os da Cúria Romana, que se aplicavam universalmente.

Cumpra salientar que a época foi marcada pelo papel da Igreja, mais precisamente na figura dos papas, na qualidade de árbitra das relações internacionais, donde advém sua grande influência sobre o direito da época.

O direito comum carregava uma fundamental carga de influência do direito romano, muito embora possuísse uma configuração inovadora, especialmente pela sincronia entre o direito secular e o canônico. Conforme já assinalado alhures, esse sistema jurídico acabou por ser adotado em toda a Europa, inclusive em Portugal e Espanha.

Desse modo, finalmente se chega à análise do papel dos precedentes em Portugal, donde provém a tradição jurídica do Brasil. Cumpra salientar, inicialmente, que entre o século VIII e o limiar do século XI não havia produção jurídico-literária na Península Ibérica, de maneira que o direito possuía caráter completamente consuetudinário (TUCCI, 2004, p. 119-120). Como é característico do direito costumeiro, havia uma especial valoração dos precedentes, chamados *façanhas*, cujo conceito é a seguir elucidado:

As façanhas eram sentenças, casos julgados notáveis e duvidosos, cuja força vinculante decorria da autoridade reconhecida a quem as proferia e aprovava, bem como da exemplaridade do caso. Ficavam assim servindo como aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez ocorresse. A decisão judicial, no contexto do direito espanhol pré-compilado, também recebia o nome de *facienda* ou *fazaña*, que se origina de *'hazaña*, significando fato memorável, e, portanto, “decisão judicial com valor de precedente”. Estas *fazañas* eram transmitidas por memória oral ou, também, mediante anotações pessoais feitas pelos juízes que proferiam os julgamentos. (TUCCI, 2004, p. 120-121)

A presença dessas formas primitivas de precedentes judiciais marca a história jurídica na Península Ibérica no período anterior à adesão dos reinos ibéricos ao direito comum (*utrumque ius*), que acabou ocorrendo de maneira tardia. Em Portugal, particularmente, a adesão ao direito comum somente se ultimou no reinado de D. Dinis (1279-1325) (TUCCI, 2004, p. 125).

Desde o início da monarquia, vigorava no direito português o princípio segundo o qual a *interpretação autêntica* das leis era prerrogativa do monarca (TUCCI, 2004, p. 131), porém, com o aumento das atribuições administrativas do monarca, esse papel foi sendo declinado pelos reis portugueses (TUCCI, 2004, p. 133), de maneira que D. Manuel I (1495-1521) acabou por delegar a incumbência da interpretação autêntica das leis ao tribunal superior do reino, a Casa da Suplicação, ficando reservadas para decisão do rei aquelas dúvidas em que o tribunal manifestasse hesitação ou aquelas que o próprio tribunal entendesse conveniente submeter à apreciação régia (TUCCI, 2004, p. 133).

As decisões tomadas no âmbito dessa atribuição conferida à Casa da Suplicação eram anotadas no chamado “livrinho” e passaram a ser chamadas de *assentos*, os quais tinham valor idêntico ao das leis interpretadas, projetando eficácia vinculativa sobre futuros julgamentos de casos semelhantes (TUCCI, 2004, p. 135). A seguir, um conceito mais preciso do antigo instituto:

Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no § 1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no § 5º do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação. (SIFUENTES, 2005, p. 190)

Os assentos constituíam, portanto, um conceito tipicamente português de precedentes vinculantes. O instituto foi mantido, porém severamente restringido, por ocasião da promulgação da chamada *Lei da Boa Razão*, um grande marco na história jurídica de Portugal, datada de 18 de agosto de 1769, ao tempo em que era primeiro-ministro do reino, Sebastião José de Carvalho e Mello, o Marquês de Pombal.

A esse respeito, SIFUENTES (2005, p. 190-191), esclarece que a Lei da Boa Razão “estabeleceu que somente valeriam os assentos das Relações quando fossem confirmadas pela Casa da Suplicação, com o que se pretendeu obter uma unidade orgânica e funcional”, isso porque o período antecedente fora considerado um verdadeiro “estado de confusão”, “considerando-se que não só a Casa de Suplicação poderia editar os assentos, como também as relações do Porto e de Ultramar (Goa, Baía e Rio de Janeiro)”.

A época era marcada pelo pensamento iluminista, cujo reflexo político era despotismo esclarecido, que consistia numa nova concepção de exercício do poder absoluto dos monarcas. O objetivo da reforma pombalina era o fortalecimento do direito nacional, privilegiando as ordenações pátrias e os precedentes do reino, com a redução da influência do *Corpus Iuris Civilis* e dos santos cânones, que haviam granjeado enorme prestígio nos séculos precedentes (TUCCI, 2004, p. 139).

Dessa maneira, os casos de lacunas da lei deveriam ser solucionados com o recurso à *boa razão*, entendida como a *recta ratio* dos pensadores iluministas do período, conforme a seguir descrito:

Assim sendo, pelas novas premissas, as eventuais lacunas da legislação nacional deveriam agora ser supridas pela *recta ratio*, devendo-se, pois, recorrer às fontes do direito romano que não a afrontassem e ao direito das

gentes aceito pelas nações civilizadas e, outrossim, às “leis das nações cristãs iluminadas e polidas”, quando a questão versasse sobre matéria política, econômica, mercantil ou marítima. (TUCCI, 2004, p. 141)

Entretanto, o poder da Casa da Suplicação de proferir assentos terminou em 28 de março de 1822, por decisão dos membros da “Mesa Grande da Relação”, antes mesmo que fosse promulgada a constituição daquele ano (SIFUENTES, 2005, p. 191). Havia chegado o tempo em que o Parlamento monopolizaria a criação do direito, por meio das leis e códigos, cabendo aos magistrados a aplicação estrita dos textos legais. Os assentos, conquanto consistissem, de certa maneira, numa expressão de função legislativa dos tribunais, não poderiam ter lugar nesse novo estado de coisas:

A história dos assentos já foi feita e não pode ser repetida aqui. Mas também ela constitui um ponto de fricção entre o direito do legislador e o direito dos juízes. Na verdade, sempre que se confere força vinculativa geral a uma decisão judicial está-se a atribuir como que uma função legislativa aos tribunais superiores. E isso não pode deixar de ser visto com desconfiança por um legislador cioso das suas prerrogativas. Foi o que aconteceu no período pombalino, quando a prática dos Assentos foi severamente restringida. E foi igualmente o que aconteceu em 1822 quando - embora mantendo em vigor os Assentos anteriores - se impede que o STJ decida em terceira instância, fixando as orientações jurisprudenciais. (HESPANHA, 2011, p. 233)

Nessa época, não somente os assentos foram suprimidos, como também a própria Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, criado em 1833, como a mais alta corte de Justiça do Reino. O papel da nova corte estava adaptado ao espírito dos novos tempos, de maneira que não se tratava de um tribunal propriamente judicial, mas político, cuja função precípua era precisamente a de sindicância dos magistrados que não cumprissem a lei:

Não se tratava porém de uma instituição com a mesma lógica constitucional da que hoje temos. A sua agenda constitucional era, sobretudo, política. Ou seja, não era, nomeadamente, uma terceira instância de recurso judicial, que a constituição expressamente afastava. Tratava-se, isso sim, de criar mais uma instância de controlo político dos tribunais. Antes de mais, de sindicância judicial dos magistrados indiciados pelas cortes por erros de ofício. Mas, sobretudo no sentido de assegurar a conformidade das sentenças com o direito. (HESPANHA, 2011, p. 225)

O perfil individualista dos magistrados e a liberdade de interpretação da lei, no entanto, foram responsáveis por gerar uma grande confusão no direito lusitano (SIFUENTES, 2005, p. 191), até que, em 1926 foi promulgado um decreto objetivando dar estabilidade à jurisprudência, sem, contudo, contribuir para a sua estagnação (SIFUENTES, 2005, p. 195). Ocorreu que, mesmo que o decreto não utilizasse o termo, o próprio tribunal supremo passou a

chamar de “assentos” às decisões proferidas nesses conflitos de jurisprudência (SIFUENTES, 2005, p. 196).

Porém, com a aprovação do Código Civil de 1966, foi conferida aos assentos a característica normativo-jurídica própria das normas gerais do sistema jurídico (SIFUENTES, 2005, p. 198). Ou seja, voltou novamente a existir no ordenamento português um instituto jurídico denominado *assento*, consistente num enunciado jurisprudencial com força de lei. A seguir, uma breve descrição do conceito e do regime jurídico do “novo” assento:

Consistia o *assento* na solução de um conflito de jurisprudência, caracterizado pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, relativamente à mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou agravo. O assento deveria ser firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada de seus membros (intervenção de pelo menos 4/5 dos seus juízes), por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil português. (SIFUENTES, 2005, p. 200)

Ocorreu, porém, que a demanda por independência do legislador voltou a se insurgir contra os assentos, de modo que, por ocasião da reforma constitucional de 1982, foi proibida a eficácia externa dos atos interpretativos. No entanto, foi somente em 1993 que o Supremo Tribunal declarou formalmente a inconstitucionalidade, ainda assim parcial, do artigo 2º do Código Civil, na parte em que “atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral”, tendo sido mantida a eficácia dos assentos perante os tribunais judiciais (SIFUENTES, 2005, p. 198-199).

Os assentos foram finalmente extintos pela reforma processual de 1995, que revogou todos os dispositivos do CPC que regulavam a matéria, assim como o art. 2º do Código Civil, e os substituiu pelos *acórdãos para uniformização de jurisprudência* (SIFUENTES, 2005, p. 211).

Apesar disso, os assentos insistem em retornar de uma forma ou de outra. Assim, o Supremo tem rematado os acórdãos por meio de uma fórmula hábil, que se traduz no seguinte: “...razão por que se uniformiza a jurisprudência nos seguintes termos...”, ou seja, uma expressão enunciativa que bem poderia ser denominada de *assento* ou *súmula* (SIFUENTES, 2005, p. 225). Aliás, é o que passou a fazer a seção criminal do Supremo Tribunal, ao nominar como *assentos* os enunciados dos acórdãos proferidos em uniformização de jurisprudência (SIFUENTES, 2005, p. 225).

Por fim, é importante sublinhar a grande similitude entre as tradições jurídicas de Brasil e Portugal. Ao tempo do período colonial a estrutura judiciária brasileira representava

uma mera extensão da estrutura judiciária lusitana. Havia, inclusive, dois tribunais de segunda instância, a Relação da Bahia, implantado em 1609, e a Relação do Rio de Janeiro, implantada em 1751.

Embora esses tribunais tenham se arrogado a prerrogativa de emitir assentos normativos, a Lei da Boa Razão (1769) veio a estabelecer que somente os assentos dos tribunais inferiores que fossem confirmados pela Casa da Suplicação de Lisboa é que passariam a ter valor normativo (TUCCI, 2004, p. 147).

Essa situação perdurou até a chegada de D. João VI ao Brasil, quando, por força do Alvará de 10 de maio de 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa da Suplicação para o Brasil, com autorização para emissão de assentos normativos no âmbito de sua jurisdição (TUCCI, 2004, p. 147).

Ulteriores detalhes acerca da história do direito jurisprudencial no Brasil são abordados no item 2.1 do capítulo seguinte. Importa simplesmente considerar neste item que a ideia de precedentes obrigatórios não é estranha às tradições jurídicas de Portugal e Brasil, aliás muito pelo contrário, como demonstra a história dos assentos normativos. Estes não possuíam, é bem verdade, as mesmas características do precedente do *Common Law*, porém representavam um importante mecanismo destinado à uniformização da jurisprudência e à imposição de certa racionalidade às decisões judiciais.

Certa disciplina precedentalista não é tampouco estranha às tradições jurídicas das quais deriva a tradição luso-brasileira, como o direito romano da Antiguidade e o *utrumque ius* da Idade Média. Entretanto, as distinções das características dessa tradição com as características mais estritas do sistema precedentalista do *Common Law* serão oportunamente consideradas no desenvolvimento do presente trabalho.

Nos itens subsequentes são analisados os sistemas jurídicos do *Common* e do *Civil Law*, em que são considerados os aspectos históricos das duas grandes famílias dos sistemas jurídicos. A abordagem desses aspectos fora do presente item justifica-se pela sua importância na conformação dos dois sistemas, sem o que se torna difícil caracterizá-los.

1.4 Os precedentes no *Civil Law*

Na formação dos sistemas da *Civil Law*, mostrou-se de fundamental relevância a influência do direito romano. O estudo do direito romano nos países que mais tarde adotaram o

direito codificado possuía uma importância tal que ultrapassava os limites do interesse acadêmico. Buscava-se a materialização, tanto quanto possível, desse direito, nos ordenamentos jurídicos da época. Revestido pela aura do requinte acadêmico, nos países europeus continentais, o apreço pelos institutos e normas do direito romano levou os juristas a uma atitude de desprezo pelo direito costumeiro. O que ocorreu na França é paradigmático do que ocorreu em toda a Europa continental:

O principal acontecimento que marcou, em sua história, o direito francês é a importância que tiveram, na França, os estudos do direito romano. Do início do século XIII ao fim do século XVIII, o ensino do direito foi realizado nas Universidades, na França, com base no direito romano; os “costumes” não eram ensinados, ou só o eram tardiamente e de maneira muito acessória. Todos os juízes das jurisdições superiores, bem como os advogados, tinham de ser, desde a época de São Luís, “juristas”, isto é, licenciados em direito com formação universitária. Na França, os tribunais continuaram a aplicar em princípio os costumes, mas sua maneira de considerá-los, de interpretá-los, de adaptá-los, de completá-los, foi influenciada, de forma mais ou menos consciente, pelo direito erudito, que nas Universidades haviam aprendido a encarar como um modelo e que era, para eles, uma verdadeira razão escrita. (DAVID, 1997, p. 1)

Estefânia BARBOZA (2014, p. 67-68), em sentido um pouco diverso, aponta para o fato de que na conformação histórica dos sistemas do *Civil Law*, estiveram presentes influências de outras vertentes jurídicas:

Em que pese o sistema de tradição de *civil law* – também conhecido como romano-germânico – ter ligação com o direito da antiga Roma, sua evolução também o distancia dele, até porque muitas de suas características derivam de fontes diversas do direito romano, como direito canônico, direito comercial, as revoluções e ciência do direito.

O direito romano teve sua maior influência pelo estudo do *Corpus Juris Civilis*, que foi estudado junto com o direito canônico nas Universidades. O direito comercial, diversamente dos demais, é o direito pragmático, que teve maior desenvolvimento na Itália no período das Cruzadas.

A autora, porém, admite o protagonismo do direito romano no meio acadêmico, ao admitir que “foi desenvolvida uma ciência do direito pelos professores das Universidades, direito este teórico e erudito, que se aproximava mais do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época” (BARBOZA, 2014, p. 69).

Conforme assinalado no item antecedente (item 1.3), o direito romano exerceu profunda influência sobre o direito europeu na Baixa Idade Média, especialmente a partir da difusão do chamado direito comum, elaborado na Universidade de Bolonha a partir do século XI. A época, no entanto, era marcada por um forte protagonismo da Igreja na cena social, o

que trazia reflexos no campo jurídico, de maneira que havia um forte vínculo entre o direito eclesiástico (ou canônico) e o direito secular, de modo que a junção de ambos constituía o chamado direito comum (*utrumque ius*).

Foi assim que, chegados o Renascimento e a Idade Moderna, assistiu-se a um renovado interesse pelo direito romano em sua pureza sistemática, ocasião em que a sua adoção foi enxergada como meio de eliminar do direito suas influências eclesiásticas. Nesse sentido, esclarece CRAMER (2016, p. 24):

A passagem do Direito romano como objeto de interesse acadêmico para se tornar a fonte inspiradora de um novo sistema jurídico ocorre com o Renascimento. Com a revalorização das referências culturais da Antiguidade clássica promovida pelo Renascimento, o Direito romano, que já vinha sendo estudado há algum tempo pelas universidades, passa a ser notado pelos governantes e surge como a melhor opção para criar um novo sistema jurídico apartado dos valores religiosos e condizente com o ideário humanista.

A historiadora francesa Régine PERNOUD (1994, p. 106) apresenta o seguinte exemplo que ilustra o quão forte se tornou a influência do direito romano sobre os costumes, a partir do Renascimento:

A influência deste direito será tão forte que, no século XVI, a maioria, que era aos doze anos para as meninas e quatorze para os rapazes, na maior parte dos costumes, vai ser transferida para a idade fixada em Roma, isto é, vinte e cinco anos (em Roma, a maioria não importava muito, pois o poder dos pais sobre os filhos perdurava durante toda a vida). Era uma nítida regressão sobre o Direito consuetudinário, que permitia à criança adquirir, muito jovem, uma verdadeira autonomia, sem que, por isso, a solidariedade da família lhe fosse negada.

Ao longo dos séculos, porém, a aplicação do direito romano vai ganhando matiz próprio em cada nação, em virtude das modificações nele introduzidas pelas leis e decisões dos tribunais locais, de modo a formar, em cada país, um direito nacional respectivo.

A esse tempo, a magistratura gozava de enormes privilégios e decidia de acordo com os próprios interesses e os interesses da nobreza, com a qual possuía estreitas relações, conforme a seguir descrito:

Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – como também mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de

magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.

Os juízes pré-revolucionários negavam-se a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo. Não havia qualquer isenção para “julgar”. (MARINONI, 2016b, p. 45)

Tal situação provocou a ira dos revolucionários franceses, os quais, na sede de romperem com o *status quo* vigente reformularam completamente o papel dos juízes, buscando limitar o seu poder. Cria-se, desse modo, a figura do juiz *bouche de la loi* (boca da lei), o qual deveria exercer o papel estritamente técnico de declarar a lei nos casos concretos. A criação do direito era encarada como prerrogativa exclusiva do Parlamento, conforme adiante se descreve:

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).

Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao Legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais. (MARINONI, 2016b, p. 46)

Surgem, dessa maneira, os códigos, ou seja, textos legais que, segundo o ideal da época, deveriam conter todo o direito, de forma clara e concisa, com disposições de caráter geral e abstrato, cabendo à magistratura apenas o domínio e a aplicação de seu conteúdo:

[...] a negação do *jus commune* na Europa continental levou à necessidade de codificação. Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito. Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo “completo” e de valor geral. Para além disso, é de ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente.

Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto. (BARBOZA, 2014, p. 71-72)

Nesse contexto, os juízes deveriam se valer de um raciocínio lógico-jurídico denominado subsunção. Por meio desse raciocínio, o julgador, ao analisar o caso concreto e

verificar seu enquadramento ao texto da norma legal, aplica-a a esse caso, fazendo valer a vontade da lei.

O grande marco na codificação do direito aconteceu em 1804, com a promulgação do Código Civil francês, o chamado *Code Napoléon*, que influenciou a criação de vários outros códigos na Europa, na América do Sul e, até mesmo, na América do Norte, especialmente na província de Quebec, no Canadá, e no estado da Louisiana, nos Estados Unidos (CRAMER, 2016, p. 27). Dessa maneira, “os códigos marcam, definitivamente, o *Civil Law* como um sistema em que as normas estão na lei, e não nas decisões judiciais, bastando ao juiz afirmá-las em seus pronunciamentos” (CRAMER, 2016, p. 27).

O sistema do *Civil Law* predomina na grande maioria dos países da Europa, da Ásia e da África, e vige em toda a América Latina (CRAMER, 2016, p. 28). Tradicionalmente, nos sistemas de *Civil Law*, o poder criativo dos juízes era somente admitido no processo de colmatação das lacunas da lei, e os precedentes possuíam efeito meramente persuasivo. Quanto ao papel dos precedentes no *Civil Law*, Patrícia Perrone Campos MELLO (2008, p. 48-49) estabelece o seguinte quadro:

Quanto à jurisprudência, sua importância como fonte variou conforme o período de desenvolvimento do *civil law*. No Estado pré-moderno, desempenhou um papel criativo e normativo, como já descrito. Durante a Modernidade, passou a uma função eminentemente declaratória e esclarecedora do direito. E, hoje, tem uma atuação cada vez mais relevante, muito embora, no *civil law*, as decisões judiciais, em regra, não sejam dotadas de força obrigatória.

Diversos fatores colaboraram para a valorização da jurisprudência como fonte. Em primeiro lugar, cabe ao Judiciário explicitar o significado dos comandos abstratos veiculados nas normas gerais de estilo romano, através da sua interpretação e aplicação aos casos que lhe são submetidos. Para que tal objetivo se cumpra, as cortes são chamadas a esclarecer e a aprimorar o teor das leis. Os códigos, por sua vez, envelheceram. Tronaram-se obsoletos diante da evolução social e econômica vivida, em que as mudanças tem ocorrido cada vez mais rapidamente. Em virtude disso, os tribunais adquiriram uma importante função de formular respostas para situações não previstas e de adaptar os antigos diplomas às novas realidades.

A segunda parte da citação supra, porém, aponta para o objeto do item 1.6, referente à aproximação entre as famílias do *Civil* e do *Common Law*, onde serão analisados os fatores que, no *Civil Law*, tem levado a uma preponderância cada vez mais elevada do papel dos juízes na conformação do direito. Porém, antes, no item seguinte, se procede a um estudo das origens e características do *Common Law*.

1.5 Os precedentes no *Common Law*

A origem do *Common Law* encontra-se na Inglaterra. Os demais países que o adotam, de maneira adaptada às suas respectivas realidades, o fizeram por influência desta, especialmente em virtude da colonização. Inicialmente, cumpre sublinhar, por oposição com o que aconteceu com o *Civil Law*, o papel que foi desempenhado, historicamente, pelo direito romano, na formação do direito inglês:

O renascimento dos estudos de direito romano, esse fenômeno europeu, permaneceu acadêmico na Inglaterra. As Universidades inglesas também ensinaram, é verdade, apenas o direito romano, mas sua influência foi desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário. Ao contrário do que aconteceu na França, onde as jurisdições que aplicavam os costumes locais caíram em desuso. As Cortes Reais que as substituíram não foram, em teoria, durante muito tempo, mais que jurisdições de exceção e, por esse motivo, não puderam acolher o “sistema” que o direito romano constituía; elas elaboram um novo direito, a *common law*, para cuja formação o direito romano desempenhou um papel muito limitado. (DAVID, 1997, p. 2-3)

CRAMER (2016, p. 24-25), complementa os esclarecimentos das razões pelas quais o direito inglês se manteve imune a uma mais profunda influência por parte do direito romano:

Apesar de também ter o estudo do direito romano em suas universidades, não conseguiu adotá-lo como direito vigente, porque, na época em que tal movimento ocorreu no continente europeu, o poder do rei inglês não era predominante, mas coexistia com o poder dos barões em seus respectivos territórios. Essa circunstância impossibilitou a construção de um direito uniforme, como fizeram os demais países, e determinou a formação de um Direito a partir das decisões das cortes, que levavam em conta, acima de tudo, os costumes locais.

As origens do *Common Law* remontam à invasão normanda do território inglês, mediante a vitória de Guilherme, o Conquistador, na Batalha de Hastings. Guilherme, duque da Normandia, região ao norte da França era primo do rei inglês Eduardo, o Confessor, e se considerava seu legítimo sucessor. Com a morte de Eduardo, em 1066, sem deixar filhos, foi coroado rei Haroldo II, que, no mesmo ano foi deposto por Guilherme, que se fez coroar Guilherme I da Inglaterra. O novo rei promoveu diversas inovações em campos diversos da política, do direito e da cultura, e é em seu reinado que se delineia de maneira mais precisa o surgimento do sistema do *Common Law*.

O *Common Law* não se confunde com o *utrumque ius* do continente europeu da Idade Média, muito embora a tradução de ambos os nomes seja a mesma: direito comum. A expressão

Common Law deve sua origem ao direito que então era aplicado pelas cortes reais, em distinção ao direito aplicado pelas cortes locais, conforme esclarece Estefânia BARBOZA (2014, p. 41):

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro.

Com o passar do tempo, entretanto, as cortes reais passaram a ser mais demandadas que as cortes locais, pois eram vistas como mais eficazes e modernas que as locais (CRAMER, 2016, p. 15) e, embora decidissem sobre normas de direito processual, como as relativas às condições para propositura de ações e a competência das cortes, passaram também a formar o direito material, não a partir de leis gerais, mas a partir de precedentes, conforme segue:

O *common law* não continha regras de Direito Material *a priori*, resultantes de um texto normativo, mas criava essas regras a partir dos julgamentos feitos pelas cortes reais. Esse modo de produção da norma se denomina *case law*. Na sua origem, o foco comum do *common law* era o Direito Processual, mais especificamente a competência das cortes, o tipo de ação judicial e os ritos processuais. O Direito Material foi sendo construído de precedente em precedente, de acordo com cada caso concreto. (CRAMER, 2016, p. 16)

Segundo René DAVID (1997, p. 10), essa mudança de enfoque, do direito processual para o direito material, mostrou-se ainda mais significativa com as reformas promovidas no direito inglês do século XIX:

No século XIX, uma importante reforma aboliu os diversos ritos processuais (*forms of action*) no âmbito dos quais desenvolvera-se a *common law*. As Cortes Reais tornaram-se, “*de jure*”, as jurisdições de direito comum na Inglaterra, o que já vinham sendo, “*de facto*”, há muito tempo. Seus ritos processuais foram simplificados e modernizados, tornando então possível, para os juristas ingleses, dedicar sua atenção em especial ao mérito do direito. No entanto, era tarde demais, nessa época, para acolher na Inglaterra o direito romano como se fizera vários séculos antes no continente, pois a *common law* e a *equity* existiam, com seus domínios e seus conceitos herdados das normas processuais antigas, e não se podia cogitar em abandonar nem uns nem outros.

A produção do direito ao modo do *case-law*, própria do *common law*, significa que o direito é criado de maneira jurisprudencial, de maneira que a decisão de um juiz num caso

específico constitui um precedente, que deverá ser observado nos julgamentos de casos semelhantes no futuro, conforme adiante se lê:

“Case-law” consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions. In a system based on case-law, a judge in a subsequent case must have regard to these matters; they are not, as in some other legal systems, merely material which he may take into consideration in coming to his decision. The fact that English law is largely a system of case-law means that the judge’s decision in a particular case constitutes a “precedent”.¹¹ (CROSS; HARRIS, 1991, l. 216-221)

O *case-law* revela o aspecto mais primordial da essência do *Common Law*, enquanto direito formado a partir de decisões judiciais acerca de casos concretos. A citação a seguir apresenta uma acurada síntese do sistema do *Common Law*, em que o elemento *case-law* destaca-se como seu elemento central:

[...] dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente. (BARBOZA, 2014, p. 46-47)

Apesar da importância de que os precedentes sempre gozaram no *Common Law* britânico, seu caráter vinculativo somente estabeleceu-se nas primeiras décadas do século XIX (CRAMER, 2016, p. 19). Até lá, os precedentes possuíam caráter persuasivo perante os juízes e tribunais, muito embora fossem sempre respeitados. Para que os casos julgados tivessem seu conhecimento difundido, eram elaborados tratados e coletâneas, como, por exemplo, o célebre *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, escrito entre 1235 e 1250, por Henry de Bracton, juiz da *Court of King’s Bench* (CRAMER, 2016, p. 16). Na sequência desse trabalho, surgiram os *Yearbooks*, “relatórios anuais que continham os casos julgados pelas cortes reais e os respectivos comentários sobre esses julgamentos” (CRAMER, 2016, p. 17), e, mais tarde, no século XVI, apareceram os “*Law Reports*, relatórios feitos por particulares (normalmente, um

¹¹ O “Case-law” consiste nas regras e princípios estabelecidos e utilizados pelos juízes na tomada de decisões. Num sistema baseado no *case-law*, um juiz num caso subsequente deve ter em conta essas questões; elas não são, como em outros sistemas legais, meramente materiais, as quais ele simplesmente pode levar em consideração ao tomar sua decisão. O fato de que o direito inglês é largamente um sistema de *case-law* significa que a decisão judicial em um caso particular constitui um precedente. (Tradução livre do monografista).

jurista), com o inteiro teor dos casos julgados nas cortes e as anotações sobre as questões mais relevantes desses casos” (CRAMER, 2016, p. 18).

A vinculatividade dos precedentes foi finalmente estabelecida pela *House of Lords*, que era o órgão de cúpula do Judiciário inglês à época, em 1861, no caso *Beamish v. Beamish*, decisão essa replicada em outro julgado, pela mesma corte de Justiça, no caso *London Tramway Company v. London County Council*, conforme adiante se descreve:

Although the rule was virtually settled in *Beamish v. Beamish*, the case which is most often cited as having finally established, for sixty-eight years, that the House of Lords was bound by its past decisions is *London Tramways v. London County Council*. The point at issue was the amount of compensation to be paid to the appellant company on its being taken over by the London County Council. The method of calculating this sum had been laid down four years earlier by the House of Lords when hearing a Scots appeal turning on similar legislation, and that method had been applied on an English appeal which had been heard by the House of Lords immediately afterwards. The only question considered in the later case was whether the House of Lords was bound by these earlier decisions and the conclusion reached was that it was bound by them.¹² (CROSS; HARRIS, 1991, l. 2068-2074)

Com essa decisão, “o *stare decisis* incorporou-se, definitivamente, ao *Common Law*, e as decisões das cortes superiores passaram a subordinar as cortes inferiores, assim como as cortes passaram a ser vinculadas às suas próprias decisões” (CRAMER, 2016, p. 21).

Desse modo, portanto, não se devem confundir *Common Law* e *stare decisis*. Trata-se de realidades distintas, embora profundamente interligadas, já que o *stare decisis* é atualmente um dos mais importantes elementos do *Common Law*:

[...] o *Common Law* não se confunde com o *stare decisis*. O *Common Law* nasceu como um sistema em que não havia direito legislado, sendo a norma jurídica produzida a partir unicamente das decisões das cortes reais. Por força desse método, era hábito buscar os casos julgados para buscar a existência de determinado direito. Ou seja, o *Common Law* emergiu como um sistema de *case law*, em que o direito se forma a partir dos casos julgados. No *stare decisis*, o precedente não constitui apenas a fonte de produção do direito, mas tem que ser seguido pelos órgãos judiciais, de sorte que os tribunais são vinculados às suas próprias decisões, e as decisões dos tribunais

¹² Embora a regra tenha sido virtualmente estabelecida em *Beamish v. Beamish*, o caso que com maior frequência é citado como aquele que finalmente estabeleceu, por sessenta e oito anos, que a Câmara dos Lordes estava vinculada por suas decisões anteriores foi *London Tramways v. London County Council*. O ponto discutido era o montante da indenização a ser pago à apelante por ter sido adquirida pela *London County Council*. O método de cálculo desse montante tinha sido estabelecido quatro anos antes pela Câmara dos Lordes quando acolheu um apelo escocês se voltando a uma legislação similar, e esse método acabou sendo aplicado em um recurso inglês, que fora acolhido pela Câmara dos Lordes imediatamente depois. A única questão considerada no último caso era se a Câmara dos Lordes estava vinculada a essas decisões anteriores e a conclusão a que chegou era que sim. (Tradução livre do monografista).

de hierarquia superior subordinam as decisões dos tribunais de hierarquia inferior. (CRAMER, 2016, p. 22)

O estabelecimento do *stare decisis* trouxe como resultado o engessamento das decisões judiciais, problema este que foi solucionado somente em 1966, quando a *House of Lords* outorgou aos tribunais o poder de superar seus precedentes, por meio de um ato intitulado *Practice Statement of Judicial Precedent* (CRAMER, 2016, p. 22).

Atualmente, o *Common Law* é adotado nos países de origem anglo-saxã, merecendo destaque: País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Estados Unidos da América (com exceção do Estado da Louisiana), Canadá (com exceção da província de Quebec), Austrália, Nova Zelândia, África do Sul e Índia, dentre outros países de língua inglesa ou membros da *Commonwealth* (CRAMER, 2016, p. 23).

Importa, por fim, tecer algumas considerações acerca das diferenças entre o *Common Law* inglês e o norte-americano. Cumpre registrar que, no princípio, após a independência dos Estados Unidos em 1776 havia no novo país um elevado clima de desconfiança em relação aos magistrados, o que teria feito com que os norte-americanos acabassem por adotar o *Civil Law*; no entanto, a influência cultural da antiga metrópole acabou se impondo e levando à adoção do *Common Law*, isso aliado a outros fatores como: a disponibilização de obras importantes de certos autores britânicos; a presença de advogados ingleses imigrados e colonos que haviam estudado em Londres; a presença de poucos juízes versados nas línguas dos países europeus do sistema do *Civil Law* e; por fim, o Código de Napoleão, de influência decisiva na conformação dos sistemas de *Civil Law*, só surgiria no início do século XIX (MELLO, 2008, p. 32-33).

Para a compreensão dos traços próprios do *Common Law* estadunidense, é necessária, entretanto, uma remissão a um importantíssimo evento da história inglesa: A Revolução Gloriosa de 1688. Esse evento teve por objetivo, assim como a Revolução Francesa, o combate ao absolutismo monárquico. Porém contrariamente à Revolução Francesa, que promoveu uma ruptura com o direito do *Ancien Régime*, na Inglaterra houve uma reafirmação do *Common Law* como elemento de limitação do poder real:

O Parlamento, com a Revolução Gloriosa, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, aí não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante do poder real. Ademais, a Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. [...]

De modo que a ideia de *supremacy of the English parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Esse direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao *common law*. (MARINONI, 2016b, p. 41)

O estabelecimento do princípio da supremacia do Parlamento teve como resultado, para as colônias, o controle de seus atos. Esse fator encontra-se na raiz do *judicial review* dos Estados Unidos, onde, após a Independência, o princípio da supremacia do Parlamento será substituído pelo princípio da supremacia do Judiciário:

As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do Parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes. Com o controle de legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer isto dizer que, no momento em que o princípio da supremacia do Parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial de seus atos, e, dessa forma, o broto do princípio da supremacia do Judiciário. Nesse sentido, o princípio inglês da supremacia do Parlamento, em vez de obstaculizar, na realidade colaborou para o desenvolvimento da ideia do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. (MARINONI, 2016b, p. 39-41)

Dessa maneira, assim como a Metrópole promovia o controle dos atos da colônia, verificando a sua conformidade com os atos do Parlamento britânico, nos Estados Unidos pós-independência, onde as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições “tornou-se praticamente ‘natural’ controlar as leis que contrariassem as Constituições dos estados que acabavam de adquirir independência” (MARINONI, 2016b, p. 40). As peculiaridades do sistema de Justiça americano são a seguir sintetizadas por Patrícia Perrone Campos MELLO (2008, p. 35):

[...] diferentemente do modelo inglês, em que vigorava a absoluta supremacia do Parlamento, os norte-americanos criaram um dos modelos de constitucionalismo mais destacados da atualidade, com o qual nasceram as idéias de *supremacia da constituição* e de *controle judicial da constitucionalidade das normas*, que integram hoje a própria concepção de *rule of law* norte-americano, conferindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos a posição de árbitro do sistema. Tais idéias eram desconhecidas na Europa de então e foram assentadas pela referida corte, em 1803, no caso *Marbury v. Madison* [...]

Marbury v. Madison constitui um precedente mais que emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos e que deu origem à ideia de controle da constitucionalidade das leis, que acabou por ser incorporado, ainda que de modos distintos do modelo norte-americano, aos

ordenamentos jurídicos de praticamente todas as democracias. O caso é descrito no item 2.3 deste trabalho. Importa mencionar, como conclusão do presente item, que no *Common Law* americano, assim como no *Common Law* inglês, os precedentes possuem papel de centralidade na formação e aplicação do direito, com o adicional de que, no sistema americano, é conferida aos magistrados a prerrogativa de promover o controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), dentre outras diferenças decorrentes da adaptação do sistema inglês à realidade dos Estados Unidos.

1.6 A aproximação entre *Civil* e *Common Law*

Tem-se verificado, nas últimas décadas, uma grande aproximação entre os sistemas do *Common* e do *Civil Law*. Antes, porém, de adentrar na análise das causas e consequências desse fenômeno, se mostra interessante apontar duas antigas e emblemáticas situações de convivência entre os dois sistemas: a do estado americano de Louisiana e a da província canadense do Quebec.

A Louisiana foi colonizada pelos franceses e comprada pelos Estados Unidos em 1803. Lá, as tentativas de implantação de um sistema jurídico nos moldes do *Common Law* fracassaram, entretanto, a influência desse sistema se fizeram fortemente sentir. O Estado possui uma farta produção legislativa e seu sistema desconhece o *stare decisis*, porém o grande respeito conferido aos precedentes judiciais demonstra que é possível uma convivência harmônica entre os princípios de ambos os sistemas, o *Civil* e o *Common Law*:

Ao explicar como um tribunal deveria interpretar e aplicar o direito da Luisiana em um caso em que dois artigos do Código Civil estavam em jogo, a Suprema Corte estadual sustentou que o juiz ou tribunal deveria observar, primeiramente, o Código e as demais fontes normativas diretamente aplicáveis. Se uma resposta satisfatória não for alcançada, admite-se o exame de decisões para solucionar o caso.

Mais do que isso, a possibilidade de reforma das decisões pelos tribunais superiores também incentiva os magistrados a seguir os precedentes. Os juízes sabem disso e os advogados também. Em razão disso, as alegações das partes costumam fazer referência a casos já decididos, o que possui efeito bastante persuasivo. (PUGLIESE, 2016, p. 92)

A província canadense do Quebec também possui histórico de colonização francesa e o francês é sua língua predominante até os dias atuais. O território adotou o direito codificado,

assim como a Louisiana, porém as decisões judiciais tomadas com base na lei escrita acabam por constituir-se em precedentes vinculantes, fazendo dessa província um outro exemplo de convivência harmônica entre os princípios do *Civil* e do *Common Law*, conforme adiante se descreve:

Ressalte-se, por fim, que os dois sistemas jurídicos – codificado e casuístico – interagem e exercem recíproca influência: quando o juiz decide com base na lei escrita, na Província de Québec, a sentença é considerada *precedente* vinculante. Todos os tribunais do Canadá sujeitam-se às decisões da Suprema Corte, situada em sua capital, Ottawa. (TUCCI, 2004, p. 170)

Quanto à aproximação, propriamente dita, entre *Civil* e *Common Law*, diversos são os fatores que podem ser apontados para tal acontecimento, mas podemos sintetizá-los em três principais: a *globalização*, a *procura de soluções de cada país para enfrentar as deficiências de seu sistema judiciário* e o *advento do constitucionalismo* (CRAMER, 2016, p. 29-32).

No que diz respeito ao primeiro desses fatores, a *globalização*, esta constitui um movimento relativamente recente, sobremaneira intensificado nas décadas subsequentes ao final da Guerra Fria. Uma das facetas do movimento globalizante é a velocidade conferida ao transporte de informações, conforme bem descreve BAUMANN (1999, p. 15-16):

Dentre todos os fatores técnicos da mobilidade, um papel particularmente importante foi desempenhado pelo transporte de informação – o tipo de comunicação que não envolve o movimento de corpos físicos ou só o faz secundária e marginalmente. Desenvolveram-se de forma consistente meios técnicos que também permitiram à informação viajar independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os “significantes” do controle dos “significados”. A separação dos movimentos da informação em relação aos movimentos de seus portadores e objetos permitiu por sua vez a diferenciação de suas velocidades; o movimento da informação ganhava velocidade num ritmo muito mais rápido que a viagem dos corpos ou a mudança da situação sobre a qual se informava. Afinal, o aparecimento da rede mundial de computadores pôs fim – no que diz respeito à informação – à própria noção de “viagem” (e de “distância” a ser percorrida), tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta, tanto na teoria como na prática.

A intensificação da mobilidade das informações atinge visivelmente todas as áreas da ciência, inclusive no campo jurídico, promovendo um intercâmbio de conhecimentos sem precedentes na história, propiciando, dessa maneira, a aproximação e a comparação entre sistemas jurídicos distintos. Outro efeito da globalização é, notavelmente, a competitividade e

a mobilidade do capital financeiro. A seguinte análise, focada na questão específica dos impostos, é capaz de fornecer uma ideia desse quadro:

Não estamos lidando, no caso do recolhimento de impostos, com um princípio qualquer, mas com o princípio da autoridade do Estado nacional. O valor deste imposto está relacionado à atividade econômica dentro de um determinado território – uma premissa que se torna cada vez mais fictícia diante das perspectivas do comércio mundial. Empresas podem produzir em um país, pagar impostos em outro e exigir investimentos públicos sob a forma de aprimoramento da infra-estrutura em um terceiro. As pessoas se tornaram mais móveis, e também mais engenhosas: se são ricas, podem encontrar e explorar brechas nas redes de captação do Estado ou, se dispuserem da competência requerida, empregar sua capacidade de trabalho onde lhes for mais vantajoso; ou, por fim, se forem pobres, podem emigrar para o lugar onde acreditam jorrar o leite e o mel. De sua parte o Estado nacional se enreda em contradições com suas tentativas de manter o isolamento. Pois para que haja concorrência na sociedade mundial os países precisam atrair capital, conhecimento e mão-de-obra. (BECK, 1999, p. 18-19)

A competitividade, por sua vez, pressiona os ordenamentos jurídicos dos países a sofrerem adaptações a fim de oferecerem um suporte jurídico condizente com as necessidades do mercado global. Basicamente, dos sistemas do *Common Law* se exige um maior apreço pelo instituto da lei, como forma de solução mais célere às necessidades de regulamentação jurídica de diversas matérias. Ao passo que, no *Civil Law*, a adoção de sistemas de precedentes é capaz de gerar maior previsibilidade das decisões judiciais, evitando que se frustrem as mais diversas expectativas, seja no campo das políticas públicas, seja no campo dos negócios privados. Nesse sentido:

Nesse contexto, os países do *Common Law* são incentivados a editar mais leis, para produzir a norma jurídica de forma mais rápida do que a partir dos casos julgados. E os países do *Civil Law* são estimulados a dar mais força aos precedentes, de modo que a resposta judicial sobre questões já julgadas se torne mais previsível. (CRAMER, 2016, p. 30)

Entretanto, o desenvolvimento da legislação nos países do *Common Law*, particularmente na Inglaterra, se deve ainda a outros fatores, alguns não tão recentes, a saber: a afirmação da supremacia do Parlamento, o triunfo dos ideais democráticos, a concepção do Estado de bem-estar social (*welfare state*) e o ingresso do país na Comunidade Europeia (MELLO, 2008, p. 27). O trecho a seguir explicita melhor esse quadro:

O triunfo das idéias democráticas, em meados do século XIX, legitimou, portanto, o desenvolvimento do direito através da lei. Esta se tornou, ademais, um instrumento essencial, quando do advento do Estado de bem-estar social,

um pouco mais tarde, diante da necessidade de se implementarem mudanças sociais rápidas, que não seriam possíveis através do *judge made law*. Em virtude disso, verificou-se um crescimento sem precedentes da legislação e a permanente afirmação da supremacia do Parlamento, cujos atos não se sujeitavam nem mesmo ao controle de constitucionalidade por parte do Judiciário. (MELLO, 2008, p. 28-29)

A corroborar essa análise do crescente papel da legislação no direito inglês, motivada em grande parte pelo Estado de bem-estar social, o comentário de René DAVID (1997, p. 11):

Convém assinalar, enfim, como um fenômeno típico do século XX, o novo papel representado no direito inglês pela legislação (*statute law*). Já no século XIX [...] a legislação trouxe importantes reformas estruturais ao direito inglês, por oposição aos séculos precedentes, nos quais – como, aliás, na França – ela representara um papel bastante modesto. Na época atual, o “*Welfare State*” (“Estado Social” ou “Estado de bem-estar social”) se esforça, na Inglaterra como na França, em criar uma nova sociedade, com mais igualdade e mais justiça. Neste contexto, a legislação e a regulamentação administrativa deverão desempenhar um papel primordial. O direito inglês, que até o século XX era um direito essencialmente jurisprudencial, atribui hoje uma importância cada vez maior à lei.

Ainda no que diz respeito à supremacia do Parlamento, deve ser assinalado que não existe revisão judicial na Inglaterra, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e boa parte do mundo. Trata-se, portanto, de mais um fator de valorização do instituto da lei, por meio do qual se faz possível a alteração constitucional, por maioria simples, muito embora esse expediente seja pouquíssimo utilizado:

A Grã-Bretanha tem uma Constituição “não-escrita”, ou seja, não existe um documento único especificando a composição e os poderes das instituições governamentais e os direitos dos cidadãos. Em vez disso, estes são definidos por certo número de leis básicas – como a Magna Carta, de 1215, a Declaração dos Direitos do Homem, de 1689, e os Atos dos Parlamento, de 1911 e 1949 – princípios da lei comum, costumes e convenções. O fato de que a Constituição não é escrita leva a duas importantes implicações. A primeira é que isto a torna inteiramente flexível, pois ela pode ser alterada pelo Parlamento da mesma forma que as outras leis – por majorias regulares, e não por supermajorias [...]

A outra implicação importante da constituição não-escrita é a ausência de revisão judicial: não existe nenhum documento constitucional escrito com estatuto de “lei maior”, contra o qual possam as cortes testar a constitucionalidade da legislação regular. Embora o Parlamento normalmente aceite e se sinta ligado às regras da Constituição não-escrita, ele não está formalmente preso a elas. Por isso tratando-se de mudanças ou de interpretação da Constituição, pode-se dizer que o Parlamento – isto é, a maioria parlamentar – é a autoridade máxima ou soberana. (LIPHART, 2003, p. 36)

Por fim, o ingresso do Reino Unido na Comunidade Europeia figura como elemento que promoveu ainda mais a importância das leis no sistema inglês, em decorrência dos compromissos impostos pelo organismo supranacional, no sentido de exigir a regulamentação jurídica de diversas matérias:

O ingresso do país na Comunidade Europeia prestou-se a acentuar ainda mais sua aproximação com o direito legislado. A necessidade de cumprir compromissos internacionais assumidos perante os demais Estados europeus, em especial no tocante à formação do mercado comum e ao respeito aos direitos humanos, constituiu um elemento provocador da produção de leis. Neste ponto, contudo, tais compromissos estabeleceram limites para a atuação parlamentar: esta deveria se conformar às normas comunitárias, havendo mesmo quem afirmasse uma necessidade de adoção de uma Constituição escrita pela Inglaterra. (MELLO, 2008, p. 29)

Esse último fator, contudo, deixou de existir após a saída definitiva do Reino Unido da União Europeia, o famoso *Brexit*, conforme fora decidido num referendo popular de 23 de junho de 2016, e cujo processo foi ultimado no dia 31 de janeiro de 2020, quando o Reino Unido finalmente deixou de pertencer ao bloco. Apesar disso, é de se supor que a influência criada na legislação britânica durante o tempo em que o país esteve ligado à União Europeia perdurará ainda por um bom tempo.

Tratados os fatores que ocasionaram a aproximação dos sistemas do *Common Law* aos sistemas do direito codificado, mister se faz a análise dos fatores que tornam os sistemas do direito codificado mais próximos do *Common Law*.

Cumpra considerar, em primeiro lugar, que um importante fator de aproximação entre as duas tradições, nos países do *Civil Law*, como no caso do Brasil, é a perda do protagonismo dos códigos (CRAMER, 2016, p. 31). Surgiram novas áreas de domínio do direito que demandaram a criação de leis especiais, apartadas dos códigos. Ao lado disso, as intensas transformações sociais passaram constantemente a tornar obsoletas vastas partes das antigas leis e códigos, de maneira que o legislador tem optado por termos normativos mais abertos e abrangentes, capazes de abarcar um maior contingente de condutas e situações no presente e no futuro. Nesse sentido, segue o seguinte esclarecimento:

[...] as mudanças sociais, que se tornaram cada vez mais frequentes e rápidas a partir da metade do século passado, tem exigido uma legislação mais aberta e flexível do que os códigos.

Tal fato tem levado à produção de um maior número de leis especiais e, principalmente, à adoção da técnica legislativa de textos normativos abertos, com conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos indeterminados são

textos legais diferentes para o *Civil Law*, porque não definem conduta, mas fixam valores que devem ser interpretados pelo juiz em cada caso concreto. Com os conceitos indeterminados, o Judiciário passou a desempenhar uma função efetivamente criativa do direito, sendo certo que as decisões judiciais se tornaram relevantes para identificar a norma jurídica derivada desse tipo de texto legal. (CRAMER, 2016, p. 31)

No mesmo sentido, William PUGLIESE (2016, p. 29), acrescenta que mesmo os códigos passaram a conceber uma textura normativa mais aberta, conforme adiante se lê:

Essa espécie de leis especiais foi batizada pela doutrina de “microssistemas de direito”. Alguns autores, inclusive, viram neste fenômeno o anúncio do fim do sistema codificado, o que não se confirmou. Fato é que a incessante criação de normas demonstra a insuficiência dos códigos, enquanto a permanente reconstrução e os adendos aos sistemas normativos noticiam a inviabilidade de a Lei ser vista como fonte única do Direito.

Deve-se observar, porém, que o sistema codificado continuou buscando soluções para manter-se em vigor. A maior delas foi a inclusão nos códigos das chamadas cláusulas gerais abertas, que permitem o manejo dos conceitos normativos pelo intérprete. Por meio delas os códigos deixaram de ser monumentos inertes e passaram a admitir uma carga ainda maior de interpretação e de valoração das regras pelo magistrado.

Outra causa de aproximação encontra-se no *constitucionalismo*, entendido como o protagonismo cada vez maior conferido à constituição, que deixa de ser apenas um diploma que contém a estrutura do Estado e uma descrição meramente formal dos direitos fundamentais, mas que passa a conter os princípios e as normas que regem todo o sistema jurídico. Acerca do impacto desse fenômeno no ordenamento legal, tem-se o seguinte:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais estavam circunscritos à lei, torna-se exato agora afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais (MARINONI, 2016b, p. 57)

É nesse contexto que se inserem os sistemas de controle de constitucionalidade das leis, conforme acrescenta MARINONI (2016b, p. 58):

Não há dúvida de que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Ora, se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle da constitucionalidade da lei, embora tenham reservado essa função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais,

exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo.

Além disso, tem-se ainda a ascensão do pós-positivismo, que trouxe a distinção entre princípios e normas, e estabeleceu a prevalência dos primeiros sobre as segundas (CRAMER, 2016, p. 31). Nesse contexto, tendo em vista que os princípios também comportam descrição demasiado genérica e aberta, demanda-se a atividade jurisdicional a estabelecer o seu devido alcance a aplicação aos casos concretos, de maneira que, também por essa razão, se teria alargado o poder criativo dos juízes no *Civil Law*.

Para Ronald Dworkin, porém, não se trata, aí, de um poder criativo dos juízes, mas de uma função interpretativa. Sustentando a distinção, como também a complementaridade entre princípios e normas, Dworkin apresenta estas como a manifestação explícita daqueles. Dessa maneira, o sistema jurídico é dotado de completude, na medida em que, na ausência de uma norma explícita, o juiz extrai sua decisão a partir dos princípios, interpretando o direito neles contido, e não o criando.

Dworkin rejeita, dessa maneira, que o precedente se configura como uma peça de criação do direito, semelhante a uma peça legislativa, e sua força gravitacional, ou seja, sua influência sobre decisões judiciais futuras, se baseia na equidade que consiste em tratar de modo igual os casos semelhantes, e não no poder de uma norma jurídica supostamente criada por meio dele. Nas suas palavras:

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado. Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então este fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empreiteiro que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o empreiteiro pague indenizações, mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo. (DWORKIN, 2010, p. 176)

A visão de Dworkin constitui uma reproposição da chamada teoria declaratória da jurisdição, porém com roupagem contemporânea (MARINONI, 2016b, p. 45). Essa teoria fora apresentada originalmente na obra de William Blackstone, no século XVIII. Para o autor, os juízes não criam o direito, mas tão somente declaram o direito já contido no ordenamento jurídico. E, no caso do *Common Law*, o direito “espelharia tanto costumes gerais (‘costumes estabelecidos’ e ‘regras e máximas estabelecidas’), quanto os costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições” (MARINONI, 2016b, p. 26). Grosso modo, portanto, os princípios ocupam, na teoria de Dworkin, o lugar que os costumes ocupavam na teoria de Blackstone.

Naquele tempo, opuseram-se à teoria de Blackstone, de maneira ácida de impiedosa, Jeremy Bentham e John Austin (MARINONI, 2016b, p. 26), que sustentavam enfaticamente o papel criativo da jurisdição, representando a assim chamada teoria constitutiva. Contemporaneamente, a contrariar o posicionamento de Dworkin e na qualidade de representante da teoria constitutiva, merece destaque a figura de H. L. A. Hart. (2009, p. 174-175), que a seguir expõe sua visão do direito, aplicada ao precedente:

[...] qualquer que seja a autoridade da norma derivada de um precedente, ela é compatível com o exercício dos dois seguintes tipos de atividade, criadora ou legislativa, por parte dos tribunais sujeitos a essa norma. Por um lado, os tribunais que julguem uma causa posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida no precedente; para tanto, restringem a norma extraída do precedente, admitindo exceções não consideradas anteriormente ou, no caso de terem sido consideradas, deixadas em aberto. Esse processo de “distinguir” o caso anterior envolve a descoberta de alguma diferença juridicamente pertinente entre o caso passado e o atual, sem que a natureza dessas diferenças jamais possa ser determinada exhaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente, os tribunais podem desconsiderar uma restrição encontrada na norma tal como foi formulada a partir do caso anterior, com a justificativa de que não é exigida por nenhuma norma estabelecida mediante lei positivada ou precedente judicial. Isso equivale a ampliar o alcance da norma. Apesar dessas duas formas de atividade normativa, deixadas em aberto pela força obrigatória do precedente, o sistema inglês de precedentes acabou por produzir, com o uso, um conjunto de normas das quais um vasto número, tanto de grande como de menor importância, é tão preciso quanto qualquer norma legislada. Essas normas só podem, a partir de então, ser alteradas através de legislação nova, como declaram frequentemente os próprios tribunais em casos cujo “mérito” parece apontar em sentido contrário às exigências dos precedentes estabelecidos.

Hart, entretanto, não atribui aos juízes um poder criativo amplo e condizente com o poder do Parlamento, e reconhece as limitações desses poderes ao afirmar que “não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha [...], mas também,

[...] o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais”, uma vez que só podem ser exercidos em casos específicos (HART, 2009, p. 352).

Esta última análise apresentada, acerca das teorias declaratória e constitutiva, conquanto não tenha correlação direta com o escopo do presente item, ao dizer respeito à natureza do precedente judicial, interessa, porém, tanto ao *Common Law* como ao *Civil Law*, dada a relevância que os precedentes vêm adquirindo no segundo sistema. Além do mais, muito embora ambas as teorias preconizem pelo respeito aos precedentes, ainda que por meio de fundamentos distintos, há outras consequências a considerar.

Desse modo, colocando o debate sob a ótica do escopo geral do presente trabalho, tem-se que o *déficit* democrático do Poder Judiciário se afigura muito maior diante da teoria constitutiva do que diante da teoria declaratória, demandando do Poder Judiciário uma responsabilidade muito maior frente ao dever de zelar pela sua legitimidade democrática. Afinal, criar o direito representa uma responsabilidade muito mais grave que a de declarar o direito, ainda que esta também não seja sempre uma tarefa fácil.

O presente capítulo encerrou-se com a abordagem da aproximação entre as grandes famílias do *Civil* e do *Common Law*, de fundamental importância para a compreensão do panorama jurídico internacional hodierno. O segundo capítulo, por sua vez, promove a abordagem do papel desempenhado pelos precedentes no direito brasileiro e, como não poderia deixar de ser, dos impactos da aproximação das duas grandes famílias do direito no ordenamento jurídico pátrio. Conforme adiante se pode vislumbrar, já é considerável em nosso sistema o arcabouço de institutos jurídicos que se querem inspirados no *Common Law*, sobretudo após a promulgação do novo Código de Processo Civil, de 2015.

2 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A abordagem elaborada no primeiro capítulo, acerca da teoria e dinâmica dos precedentes segundo o modelo do *Common Law* permitiram elucidar algumas das características fundamentais desse sistema jurídico, dentre elas o fato de que nele o direito é construído casuisticamente, a partir dos casos concretos com que se depara o Poder Judiciário no seu mister de promover a resolução dos litígios que lhe são propostos.

Por sua vez, a abordagem do papel desempenhado pelos precedentes na tradição jurídica da qual o Brasil é herdeiro, seja na fase do direito romano, seja na fase do *utrumque ius* da Idade Média, seja ainda no direito lusitano, permitiram observar que o papel dos precedentes nessas tradições sempre conservou características fundamentalmente diferentes daquelas do *Common Law*.

A análise dos antecedentes históricos e características próprios dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, a seu turno, reforçam essa conclusão, porém, o panorama da aproximação entre ambos os sistemas permite concluir que há um forte grau de permeabilidade à influência recíproca dos dois sistemas, que aliás tem se verificado com cada vez maior evidência.

A abordagem do presente capítulo, por sua vez, tem por finalidade analisar o papel desempenhado pelos precedentes no direito brasileiro, por meio dos institutos jurídicos da jurisprudência, das súmulas, dentre as quais a súmula vinculante, das decisões proferidas em sede de controle concentrado e difuso de controle de constitucionalidade e os incidentes de uniformização da jurisprudência.

A doutrina precedentalista brasileira, ou ao menos parte importante dela, costuma apresentar esses institutos como expressão de um sistema de precedentes, ainda que incompleto, e como frutos da aproximação do sistema jurídico pátrio com os sistemas do *Common Law*. Obras, como as de Luiz Guilherme MARINONI (2016b) e Patrícia Perrone Campos MELLO (2008) dedicam capítulos inteiros de suas páginas a analisar os mencionados instrumentos como sendo ligados a uma disciplina de precedentes.

Essa abordagem, como se verá ao término do capítulo final deste trabalho, é bastante questionável. Entretanto, ainda que os instrumentos expostos neste capítulo não se identifiquem com verdadeiros precedentes, segundo os conceitos da doutrina do *Common Law*, é inegável

que, assim como os precedentes obrigatórios do *stare decisis*, eles se constituem em meios de racionalização e uniformização do direito aplicado por meio das decisões judiciais.

Dessa maneira, se justifica uma análise mais pormenorizada e crítica desses instrumentos, pois ao cogitar-se da implantação de um modelo semelhante ao *Stare Decisis* no Brasil, é preciso verificar sua compatibilidade com o conjunto de mecanismos já existentes. Antes, porém, se faz oportuna uma análise mais geral da conjuntura atual do direito brasileiro, no que se refere à uniformidade e racionalidade do sistema jurisdicional, tarefa esta que se leva a cabo no subitem imediatamente subsequente.

2.1 Aspectos socioculturais, políticos e paradigmáticos

Trata-se de um fato notório que o sistema jurisdicional brasileiro é acentuadamente marcado pela falta de isonomia e segurança jurídica. Ao longo deste capítulo se busca reforçar a visão desse quadro por meio de exemplos concretos e citações de decisões judiciais contraditórias e ambíguas. Uma compreensão mais acurada do problema, entretanto, exige sua colocação em um contexto mais amplo, que leve em consideração as influências de caráter sociológico, político e paradigmático a que se encontra sujeito o direito atualmente. O trecho seguinte constitui um resumo emblemático do problema apontado:

Considerando-se a atual realidade da prática judicial brasileira, percebe-se que se aceita com naturalidade a ideia de juízes e tribunais proferirem decisões diferentes em casos iguais. Não há surpresa sequer quando um mesmo órgão jurisdicional decide casos iguais de modo diverso num curto período de tempo. Aliás, sequer os juízes ficam constrangidos quando, em face da mesa de trabalho que lhes é reservada, proferem decisões absolutamente contraditórias. Por esse motivo se tornou lugar-comum falar na propositura da ação como “aposta lotérica”. Não é preciso dizer que isso é fator de deslegitimação da “justiça”. Nessa situação, do mesmo modo que a função judicial é desacreditada, o papel do advogado é desprestigiado. Pior: coloca-se em dúvida a imparcialidade do juiz e a ética do exercício da advocacia. (MARINONI, 2016a, p. 107).

Luiz Guilherme MARINONI, autor dos trechos citados, em sua recente obra *A ética dos precedentes* (2016a), procura elucidar as causas socioculturais que levam à falta de consideração pelos precedentes judiciais no Brasil. O autor, em sua análise, por sua vez se

baseia em duas obras clássicas da sociologia: *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, do alemão Max WEBER (2007), e *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de HOLANDA (1995).

Em *A ética dos precedentes*, MARINONI (2016a) apresenta as características peculiares das sociedades nas quais floresceram os sistemas de precedentes do *Common Law*, ao passo que enumera as características da sociedade brasileira que a tornam refratária ao precedentalismo. Dentre essas características destacam-se o *patrimonialismo*, o *personalismo* e a *ausência de visão institucional*.

O patrimonialismo, frequentemente apontado como uma das principais causas do atraso brasileiro nas mais diversas áreas, é definido basicamente como a confusão entre o público e o privado, sendo identificado nas atitudes de agentes estatais que tratam a coisa pública em seu próprio proveito, como se ela fizesse parte de seu patrimônio pessoal. A respeito do patrimonialismo, destaca o autor:

[...] o patrimonialismo exige um quadro administrativo, uma vez que, quando a comunidade doméstica – fundamento do patriarcalismo – é descentralizada, ou seja, quando os membros da comunidade passam a residir em propriedades dependentes do auxílio do patriarca, passa a ser necessária uma administração organizada e um grupo de funcionários – o funcionalismo patrimonial. Esse, contudo, não observa a separação entre as esferas privada e oficial, uma vez que a administração, na dominação patrimonial, é problema exclusivo – é patrimônio – do senhor. Cabe-lhe, com base em critérios puramente subjetivos, escolher os funcionários e delimitar as competências. No funcionalismo patrimonial, sendo o cargo preenchido com base em relações pessoais e de confiança, não importa a capacidade do *beneficiado* nem mesmo a prévia definição de realização de determinada tarefa. [...]

Assim, quando se fala em “patrimonialismo”, há referência em uma forma de dominação baseada no personalismo e, conseqüentemente, na falta de objetividade e generalidade. No patrimonialismo as decisões seguem critérios pessoais do *senhor*, em tudo alheios à impessoalidade que prepondera na dominação racional. (MARINONI, 2016a, p. 81)

Fortes elementos do panorama acima traçado ainda podem ser contemplados no atual quadro do poder público no Brasil, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. No entanto, a conclusão mais importante que se pode extrair desse quadro, tendo em consideração o precedentalismo, é que “quando se vincula patrimonialismo ao Poder Judiciário, faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas” (MARINONI, 2016a, p. 82).

Outra consequência nefasta do patrimonialismo, além do uso da coisa pública em benefício do agente público, é o seu uso em benefício daqueles por quem o agente nutre afeição. Baseando-se na ideia de “homem cordial”, expressão cunhada pelo historiador Sérgio Buarque de HOLANDA em sua obra *Raízes do Brasil* (1995), como sendo a figura típica do brasileiro

capaz de resolver os problemas seus e de seus amigos com base no “jeitinho”, MARINONI (2016a, p. 86), chama a atenção para a formação de “grupos” nos tribunais, que visam ao maior favorecimento do colega alinhado e da manipulação de decisões em favor daqueles que detêm relações com os que ocupam os cargos. Também a figura do advogado acaba por restar contaminada, pois acaba “tornando-se o ‘bajulador’ que deixa de ser defensor dos direitos para se tornar lobista de interesses privados, para o que são mais efetivas as relações peculiares ao chamado ‘jeitinho’ ou ‘jeito’ do que o conhecimento técnico-jurídico ou capacidade de convencimento do juiz” (MARINONI, 2016a, p. 86).

Acerca da ideia de “homem cordial”, extraída de HOLANDA (1995), vale aqui uma pequena digressão. Para o autor essa “cordialidade” não representa exatamente o mesmo que *polidez*, que é uma característica marcante de muitos povos antigos, como os do Japão. A *polidez* acaba por adquirir um caráter de ritualismo e “é, de algum modo, organização de defesa ante a sociedade” (HOLANDA, 1995, p. 147). “Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas sua sensibilidade e suas emoções” (HOLANDA, 1995, p. 147). Dessa maneira, a *polidez* constitui uma espécie de escudo que protege a vida íntima do indivíduo contra as injunções externas. “Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social” e “a *polidez* implica uma presença contínua e soberana do indivíduo” (HOLANDA, 1995, p. 147).

Já a atitude do “homem cordial” brasileiro representa uma necessidade de imersão na vida social, sem qualquer tipo de consideração pela preservação da vida interior. Representa, ao contrário, um modo de viver superficial e periférico, um viver “nos outros”, conforme adiante se lê:

No “homem cordial”, a vida em sociedade é, de certo modo, uma verdadeira libertação do pavor que ele sente em viver consigo mesmo, em apoiar-se sobre si próprio em todas as circunstâncias da existência. Sua maneira de expansão para com os outros reduz o indivíduo, cada vez mais, à parcela social, periférica, que no brasileiro [...] tende a ser a que mais importa. Ela é antes um viver nos outros. Foi a esse tipo humano que se dirigiu Nietzsche, quando disse: “Vosso mau amor de vós mesmos vos faz do isolamento um cativoiro”. (HOLANDA, 1995, p. 147)

Essa “cordialidade”, portanto, longe de ser a manifestação de um caráter positivo da cultura brasileira, leva, entretanto, a uma anulação do indivíduo e a modos completamente distorcidos de manifestação da personalidade, por meio de mecanismos equivocados de autoafirmação perante a sociedade. A ideia de “homem cordial” contribui para a explicação do patrimonialismo, como também do segundo vício apontado: o *personalismo*. Por *personalismo*

entende-se a preocupação quase exclusiva com a afirmação pessoal, em detrimento dos interesses coletivos (MARINONI, 2016a, p. 88). O oposto do personalismo é o associativismo, ou seja, a atitude que consiste em deixar de lado os próprios interesses, a fim de promover os interesses da comunidade. Trata-se de uma atitude altruísta, contrária ao individualismo que prevalece no personalismo. “O associativismo é animado pelo valor da solidariedade, que, por algum motivo, estimula o indivíduo a se preocupar com os seus semelhantes e com um ambiente comum” (MARINONI, 2016a, p. 89).

Para HOLANDA (1995, p. 39), tem-se que o desprezo pelo associativismo na cultura dos povos ibéricos está relacionado a ausência de uma moral do trabalho, a qual representou sempre um “fruto exótico”; a solidariedade, entre esses povos “existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos”, que se configuram como “Círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre plano mais vasto, gremial ou nacional”.

O personalismo também pode ser percebido no desrespeito aos precedentes. Veja-se, por exemplo, que quando o membro de um tribunal ou gabinete judicial deixa o cargo, seu substituto imediatamente passa a impor a sua visão acerca de todos os aspectos do direito, em flagrante desprezo por todas as construções jurisprudenciais do antecessor ou mesmo os demais posicionamentos do órgão, ainda que constituam preciosas peças de técnica jurídica.

O patrimonialismo e o personalismo diversas vezes se manifestam como duas faces de uma mesma moeda. E ambos redundam na ausência de visão institucional, que resulta da falta de consciência de que os problemas institucionais se resolvem com a cooperação coordenada de todos, “como se não importasse a ordenação das várias vontades e funções para o atingimento dos escopos institucionais” (MARINONI, 2016a, p. 91). A falta de visão institucional, no Brasil, se manifesta também por uma excessiva consideração pela liberdade e criatividade judiciais e pela força dos *regionalismos*:

É claro que vários sistemas de *civil law*, marcados por outras culturas, conservam o poder de o juiz ordinário decidir em desacordo com as Cortes Supremas, mas é interessante perceber que, na nossa cultura, não apenas se afirma abertamente um direito de o juiz decidir de acordo com a sua convicção, como ainda se tenta fortalecer o regionalismo – que é uma manifestação do individualismo – mediante uma suposta autonomia dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para interpretar o próprio direito federal. Tudo isso é reflexo do personalismo e, em alguns casos, desejo de manipular os casos de acordo com os interesses locais, a evidenciar a presença do velho patrimonialismo na tentativa bizarra de

disfarçar o interesse de privilegiar sob a desculpa de “liberdade para decidir”. (MARINONI, 2016a, p. 92)

Finalmente, a falta de consideração pelos precedentes leva à irracionalidade e à violação do dever jurisdicional de prover o jurisdicionado com decisões racionais e justas. A racionalidade consiste na conformidade da decisão com o ordenamento jurídico. Entretanto, a figura do “homem cordial” de Buarque de Holanda parece não se importar tanto com a irracionalidade, afinal é notório que certas classes de litigantes não se importam minimamente com a falta de previsibilidade e “Preferem acreditar nas relações de simpatia, estima e influência pessoais, reproduzindo a ‘mentalidade cordial’ que marcou o sujeito que, provindo da família patriarcal, passou a ocupar o espaço público sem abandonar os seus hábitos” (MARINONI, 2016a, p. 96).

Dentre estas espécies de litigantes, se encontram os litigantes habituais, normalmente os grandes grupos empresariais, que possuem um imenso volume de ações na Justiça. Para estes, muito embora a falta de previsibilidade seja desinteressante, acaba sendo possível a ela acomodar-se, pois um grande número de ações que se perde, é compensando por outro grande número de ações que se ganha, equilibrando seu orçamento segundo a lógica empresarial (MARINONI, 2016a, p. 97-98). Além desses exemplos, pode ser citada também aquela sorte de litigantes que possui interesse no prolongamento indefinido da demanda, como mecanismo, para citar um exemplo, de rolagem de dívidas. A estes é muito interessante que o sistema seja irracional, a fim de dar margem a discussões e recursos infundáveis.

Ao final dessa análise, nem seria necessário salientar que *patrimonialismo*, *personalismo*, *ausência de visão institucional* e *irracionalidade* não podem ser considerados atributos de um regime democrático maduro. O amadurecimento da democracia brasileira depende, portanto, da gradual eliminação desses vícios. Vítimas deste estado de coisas são não somente os sujeitos de direito que tem suas demandas decididas de modo irracional, como todos os que deixam de buscar na Justiça a reparação de seus direitos violados, diante da imensa falta de previsibilidade do comportamento da jurisdição.

Feitas essas considerações acerca das causas socioculturais do problema do desrespeito aos precedentes no direito brasileiro, passa-se à análise das causas relacionadas à inflação do poder criativo dos juízes. Possivelmente não se possa dizer que esses fatores se constituem como causas do problema, mas acabam por influenciar o seu agravamento por estarem conjugados num sistema onde impera o princípio do livre convencimento do magistrado.

Dentre esses fatores, há dois que se relacionam a questões políticas ou, mais especificamente, à dinâmica de interação entre os poderes da República. São eles a *judicialização* e o *ativismo judicial*. O primeiro deles, a *judicialização*, representa basicamente um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária (BARROSO, 2012, p. 23). Ou, segundo um conceito mais preciso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 24)

A judicialização envolve, portanto, um avanço do judiciário sobre os espaços de atuação próprios do legislativo e do executivo. ANDREASSA JUNIOR (2015, p. 33) acrescenta ainda que o Judiciário opera por meio judicialização em decorrência de omissão dos outros poderes:

A judicialização da política é a intervenção decisória do Poder Judiciário em matérias que, *a priori*, deveriam ser debatidas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo. É a resolução de conflitos de ordem política, moral, científica ou social, realizada pelo Poder Judiciário, em face dos demais Poderes. Tal atitude ocorre em função da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo; inclusive esta omissão é chamada por alguns autores como síndrome da ineficácia das normas constitucionais.

Luís Roberto BARROSO (2012, p. 24-25) destaca e explica aquilo que considera as três principais causas da judicialização. A primeira delas está ligada ao evento da redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, a própria Constituição fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, elevando-o à condição novo protagonista da atividade política, aumentando suas atribuições e prerrogativas. Além disso, expandiu as funções institucionais do Ministério Público, para além da área estritamente penal, bem como reforçou o papel da Defensoria Pública e ensejou o aumento de sua presença e atuação nas mais diversas partes do país.

A segunda causa, chamada *constitucionalização abrangente*, liga-se também à Constituição de 1988. O novo texto constitucional, amplamente analítico, abarca uma imensa gama de matérias, que anteriormente eram legadas ao processo legislativo majoritário e à esfera

infraconstitucional. Com isso, sobrelevou-se o papel do Judiciário na tutela desses interesses, especialmente o papel do Supremo Tribunal Federal, incumbido da guarda do texto constitucional.

A terceira causa estaria na abrangência do *sistema brasileiro de constitucionalidade*, considerado híbrido ou eclético, que concentra elementos dos sistemas americano e europeu. Ou seja, o fato de tal sistema contemplar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pela via incidental ou difusa, assim como pela via concentrada por meio de ações específicas, faz com que o Judiciário tenha em suas mãos um amplo mecanismo de ação no campo do controle da constitucionalidade. Ademais, o artigo 103 da Constituição traz um extenso rol de legitimados à propositura das ações, o que amplia a possibilidade de que os questionamentos cheguem ao Judiciário.

No que se refere à *judicialização*, é preciso dizer que esta não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, mas da necessidade de cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente (BARROSO, 2012, p. 25). Para além do alcance da *judicialização* da política e da vida, outro elemento importantíssimo marca a vida judiciária brasileira hodiernamente: o *ativismo judicial*. Na concepção de BARROSO (2012, p. 25), o ativismo judicial difere da judicialização, na medida em esta cobra uma atuação, por força da imposição do texto constitucional, à qual o Poder Judiciário não pode se furtar, ao passo que o ativismo representa uma atitude, uma forma de atuação proativa e adotada por livre escolha do Judiciário, de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. A respeito das maneiras pelas quais se manifesta o ativismo judicial, comenta o autor:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 25-26)

A judicialização, portanto, atua como decorrência do próprio ordenamento constitucional, que atribui ao Poder Judiciário um papel de controle das atividades dos demais poderes. O ativismo judicial, entretanto, representa uma postura proativa do Judiciário, ao atuar

além de suas atribuições expressamente firmadas, mas com a justificativa de conferir maior efetividade e concretude aos direitos e princípios da Constituição.

A judicialização e o ativismo judicial operam no amplo panorama da assim chamada *jurisdição constitucional*, que representa a prerrogativa do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, de implementar judicialmente as normas, direitos e princípios exarados no texto constitucional. Conforme assinalado, esse papel possui como característica peculiar um elevado grau de protagonismo judiciário no controle de constitucionalidade, como também na regulação de políticas públicas e deliberação acerca de candentes questões morais e axiológicas. A respeito do conteúdo da expressão *jurisdição constitucional*, assinala BARROSO (2010, p. 8):

A expressão *jurisdição constitucional* designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A *jurisdição constitucional* compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a *jurisdição constitucional* compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Um dos grandes corolários do *modus operandi* da *jurisdição constitucional* na atualidade é, indubitavelmente, a *desneutralização política* do Judiciário, em que este assume um papel relevante, notadamente nas políticas de efetivação de direitos fundamentais:

A *desneutralização política* do Judiciário é uma consequência das alterações resultantes do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica, surgida a partir de meados do século XX. A consagração de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, nas Constituições contemporâneas, gerou, nas últimas décadas, uma *explosão de litigiosidade*, trazendo ao Judiciário ações individuais e coletivas voltadas a efetivação desses direitos constitucionais. O desempenho do Judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias públicas e políticas. O Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal. (CAMBI, 2016, p. 259)

A *desneutralização política*, portanto, diz respeito às políticas de Estado, ou seja, àquelas direta ou indiretamente aferíveis do texto constitucional. Não se trata, nem poderia ser assim, de políticas partidárias ou de escolhas ideológicas. O texto constitucional, evidentemente, é formado de escolhas ideológicas. Pode conter normas e princípios de proteção social em algumas partes, e privilegiar o liberalismo econômico em outras partes de seu texto. Ao Judiciário, porém, cumpre concretizar o texto constitucional em seu âmbito de atuação, respeitando as escolhas do texto.

Por fim, se afigura oportuna a menção a algumas decisões judiciais que representam a atuação jurisdicional sob os influxos da judicialização e do ativismo judicial. Menciona-se em primeiro lugar, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que representou uma verdadeira virada jurisprudencial no que diz respeito à efetividade do mandado de injunção, instrumento previsto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988, *online*). Referida decisão restou proferida no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670 (STF, 2007a, *online*), 708 (STF, 2007b, *online*) e 712 (STF, 2007c, *online*) e autorizou que, na ausência de regulamentação legal da greve no setor público, por inércia legislativa, fossem aplicadas as disposições da Lei n. 7.783/89, como forma de assegurar aos trabalhadores do setor público a efetividade de seu direito fundamental à greve - art. 9º da Constituição da República (BRASIL, 1988, *online*).

Outra decisão, mais recente, que gerou grande polêmica para além do campo jurídico, foi a decisão proferida no julgamento da ADO 26 (STF, 2019a, *online*), em que o plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou, quase por unanimidade, a tese do relator, Ministro Celso de Mello, que prevê que até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas denominadas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei n. 7.716/1989 (BRASIL, 1989, *online*) e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. A crítica à referida decisão sustenta que, na prática, houve a criação de tipo penal por analogia, o que afrontaria o inciso XXXIX da Constituição Federal (BRASIL, 2018, *online*).

Feitas essas importantes considerações acerca da *politização* da atividade jurisdicional, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos paradigmas filosóficos que influenciam o direito na atualidade, especialmente na orientação da tomada das decisões judiciais. Para tanto, toma-se por base a denúncia de Lenio Luiz STRECK (2010), segundo a qual, em plena era da filosofia da linguagem, a Justiça brasileira ainda é dominada pelo *solipsismo judicial*, conceito ligado à ideia de livre convencimento do juiz e, portanto, também

ligado ao subjetivismo. Lenio STRECK (2010) aponta para os fundamentos filosóficos desse conceito, o situando no quadro de três grandes paradigmas filosóficos: a metafísica, a filosofia da consciência e, finalmente, a filosofia da linguagem.

A metafísica remonta à obra de Aristóteles (384 a 322 a. C.), na Antiguidade Clássica, que, opondo-se à ideia platônica segundo a qual o mundo sensível não passa de mera ilusão e que as verdadeiras essências de todas as coisas se encontram num mundo ideal arquetípico, afirma que a essência das coisas se encontra nelas próprias. Para Aristóteles, a “matéria-prima” do conhecimento deriva daquilo que os sentidos apresentam à inteligência do ser cognoscente. Esta apreende os elementos das essências dos objetos, separando-as dos elementos acidentais que os sobrecarregam, por via de abstração. Afirma-se, dessa maneira, a objetividade da verdade e a possibilidade de conhecimento da realidade objetiva pela mente humana. A metafísica foi o paradigma filosófico do direito ao tempo do jusnaturalismo predominante na Idade Média e em parte do período moderno, e veio a ser substituída pela filosofia da consciência, de matriz iluminista, conforme a seguir descreve STRECK (2010, p. 13-14):

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionou o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade).

A esse tempo, o interesse da filosofia passou da realidade objetiva, externa à inteligência, para as realidades interiores da razão humana. O “penso, logo existo” de Descartes marca a desconfiança do homem moderno em relação aos conhecimentos baseados nos sentidos e a afirmação dos princípios da razão como as únicas formas de conhecimento autêntico. A verdade passa a ser não aquilo que é encontrado na realidade exterior, mas aquilo que existe na razão do sujeito pensante, daí o subjetivismo, que termina por produzir o relativismo, já que cada um é capaz de produzir a “sua própria verdade”¹.

¹ Critica-se aqui o fato de os magistrados decidirem conforme a própria consciência, ou seja, conforme o seu próprio entendimento pessoal do que seja a norma de direito. A menção à consciência que existe na epígrafe do presente trabalho, em que consta a transcrição de um diálogo extraído do filme *The man for all seasons* (1966)

O paradigma subjetivista é, por sua vez, substituído pela filosofia da linguagem, legada especialmente ao pensamento fenomenológico do século XX. Nesse paradigma, busca-se a realidade dos objetos, porém afirma-se que essa realidade não é apreendida de forma direta e objetivante, mas pela mediação de um terceiro elemento interposto entre o objeto e o cognoscente: a linguagem. Isso importa dizer que “não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição”, ao passo que “este modo de compreensão é exatamente este ‘como’ que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico *algo enquanto algo, algo como algo*” (STRECK, 2010, p. 17). Em outras palavras, podemos dizer “que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore*”, sendo isso a mediação do significado (STRECK, 2010, p. 17). O Prof. Marcos BOTELHO (2010, p. 22), ao assinalar as duas fases mais importantes do pensamento de Wittgenstein, assim resume o produto final da evolução de suas ideias, tão relevante na elaboração da filosofia da linguagem:

Com essa concepção, Wittgenstein irá promover uma mudança de paradigma na Filosofia da Linguagem, que antes estava centrada na semântica, passando agora para a pragmática, já que o significado das palavras é extraído do uso que se faz dela em um determinado contexto, conforme regras intersubjetivamente partilhadas neste horizonte, o que nos leva à consideração de que a avaliação do emprego de um determinado vocábulo somente poderá ser feita dentro de um certo contexto de uma comunidade linguística que dele faz uso: “Correto e falso é o que os homens dizem, e na linguagem os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre opiniões, mas sobre o modo de vida”.

Para STRECK (2010, p. 20), a manutenção do princípio do livre convencimento do magistrado no direito brasileiro, representa o apego ao paradigma da consciência, mesmo após a viragem paradigmática, e está na raiz do chamado poder discricionário dos juízes, conforme a seguir descrito:

[...] deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn). Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por

diz respeito a uma realidade diversa, qual seja, a consciência moral, relacionada com a conduta ética do sujeito. Decidir de maneira solipsista, levando em conta o próprio entendimento subjetivo acerca da norma, fere a própria ética do dever do magistrado de decidir conforme o Direito, configurando uma atitude incompatível com uma consciência moral bem orientada.

intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “ seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes.

Esse poder discricionário se manifesta, sobretudo, na ampla liberdade de interpretação da lei pelos juízes, o que faz com o que o sistema jurídico acabe por se tornar uma verdadeira “colcha de retalhos”, em que cada peça constitui um entendimento judicial diverso acerca do que representa, de fato, o direito.

Por outro lado, ainda sob o enfoque dos aspectos paradigmáticos, o direito na atualidade é também afetado pela tensão entre as concepções *substancialistas* e *procedimentalistas* acerca do papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo. Enquanto o substancialismo enxerga a legitimidade do direito, inclusive no âmbito da atuação jurisdicional, como relacionada à sua conformidade com os direitos e princípios materiais previstos na Constituição, o procedimentalismo preconiza que o direito deve se formar a partir da mais ampla participação dos cidadãos na tomada de decisões. A Constituição assim, se restringiria a uma carta contendo a estrutura básica do Estado e a definição das normas responsáveis por garantir a tomada de decisões segundo um *procedimento* verdadeiramente democrático. O sentido do procedimentalismo pode ser sintetizado por meio das seguintes palavras:

Talvez não seja desarrazoado afirmar que o problema fundamental das teorias processuais-procedimentais reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Visto desse modo, *o procedimento acaba sendo uma espécie de “novo princípio epocal”, na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar “diferença ontológica”, afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva.* Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade. (STRECK, 2017, p. 118, grifos do autor)

A título de complementação, faz-se um breve resumo acerca das teorias de dois autores procedimentalistas de elevada influência na atualidade: Peter Häberle e Jürgen Habermas. Acerca do primeiro, constitui-se de especial relevância a sua obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, lançada na Alemanha, em 1975, e publicada tardiamente no Brasil, em 1997.

O autor procura apresentar um sistema de interpretação constitucional adaptado à realidade das sociedades pluralistas, calcando-se na convicção de que, “a interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada” (HÄBERLE, 1997, p. 13). Identifica a sociedade fechada com os “intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional” (HÄBERLE, 1997, p. 13). Em oposição à ideia de sociedade fechada, apresenta a de sociedade aberta, na qual, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (HÄBERLE, 1997, p. 13). E explica que todo aquele que “vive” a norma é seu legítimo intérprete: “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 1997, p. 15).

HABERMAS, por sua vez, ampara sua visão procedimentalista sobre os conceitos de sociedade civil e esfera pública. Para o autor, a sociedade civil não se confunde com o Estado, nem como o mercado, mas é constituída de movimentos, organizações e associações que recolhem os ecos dos problemas sociais e os transmitem para a esfera pública política (MARQUETTE; VANZELLA, 2018, p. 142). A esfera pública, por sua vez, constitui-se de um espaço, ou uma rede para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões, no qual ocorre a efetivação das ações da sociedade civil (MARQUETTE; VANZELLA, 2018, p. 146). Para que as ações da esfera pública possam legitimar as tomadas de decisões políticas junto à esfera institucional pública, é preciso que haja plena liberdade de atuação dos indivíduos e organismos que compõem a sociedade civil. O pensamento do autor encontra-se sintetizado no seguinte trecho:

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “*combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada*” são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. Contra a absorção da *esfera pública política* por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na

apresentação dos candidatos, na formação da vontade interpartidária, etc). (HABERMAS, 1997, p. 186)

No que diz respeito ao procedimentalismo aplicado ao processo judicial, é preciso assinalar que certos instrumentos processuais, como a realização de audiências públicas e a abertura à participação da figura do *amicus curiae*, têm sido encarados como mecanismos de abertura do processo judicial a uma perspectiva mais procedimental. A propósito, vale a pena mencionar a audiência pública sobre o tema “saúde”, realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, cujo conteúdo foi fundamental para a decisão tomada no julgamento das Suspensões de Tutela (STA) 175 (STF, 2010g, *online*), 211 (STF, 2008b, *online*) e 278 (STF, 2008c, *online*); das Suspensões de Segurança (SS) 3724 (STF, 2010f, *online*), 2944 (STF, 2010c, *online*), 2361 (STF, 2010b, *online*), 3345 (STF, 2010d, *online*) e 3355 (STF, 2010e, *online*); e da Suspensão de Liminar (SL) 47 (STF, 2010a, *online*), que tiveram como relator o Ministro Gilmar Mendes.

A audiência fora convocada para ouvir especialistas em matéria de saúde pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil. A realização da audiência mostrou-se de fundamental importância para clarificar a compreensão da corte acerca do tema, conforme testemunha o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Agravo Regimental interposto pela União nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175 (STF, 2010g, *online*, grifos do autor):

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

É inegável, distantes mais de dez anos no tempo, de referidas decisões, a importância que tiveram na concretização do direito fundamental à saúde no Brasil. Porém, ainda antes

disso, em maio de 2008, e também tendo suporte em audiência pública, aliás as primeiras realizadas na história da Suprema Corte, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3510 (STF, 2018, *online*), o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 (BRASIL, 2005, *online*), que permite a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos por fertilização *in vitro*.

Da parte da presente pesquisa, entretanto, sem desmerecer a importância da realização de audiências públicas e outros instrumentos tipicamente procedimentais como modo auxiliar a tomada de decisões por parte do Judiciário, opta-se por uma visão preponderantemente substancialista do direito, onde haja lugar sim, para o fenômeno da judicialização, eis que plenamente legitimado pela Constituição, porém não para um ativismo judicial num sentido mais estrito da expressão, diante do risco de ruptura institucional no que diz respeito aos campos de atribuições de cada um dos três poderes da República. Essa posição encontra-se bem sintetizada no trecho a seguir:

Parece não haver dúvida que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão, que implica uma maior judicialização da política e não na discricionariedade judicial, já que esta última sempre deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas. A judicialização da política não é um problema em si. O maior problema diz respeito aos critérios utilizados pelo Judiciário para julgar aquilo que foi judicializado. (STRECK, 2017, p. 119)

Com efeito, ao ter em consideração as decisões sobre o direito à saúde, por mais que o seu resultado tenha se baseado em critérios procedimentais, parece inegável uma forte carga substancialista de seu conteúdo, ao reconhecer a normatividade e a aplicabilidade efetiva (não como norma programática) do direito fundamental à saúde, reconhecendo-se a exigibilidade judicial desse direito, sempre que os órgãos responsáveis da administração o negarem ao cidadão. Judicialização da política não representa, e nem deve representar, portanto, na partidarização ou ideologização do comportamento dos atores judiciais, mas o compromisso com os direitos fundamentais previstos na Constituição e que foram resultado de escolhas políticas. Trata-se de considerar a política no seu sentido mais nobre e elevado, aquele que diz

respeito à dinâmica da vida em sociedade, e não propriamente às disputas de poder no seio de partidos políticos ou grupos de interesse.

Finalmente, quanto à questão fulcral deste trabalho, que diz respeito a um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, uma solução que alargue as prerrogativas dos tribunais superiores e, muito particularmente, do Supremo Tribunal Federal, não parece ser muito benquista. Isso porque a Suprema Corte brasileira tem se envolvido em candentes polêmicas e sua atuação tem sido frequentemente considerada excessivamente interventiva, seja nas atividades dos demais poderes, seja na vida social de um modo mais amplo. O exemplo mais notório dessas recentes polêmicas disse respeito à questão, comentada com mais propriedade ao final do item 2.3 deste capítulo, acerca da possibilidade de prisão logo após a condenação ou confirmação de condenação penal em segunda instância.

Mas há outros exemplos bastante recentes. Em março de 2019, o presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, determinou a abertura de um inquérito criminal (STF, 2019c, *online*) para apuração de supostas *fake news* e ameaças veiculadas em redes sociais contra a Corte, seus ministros e familiares. A decisão foi criticada por muitos e considerada uma patente violação do princípio acusatório e uma tentativa de intimidação em desrespeito à liberdade de expressão dos cidadãos brasileiros. No mês de julho, o ainda presidente do STF, em decisão liminar tomada no Recurso Extraordinário (RE) n. 1055941 (STF, 2019d, *online*) determinou a suspensão nacional de processos sobre compartilhamento de dados fiscais sem autorização judicial, incluindo dados compartilhados pelo antigo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras). Em novembro do mesmo ano, o plenário do Supremo, por quase unanimidade, decidiu revogar a tutela antecipada anteriormente concedida.

Por fim, a mais recente polêmica, envolve parte do texto aprovado da Lei n. 13.964/2019, que promove a criação da novel figura do juiz de garantias no processo penal brasileiro. Dado o exíguo prazo de 30 dias para a implantação do novo instituto, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6298 (STF, 2020a, *online*), 6299 (STF, 2020b, *online*) e 6300 (STF, 2020c, *online*), o Ministro Dias Toffoli estendeu por 180 dias o prazo de implantação. Referida decisão restou revogada no dia 22 de janeiro de 2020, por nova decisão liminar deferida *ad referendum* do Plenário, do Ministro Luiz Fux, que suspendeu *sine die* a eficácia da implantação do juiz de garantias e seus consectários.

Ademais, pedidos de impeachment² contra ministros do Supremo se avolumam cada vez mais no Senado Federal e o chamado pedido da CPI da Lava Toga³, que também tem como alvos alguns ministros da Suprema Corte, vem ganhando respaldo de parcela significativa da opinião pública e da população em geral, seja por meio de manifestações contundentes nas redes sociais, seja por meio de manifestações de rua, seja ainda pelo apoio de personalidades do meio jornalístico.

Este é, portanto, o quadro cultural, sociopolítico e paradigmático no qual se pretende a implantação de um sistema de precedentes nos moldes do *stare decisis* do *Common Law*. A conclusão pela necessidade ou oportunidade (ou não) desse modelo, depende ainda que se leve em consideração os mecanismos de uniformização de decisões judiciais já existentes no direito brasileiro. É o que se aborda nos subitens seguintes, acerca dos precedentes e jurisprudência, controle de constitucionalidade e o “sistema” de precedentes do Código de Processo Civil.

2.2 Os precedentes na Jurisprudência

Cumpra inicialmente estabelecer a diferença entre precedente e jurisprudência. Este termo é utilizado para denominar um conjunto de decisões judiciais, ao passo que o primeiro termo é utilizado para designar uma única decisão judicial, de maneira que a diferença é essencialmente quantitativa (PEIXOTO, 2016, p. 137). Acresce-se o seguinte:

A referência a um precedente apenas faz sentido em termos de teoria dos precedentes se ele for o entendimento majoritário do tribunal, a exemplo de um caso derivado de julgamento de causas repetitivas. A diferenciação entre precedente e jurisprudência é importante pelo fato de que, a depender do texto normativo, apenas um precedente ou mesmo a jurisprudência minoritária pode não ser capaz de permitir a produção da eficácia vinculante ou persuasiva do entendimento jurisprudencial alegado por uma das partes. (PEIXOTO, 2016, p. 138)

² Matéria da revista Exame, disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/pedido-para-destituir-ministros-do-stf-e-recorde/>, datada de 20/11/2019, apontava que em 2019 houve 14 representações contra ministros do Supremo junto ao Senado Federal, número recorde, tendo havido cinco representações a mais que no ano anterior.

³ O requerimento da chamada CPI da Lava-Toga contou com idas e vindas ao longo do ano de 2019, conforme se pode ler na seguinte matéria: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cpi-da-lava-toga-perde-apoio-de-mais-um-senador-mas-ganha-ato-de-defesa-na-praca-dos-tres-poderes/>, tendo terminado o ano de 2019 sem o número de 27 assinaturas necessárias para a sua propositura. Seus defensores, no entanto, afirmam que lutarão pela sua implantação no ano corrente.

A jurisprudência, portanto, poderá ou não ser dominante. Chama-se dominante a jurisprudência aceita pela maioria dos julgadores dos órgãos fracionários que possuem competência idêntica dentro de um mesmo tribunal (CADORE, 2007, p. 42). Não se considera dominante, portanto, a jurisprudência de um único ou da minoria dos órgãos fracionários de um tribunal, em determinada competência.

Mister se faz ainda proceder, na esteira desse raciocínio, à diferenciação entre precedente e súmula. As súmulas representam, “uma tentativa de enunciação destacada da *ratio decidendi* do entendimento de um determinado tribunal, sendo, basicamente, uma forma de facilitar a identificação pelos demais julgadores da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional sobre um determinado tema” (PEIXOTO, 2016, p. 139).

Segundo a concepção de ABOUD e STRECK (2013, p. 53), no momento em que o juiz ou tribunal profere uma sentença, a sua parte dispositiva contém uma norma, que serviu como solução para o caso concreto posto sob análise, e que é resultado da interpretação do direito aplicável ao caso. Na medida em que o dispositivo da sentença é eleito como parâmetro para julgamento de casos futuros, por meio da extração da súmula, deixa de configurar a norma em si, de maneira que ele se torna um *enunciado normativo*, que por sua vez dará origem a novas normas na medida em que for aplicado a casos futuros. A norma é norma, portanto, sempre em função do caso concreto. No mesmo sentido de alguns desses aspectos, porém apontando para o significado etimológico do termo, Mônica SIFUENTES (2005, p. 237-238) define a súmula:

A palavra *súmula* vem do latim *summula*, significando *sumário*, *resumo*. No âmbito jurídico, a súmula de jurisprudência se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um *enunciado*, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos. As duas palavras – *súmula* e *enunciado* - embora tenham significados diferentes, acabaram por ser usadas indistintamente, de modo que por *súmula*, atualmente, entende-se comumente o próprio *enunciado*, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada.

As súmulas foram introduzidas no direito brasileiro pelas mãos do ministro Victor Nunes Leal, autor da proposta de emenda do Regimento do Supremo Tribunal Federal em 1963, tendo sido posteriormente encampadas pela legislação, conforme se depreende do artigo 476 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973 (SIFUENTES, 2005, p. 238).

À época em que foram concebidas, as súmulas foram vistas como um verdadeiro “ovo de colombo”, uma solução extraordinária para desafogar o Supremo Tribunal Federal, sobrecarregado de ações, e tornar conhecida a sua jurisprudência, que então era desconhecida

do próprio tribunal, sendo que na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 foram aprovadas as primeiras 370 súmulas do Supremo Tribunal Federal (SIFUENTES, 2005, p. 238).

Embora as súmulas tenham a aparência de um enunciado normativo, de caráter geral e abstrato, não são leis e, para a sua aplicação o julgador deve levar em consideração os casos concretos que as originaram e averiguar a correlação entre o caso *sub judice* e os precedentes que originaram a súmula (PEIXOTO, 2016, p. 139). Argumentando nesse sentido, Ravi PEIXOTO (2016, p. 140), tece importantes considerações acerca da aplicação das súmulas no direito brasileiro:

A forma de aplicação das súmulas no direito brasileiro é um obstáculo à cultura dos precedentes, já que, embora a sua introdução tenha sido inspirada no *stare decisis*, a praxe de sua utilização mais se assemelha aos assentos portugueses. Enfim, a súmula não é um texto normativo autônomo, não devendo ser tratada como se lei fosse, mas apenas como um texto base, que depende tanto dos julgados anteriores, como dos posteriores para a sua aplicação na dinâmica dos precedentes. Ora, a súmula em si não é o problema. Ela não gera a aplicação mecânica do direito. A sua aplicação errônea é que traz consigo uma nova exegese sumular. Por mais que ela seja uma novidade introduzida no direito brasileiro, a partir de uma inspiração portuguesa, não existindo um mecanismo semelhante nos países típicos do *common law*, a súmula faz parte de uma construção pátria de uma teoria dos precedentes. Dificilmente ela poderá ser retirada da nossa sistemática processual. O grande desafio é o controle de sua forma de aplicação, para que não acabe (ou permaneça) sendo aplicada como se fosse um enunciado abstrato. (PEIXOTO, 2016, p. 140)

O trecho citado traz informações de grande importância para o tema tratado no presente capítulo e no presente item. Primeiramente, porque o presente capítulo tem por finalidade abordar os institutos jurídicos pátrios resultantes da aproximação entre os sistemas jurídicos do *Civil* e do *Common Law*. Dessa maneira, esclareceu-se a introdução das súmulas no direito brasileiro: resultam de uma aproximação entre ambos os sistemas, porém sua inspiração não vem de qualquer instituto jurídico típico do *Common Law*, mas sim dos assentos das cortes portuguesas.

Em segundo lugar, porque esclarece que súmulas não se confundem com leis e nem com precedentes, mas apenas são instrumentos que facilitam a localização de precedentes. Sua aplicação, dessa forma, deve se assemelhar à da aplicação de um precedente, uma vez que nesse processo se deve proceder à comparação entre os elementos fáticos dos casos que deram origem à súmula e os elementos fáticos de determinado caso em relação ao qual determinado juiz esteja propenso à aplicação da súmula. Em caso de uma aplicação equivocada, conforme bem destacou o autor, se estaria diante de uma nova exegese sumular, o que contrariaria flagrantemente o seu objetivo de uniformização da aplicação do direito.

ABBOUD e STRECK (2013, p. 59) sustentam enfaticamente o caráter de texto da súmula, “a súmula vinculante deve ser encarada como texto normativo, de natureza legislativa, apto a produzir tantas normas distintas quanto forem os casos abrangidos por ela”. Em outro trecho (2013, p. 63), os autores são ainda mais explícitos, ao afirmar que a súmula vinculante “se impõe como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei”.

Frise-se, entretanto, que a própria página de consulta das súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF, 2019b, *online*), ao apontar o texto de determinada súmula vinculante, faz remissão, logo abaixo, ao caso concreto que lhe deu origem, sob o verbete *Precedente Representativo*. Dessa maneira, conquanto a súmula represente um enunciado textual destacado da decisão que lhe deu origem, sua aplicação futura deve levar em conta seus pressupostos fáticos, que devem se compatibilizar com os pressupostos fáticos dos casos futuros, de maneira que a sua aplicação seja de certa forma semelhante à de um precedente judicial. Feitas essas considerações acerca do instituto da súmula, passa-se a considerar o instituto da súmula vinculante, previsto no art. 103-A da Constituição, inserido por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2004, *online*).

Quanto ao tema das súmulas vinculantes, afirma-se em primeiro lugar que possuem o caráter de norma jurídica, segundo o conceito de Maria Helena Diniz, que a define como imperativo autorizante. Nesse sentido, a lição de OLIVEIRA e BRITO (2013, p. 189):

Assim, conceituado a norma jurídica como aquela que se reveste de imperativo autorizante, é possível se afirmar que a súmula vinculante possui referidas características?

Quer parecer que sim. A súmula vinculante é imperativa e autorizante, já que uma vez editada irá ela provocar tanto a vinculação direta como indireta. De fato, na primeira hipótese, a imperatividade da súmula irá impor e submeter o Poder Judiciário e a Administração Pública que sigam o seu conteúdo, sob pena de reclamação perante a Corte Alta; já a vinculação indireta subordina tanto o Poder Legislativo, como também os particulares que ficam ambos, submetidos à força imperativa e autorizante da súmula.

Em segundo lugar, o reconhecimento da súmula vinculante como fonte formal do direito, a par da lei, não significa equipará-la a esta realidade:

O reconhecimento de que a súmula vinculante é fonte formal de Direito não significa, em absoluto, equipará-la à norma emitida pelo Poder Legislativo. Não mesmo. A lei e a jurisprudência são fontes do direito, mas fontes distintas, com metódica diversa para solução das controvérsias jurídicas. Trata-se, pois, a súmula vinculante de ato jurisdicional (exarado por órgão do Poder Judiciário), a que a Constituição Federal atribuiu a capacidade de extrapolar

as fronteiras da lide para alcançar aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A par de ser possível reconhecer a atribuição de poder normativo ao Supremo Tribunal Federal, eis que aceita a possibilidade de atribuir-se eficácia vinculante às suas decisões, as súmulas representam entendimento consolidado a partir de julgamento de casos concretos, situando-se “num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos”. (CADORE, 2007, p. 108-109)

A súmula vinculante liga-se, portanto, muito mais à natureza do precedente judicial, tal como o concebe o *Common Law*, do que à da lei, do *Civil Law*. Admite-se, contudo, na linha do que apregoam Streck e Abboud, cujas passagens nesse sentido foram acima citadas, que a súmulas e, ainda mais precisamente, as súmulas vinculantes, identificam-se ao texto legal pelo seu caráter de generalidade e abstração. As súmulas vinculantes possuem uma ainda maior identificação ao texto legal, pelo seu caráter obrigatório. Mas isso só se afigura totalmente admissível quando se tomam o texto e os efeitos das súmulas vinculantes em si mesmos. Levados em consideração alguns elementos extrínsecos ao texto, a súmula vinculante se diferencia da lei pela sua origem, ou seja, através de um órgão jurisdicional; pelo fato de serem elaboradas a partir de casos concretos levados à apreciação da Justiça; e pelo seu modo (ideal) de aplicação, levando-se em conta seus pressupostos fáticos.

A propósito da dogmática das súmulas vinculantes, conforme já mencionado, tem-se que elas foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio por força da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004, *online*), que acrescentou à Constituição Federal o artigo 103-A, que reza:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2004, *online*)

Ao passo que o parágrafo primeiro do mesmo artigo menciona os objetivos do novo instituto: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (BRASIL, 2004, *online*). Ou, nas palavras da doutrina:

Em verdade, a súmula vinculante, do mesmo modo que os recursos de estrito direito, estão voltados à aplicação uniforme do direito; quer-se, pelo artigo 103-A da CF, dar sentido uniforme à Constituição Federal, evitando que, após

sedimentada a validade, a interpretação ou a eficácia de uma norma jurídica, pelo STF, a parte que tem razão seja obrigada, pela resistência judicial, que aguardar que seu caso – cuja tese é conhecida e se multiplica pelo país, causando grave insegurança jurídica e violação do princípio da isonomia – chegue ao STF para, somente depois disto, usufruir da prestação jurisdicional. (CAMBI; BRITO, 2009, p. 157)

Em outras palavras, “trata-se de súmula que tem propósito específico: além de uniformizar a jurisprudência, objetiva pôr fim às demandas múltiplas, especialmente aquelas em que é parte a Administração Pública” (SIFUENTES, 2005, p. 258). Este último ponto é particularmente importante, uma vez que a administração pública é o mais frequente litigante em processos judiciais.

Aliás, dentre as principais justificativas para a instituição da súmula vinculante, está o imenso acúmulo de processos na fila para serem julgados pelos juízos e tribunais. O instituto das súmulas (não vinculantes) criado em 1963 para conter o crescimento do número de processos no Supremo Tribunal Federal, e posteriormente adotado pelos demais tribunais superiores, mostrou-se insuficiente para tal mister, ensejando a criação da súmula vinculante:

A multiplicação de causas idênticas, especialmente na Justiça Federal, foi o principal motivo da instituição das súmulas pelo STF, em 1963. Àquela época, julgavam-se sete mil processos por ano. Hoje se julgam vinte vezes mais. O crescimento geométrico das demandas fez com que a edição de súmulas, que vinha prestando notável serviço ao Judiciário, não fosse o bastante para resolver o infindável acúmulo de processos. Daí a necessidade de instituir caráter vinculativo à súmula, ao menos para os tribunais e a Administração Pública, como medida de política judiciária, a fim de diminuir o número de demandas em curso nos tribunais, embora, como disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, quando na Presidência do Supremo Tribunal Federal, ela não seja uma “solução mirífica, maravilhosa, para curar todos os males, para resolver todos os problemas e dificuldades do Judiciário”. (SIFUENTES, 2005, p. 258)

Dentre os requisitos para a edição da súmula vinculante, exarados no *caput* do art. 103-A, se encontra a necessidade de que seja antecedida de reiteradas decisões, o que mais uma vez denota a proximidade do instituto com o sistema do *Common Law*. Outros requisitos para a edição da súmula vinculante, conforme também se depreende do *caput* do artigo 103-A da Constituição, é que deve versar sobre matéria constitucional e ter o apoio de, no mínimo, dois terços dos membros do pleno da corte. Ou seja, tendo em vista que a Emenda Constitucional n. 45/2004 somente deferiu ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de emitir súmulas vinculantes, e sendo essa corte a corte constitucional do país, natural que, dentre os requisitos para a edição de súmula vinculante esteja o de que ela verse sobre matéria constitucional.

Ademais, não se impede que o Supremo Tribunal Federal mantenha ou edite novas súmulas com caráter não vinculativo, uma vez que a Emenda Constitucional n. 45/2004 não revogou qualquer normativa preexistente no regimento interno do STF acerca da edição de súmulas. Outrossim, conforme preconiza o caput do art. 103-A *in fine*, compete também ao Supremo promover a revisão ou cancelamento das súmulas, de modo a se evitar o engessamento do ordenamento jurídico.

Por fim, o parágrafo terceiro do artigo 103-A preceitua:

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 2004, *online*)

Dessa maneira, foi criada a reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, como instrumento processual apto a prover de efetividade as súmulas vinculantes. Reconhecida a contrariedade ou aplicação inadequada de súmula vinculante em decisão administrativa ou judicial, o Supremo Tribunal Federal procederá à sua cassação, fazendo com que os autos retornem à autoridade administrativa ou judiciária responsável para que profira nova decisão, com as adequações necessárias.

A norma desse parágrafo ainda revela a duplicidade do efeito vinculante da súmula, que pode ser direto ou indireto (OLIVEIRA; BRITO, 2013, p. 182). O efeito direto é o que se aplica ao Poder Judiciário e à Administração Pública, contra os quais cabe a reclamação ao Supremo em caso de descumprimento da súmula. O efeito indireto se aplica ao Legislativo e aos particulares, contra os quais, em caso de descumprimento da súmula, não cabe a reclamação como meio específico de impugnação, mas cujo ato pode ser impugnado pelas vias processuais e recursais cabíveis. Pois a súmula vinculante, embora obrigue expressamente somente o Judiciário e a Administração, “Na prática, porém, acabará por vincular também os contratos e relações de natureza privada, que se orientam pela previsibilidade das decisões dos tribunais” (SIFUENTES, 2005, p. 262).

No entanto, critica-se referido dispositivo, por atribuir ao Supremo Tribunal Federal o perfil de órgão de instância recursal ordinária, obrigando-o a enfrentar a matéria fática subjacente à aplicação inadequada ou contrária à súmula e, ainda, criando mais uma atribuição à já sobrecarregada corte (SIFUENTES, 2005, p. 263).

Atualmente, já foram editadas 56 súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019b, *online*), há 15 anos de sua instituição por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004. Dentre as súmulas vinculantes, tornou-se bastante conhecida e discutida a Súmula n. 11 (STF, 2008a, *online*), que reza:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Resta inegável, a partir da leitura do texto dessa súmula, o seu elevado grau de abstração e generalidade e, conseqüentemente, sua semelhança a um verdadeiro texto de lei. O dispositivo visa a preservação da dignidade da pessoa do acusado, vedando o uso de algemas caso se afigure desnecessário. Sua interpretação, para uma esmerada aplicação aos casos concretos, deve levar em consideração seja os princípios constitucionais que regem a matéria, seja a discussão que deu origem ao enunciado, a fim de aferir a correta dimensão de seu alcance. Passa-se, na sequência, à abordagem acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

2.3 Os precedentes no controle de constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, por sua vez, também contém elementos de aproximação com os sistemas do *Common Law*. O presente item tem por finalidade não a de promover uma análise abrangente do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mas de seus elementos que o configuram como um autêntico mecanismo de racionalização das decisões judiciais.

Como o presente trabalho versa precipuamente sobre o tema dos precedentes, se faz digno de nota que a própria ideia de controle de constitucionalidade surgiu de um importantíssimo precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Trata-se do emblemático caso *Marbury v. Madison*. Tratou-se de um complexo caso judiciário envolvendo questões políticas incandescentes, surgidas com a eleição presidencial no ano de 1800. O caso se resumia basicamente a uma ação interposta originariamente perante a

Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de uma modalidade de ação chamada *writ of mandamus*, ou seja, um mandado de segurança, em que o autor, William Marbury, demandava de James Madison, secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson, a entrega do ato de investidura em um cargo de juiz de paz. Madison recusava proceder à entrega do ato, porque o cargo havia sido criado no apagar das luzes do anterior governo, do presidente John Adams, adversário de Jefferson.

O presidente da Suprema Corte ao tempo do julgamento da ação era John Marshall, que havia acabado de deixar o cargo de secretário de Estado do presidente John Adams, e assumido a função de presidente da Suprema Corte por indicação deste. No âmbito dessa ação acabou-se por julgar inconstitucional o § 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte a competência originária para julgar ações daquela natureza, fora das hipóteses previstas no artigo 3º da Constituição. O voto de Marshall foi decisivo não só no julgamento da causa, como também para a história do direito constitucional. A dimensão de sua importância assim se resume:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (BARROSO, 2006, p. 8)

Após a decisão no caso *Marbury v. Madison*, passaram-se muitos anos até que a Suprema Corte dos Estados Unidos voltasse a declarar a inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional. Esse fato, a propósito, é exemplificativo de que no *Common Law*, o precedente não nasce precedente, mas somente se torna precedente a partir do reconhecimento que lhe é dado posteriormente, pelo próprio Judiciário e pela comunidade jurídica. Entretanto, o voto de Marshall persiste como o marco inicial do moderno controle de constitucionalidade. Porém, existem atualmente diversos modelos de controle de constitucionalidade, mas os dois principais modelos são o *difuso* ou *americano*, ou incidental (*incidenter tantum*), e o modelo

concentrado ou *européu*, ou ainda, *abstrato*. O sistema brasileiro constitui-se como um modelo misto, combinando elementos dos dois sistemas:

Enquanto o modelo difuso é apresentado como aquele que contém um *self-restraint* implícito, porque autoriza a intervenção judicial apenas no exame do caso concreto, o modelo concentrado é tido como aquele que suscita maiores controvérsias e indagações de índole política, tendo em vista a possibilidade de exame da constitucionalidade não apenas no caso concreto (incidente), mas também de forma abstrata. Essas concepções aparentemente apodícticas acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v.g., o sistema brasileiro e o sistema português). (MARTINS; MENDES, 2009, p. 1)

Interessante notar que, da mesma maneira como ocorre a aproximação entre as famílias do *Common* e do *Civil Law*, ocorre paralelamente uma aproximação entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Gilmar Ferreira Mendes (MARTINS; MENDES, 2009, p. 2) aponta para a mudança introduzida no controle de constitucionalidade austríaco pela Emenda Constitucional de 7 de dezembro de 1929, que introduziu mudanças substanciais no sistema de controle de constitucionalidade da Constituição da Áustria de 1920. Passou-se a admitir, com essas alterações, que o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça Administrativa reconheçam e elevem controvérsias constitucionais concretas perante a Corte Constitucional, mitigando o protagonismo desta no sistema de controle concentrado de constitucionalidade, ao permitir que tribunais inferiores possam conferir um juízo provisório e negativo sobre as matérias.

De igual modo, porém em sentido contrário, emergem elementos no sistema de controle de constitucionalidade americano, que apontam para uma valorização do interesse público na análise dos interesses subjetivos. Ou seja, ainda que o controle de constitucionalidade se faça nos casos concretos, de modo difuso, cada vez mais são trazidos para o contexto do processo elementos que denotam o posicionamento das questões sob um espectro de interesses mais amplo que o da esfera estrita dos interesses das partes do processo. Nesse sentido:

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valoriza o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis*

conferem ao processo natureza fortemente objetiva. (MARTINS; MENDES, 2009, p. 2)

Verifica-se dessa forma que, mesmo nos Estados Unidos, onde vigora unicamente o controle difuso de constitucionalidade, os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei, por força do *stare decisis*, acaba por se constituir em precedente vinculante, desde que proferido ou confirmado pelas cortes de hierarquia mais alta, ainda que a regra no sistema difuso seja que os efeitos da decisão valham apenas entre as partes do processo.

Passa-se a analisar os efeitos das decisões tomadas em controle difuso e concentrado de constitucionalidade no Brasil. Quanto ao controle difuso, este esteve presente em todas as constituições brasileiras desde a Constituição de 1934, tendo sido mantido na constituição de 1988. Por meio do controle difuso, se permite que, no curso de qualquer ação, seja arguida ou suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, sendo que a questão pode ser levantada por qualquer das partes, como também pelo Ministério Público e pelo próprio juiz, agindo de ofício (STRECK, 2018, p. 156).

O controle difuso não importa na declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em questão, mas tão somente implica que o juiz deixe de aplicar a lei ou o ato. Os efeitos da decisão afetam, via de regra, apenas as partes do processo. A declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, ocorre somente mediante a atuação do princípio da reserva de plenário, decorrente do texto do artigo 97 da Constituição que estabelece, *in verbis*: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988, *online*).

A regulamentação infraconstitucional do art. 97 da Constituição Federal dá-se com as disposições dos artigos 948 e 949 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*), que substituíram os artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973, *online*), sem, contudo, lhes alterar a substância. Dessa maneira, o artigo 480 estabelece que, uma vez arguida a inconstitucionalidade em sede de controle difuso, o relator, após ouvir as partes e o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara a que competir o julgamento da demanda.

O artigo 949, a seu turno, estabelece que caso seja a rejeitada a arguição, o julgamento prosseguirá, ao passo que, se acolhida, a questão deverá ser submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, para que delibere sobre a declaração, ou não, da inconstitucionalidade. Merece particular atenção, porém, a norma do parágrafo único do artigo 949, que estabelece, *in verbis*: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial

a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (BRASIL, 2015, *online*).

Referido parágrafo fora adicionado ao artigo 481 do antigo Código de Processo Civil por meio da Lei n. 9756, de 17.12.1998 e representou uma evolução do sistema difuso-incidental, ao contemplar uma clara exceção à aplicação do princípio da reserva de plenário, mediante a consideração dos precedentes do STF e dos plenários e órgãos especiais dos tribunais.

A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo plenário ou pelo órgão especial dos tribunais representa, assim, uma exceção ao exclusivo efeito *inter partes* das decisões proferidas em controle difuso, ao passo que a norma do parágrafo único do artigo 949 do CPC, excepciona justificadamente o princípio da reserva de plenário, em nome sobretudo da estabilidade da jurisprudência, ao evitar que sucessivas votações em plenário ou órgão especial acerca de uma mesma questão de direito possam produzir resultados contraditórios.

Há, porém, outra situação digna de consideração no que diz respeito à ampliação dos efeitos de decisão em controle difuso. Trata-se das decisões proferidas nas ações coletivas, ou seja, aquelas que se destinam à tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, como tais definidos pelo artigo 81, parágrafo único, e incisos, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, *online*).

Nesses casos, a lei estabelece uma determinada gama de legitimados à propositura da ação, em nome de toda uma coletividade. Patrícia Perrone Campos MELO (2008, p. 85-86) explicita duas situações que evidenciam o caráter extensivo dos efeitos das decisões em ações coletivas:

- a) a sentença que julgar o pedido procedente ou improcedente em demandas coletivas que tenham por objeto direitos difusos ou coletivos alcançará a todos os interessados, salvo se a improcedência decorrer da insuficiência de provas. Não prejudicará, contudo, os direitos individuais dos integrantes do grupo.
- b) os pleitos que tiverem por objeto direitos individuais homogêneos produzirão efeitos contra todos nos casos de procedência do pedido. Em caso de improcedência, a decisão afetará apenas as partes do processo, não atingindo terceiros que dele não tenham participado como litisconsortes. Ora, muito embora a arguição incidental de inconstitucionalidade nas demandas coletivas constitua mera questão prejudicial, que integra apenas a fundamentação do julgado, não sendo alcançada pelo manto da coisa julgada, seu teor poderá produzir efeitos para além do processo, na medida em que o dispositivo do julgado decorrerá do reconhecimento da validade ou invalidade da norma impugnada.

As situações acima apresentadas representam maneiras sutis pelas quais a norma de uma decisão judicial transcende a si mesma e acaba por alcançar uma ampla gama de casos, o que demonstra que a constituição de precedentes vinculantes pode acontecer mesmo pela via do controle difuso de constitucionalidade.

A propósito, não se pode deixar de sublinhar que a arguição de inconstitucionalidade, no controle difuso, se configura sempre como uma questão prejudicial, ou seja, uma questão que condiciona o julgamento do próprio mérito da demanda, tanto é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há guarida nesse sistema de controle, quando a questão da ação tratar exclusivamente da inconstitucionalidade (STRECK, 2018, p. 157). Dessa maneira, é afastada a arguição de inconstitucionalidade como questão autônoma, pela via difusa.

Por fim, como último ponto a ser considerado relativamente ao controle difuso, merece análise do instituto da repercussão geral, introduzido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição, o qual reza: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 2004, *online*).

Trata-se, o recurso extraordinário, cujas hipóteses de cabimento estão previstas no artigo 102, inciso III, alíneas *a* a *d*, do mecanismo processual por meio do qual é possível submeter a análise do juízo acerca da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos ao Supremo Tribunal Federal, por meio da via difusa.

A exigência de demonstração de repercussão geral como preliminar do recurso extraordinário veio a sobrelevar o papel da Suprema Corte de legítima e soberana intérprete do texto constitucional, tendo ainda se mostrado um mecanismo eficaz de redução de recursos interpostos junto ao Supremo.

Conforme mencionado no item anterior, para Lênio Luiz Streck, os enunciados das súmulas vinculantes se equiparam a texto legal, de conteúdo geral e abstrato. Entretanto, a visão do autor acerca da repercussão geral leva a crer que sua posição acerca do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é mais próxima do mecanismo de aplicação de precedentes do *Common Law*, pois deve levar em consideração as características dos casos concretos, conforme adiante se lê:

[...] é importante dizer que a própria formação das matérias em que se reconhece repercussão geral deve respeitar a integridade e coerência do direito, refletindo, de maneira ampla, os elementos que compõem a história

institucional do direito. Isso quer dizer que – na esteira do que venho desenvolvendo especialmente em Verdade e consenso – não há “grau zero” nas decisões judiciais. Isto é, cada decisão judicial deve respeitar o DNA daquele tema específico e que consubstancia a causa. A definição de uma repercussão geral não pode ser equivalente a um enunciado sumular, por exemplo. A aceitação pelo STF da existência da repercussão geral não pode se transformar em um enunciado assertórico, como se fosse uma universalidade conceitual. Nesse caso, o instituto caminhará na contramão da hermenêutica, porque serviria para obnubilar as distinções que separam um caso do outro. (STRECK, 2018, p. 232-233)

Em outro trecho (2018, p. 232), o autor se utiliza do termo inglês *holding*, sinônimo de *ratio decidendi*, ao afirmar que a norma da decisão em reconhecimento de repercussão geral transcende o caso originário para abranger os demais casos idênticos:

[...] a repercussão geral pode vir a ser um importante mecanismo para a reconstrução histórico-institucional do direito, na medida em que possibilita uma generalização minimamente necessária dos casos, evitando a continuidade do processo de fragmentação das decisões judiciais. É preciso entender que cada decisão judicial contém uma *holding*, cujo conteúdo deve conter esse grau de generalização. É como se o direito tivesse um DNA, que, no caso dos recursos extraordinários, deve conter um elevado grau de transcendência.

Demonstra-se dessa maneira, que o controle de constitucionalidade *incidenter tantum* praticado pelo STF, mediante o apoio do instituto da repercussão geral, se constitui claramente num mecanismo de aproximação do nosso sistema ao *stare decisis* do *Common Law*. Mas o que adiante segue, se afigura ainda mais revelador dessa característica.

O que ainda ocorre é que as decisões de declaração de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por força do contido no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), devem ser submetidas ao Senado da República, que deverá “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988, *online*). Isso implica que, muito embora a decisão em controle difuso forme coisa julgada apenas entre as partes, a partir do momento em que a lei declarada inconstitucional tem a sua suspensão decretada pelo Senado Federal, referida decisão passa a valer para todos, porém com uma particularidade face às decisões proferidas em controle concentrado (STRECK, 2018, p. 184). Afinal, estas produzem efeitos *ex tunc*, ou seja, desde sempre, o que implica em nulidade da lei ou do ato declarado inconstitucional, que passa a ser considerado como se nunca tivesse existido. Já as decisões em controle difuso, por seu turno, após a suspensão pelo Senado, produzem efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que passa a vigorar o ato da casa

legislativa. Assim, permanecem válidos os efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional até então, a todos sujeitos de direito que não as partes do processo.

Não obstante o mecanismo que amplia os efeitos da decisão em controle difuso, acima descrito, Luiz Guilherme Marinoni defende enfaticamente o reconhecimento de efeito vinculante aos precedentes do STF formados em recurso extraordinário. Embora não haja disposição constitucional expressa nesse sentido, o papel conferido pela Constituição ao STF, de guarda e soberano intérprete do texto constitucional se revelaria suficiente. Nesse sentido, o autor manifesta a sua opinião:

Assim, chega-se ao momento em que é possível definir o significado de se atribuir efeito vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário. Não se atribui eficácia vinculante a essas decisões em razão de se supor que, como ocorre na ação direta, se está tratando do controle objetivo das normas, mas da percepção de que os motivos determinantes das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou em controle difuso, devem ser observados pelos demais órgãos judiciários, sob pena de a função do Supremo Tribunal Federal restar comprometida. (MARINONI, 2016b, p. 299)

Passa-se à análise do controle concentrado de constitucionalidade. No direito constitucional brasileiro, os principais instrumentos processuais de manejo do controle concentrado de constitucionalidade são a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, ambas previstas no artigo 102, inciso I, alínea *a*, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal” (BRASIL, 1988, *online*). Mais adiante, estabelece o § 2º do mesmo artigo: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. O procedimento de ambas as ações é regido pelas disposições da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999, *online*).

Pelos seus efeitos, as decisões produzidas em controle abstrato de constitucionalidade produzem efeitos *erga omnes* e vinculantes, ou seja, assemelham-se a precedentes vinculantes, conforme assevera Patrícia Perrone Campos MELO (2008, p. 77-78):

As decisões produzidas em sede de controle concentrado e principal, inclusive aquelas de conteúdo cautelar, são dotadas de eficácia contra todos (*erga omnes*) e de efeitos vinculantes. Em virtude da eficácia *erga omnes*, um julgado proferido nesta sede beneficia ou prejudica a todo e qualquer jurisdicionado, tenha ou não participado da causa. Já no que respeita aos efeitos vinculantes, significam eles que a autoridade da decisão deverá prevalecer na solução de qualquer outra lide que esteja subordinada à questão já resolvida, tanto no que se refere aos demais órgãos do Poder Judiciário, quanto no que respeita à administração pública. A eficácia *erga omnes*, associada aos efeitos vinculantes, confere, portanto, o caráter de precedente normativo às decisões proferidas em controle concentrado-principal, designadas, na linguagem corrente, “precedentes vinculantes”. (MELLO, 2008, p. 77-78)

A previsão de eficácia *erga omnes*, que se encontra no § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, é reproduzida, em outras palavras, no parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/1999, a seguir descrito: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (BRASIL, 1999, *online*).

Muito embora a previsão da eficácia *erga omnes* esteja atualmente expressamente prevista no texto constitucional, nem sempre foi assim, tanto é que na falta de previsão expressa e após longa discussão acerca da matéria, em 1977 o Supremo Tribunal Federal deixou assente que esse tipo de eficácia fazia parte da própria natureza das decisões proferidas nas ações de representação de inconstitucionalidade, que eram o instrumento de controle de constitucionalidade das leis, à época (MARTINS; MENDES, 2009, p. 537).

Quanto ao efeito vinculante, este foi introduzido no texto constitucional por força da Emenda n. 3/1993 (BRASIL, 1993, *online*), baseada em proposta de emenda constitucional de autoria do deputado Roberto Campos, e dizia respeito apenas às decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade. Foi a emenda constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2004, *online*) que deu a atual redação ao § 2º do artigo 102 da Constituição, dotando de efeitos vinculantes as decisões proferidas em ambas as ações, a declaratória de constitucionalidade e a declaratória de inconstitucionalidade.

Segundo a explicação de Lênio Luiz Streck, o efeito *erga omnes* se distingue do efeito vinculante, na medida em que este transcende o dispositivo da sentença e alcança seus motivos determinantes (*ratio decidendi*) e até mesmo os *obiter dicta*. Nas palavras do autor:

Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes, sempre levando em conta a discussão hermenêutica, no sentido de que esses “fundamentos determinantes” fazem parte da reconstrução do próprio caso e que dele será possível extrair o DNA para os casos a serem vinculados à referida decisão. Ou seja, a parte dispositiva não esgota a discussão, do mesmo modo que uma súmula não “contém” o direito em causa. Súmulas, ementas ou partes dispositivas de decisões não podem ser entendidas como enunciados assertóricos. A transcendência (dos efeitos) deve ser entendida interpretativa e hermeneuticamente. (STRECK, 2018, p. 365)

Acrescenta-se a seguir o trecho em que o autor menciona os *obiter dicta*, e tece ainda outras considerações:

[...] nem mesmo os *obiter dicta* são cindíveis da análise hermenêutica, convocando-se, desse modo, a superação das dicotomias fato e direito, palavra e coisa, interpretação e aplicação. Quando se afirma que o efeito vinculante vai para além do dispositivo, isto é, transcende-o, está-se apenas sustentando que a decisão judicial é um todo em cujo contexto a parte dispositiva não pode – por impossibilidade filosófica – abarcar a complexidade da discussão. (STECK, 2018, p. 365-366)

Dessa maneira, ainda que o dispositivo da decisão não tenha correlação a algum caso futuro, mas os fundamentos determinantes ou os *obiter dicta* tiverem, deverão ser aplicados na solução da lide. A consequência é clara: a decisão, com os fatos, a fundamentação e o dispositivo formam um todo, derrubando a distinção entre matérias de fato e de direito, de maneira que sua análise como parâmetro decisório para casos futuros não pode ser tomada apenas em um único aspecto.

Existem ainda, no direito brasileiro, outros instrumentos do sistema de controle de constitucionalidade como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e as hipóteses especiais de controle concentrado, que são a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva, que não serão analisados neste trabalho, seja por necessidade de síntese, mas principalmente porque ao terem sido analisados os principais efeitos das decisões em controle de constitucionalidade foram cumpridos os escopos do presente item.

Finalmente, cumpre constatar que o sistema pátrio de controle *concentrado* de constitucionalidade aproxima o sistema jurídico nacional das características dos sistemas de *Common Law*, pelo aspecto do *stare decisis*, uma vez que as decisões são tornadas vinculantes e com efeitos *erga omnes*. Por outro lado, recorde-se que a Inglaterra não possui controle judicial de constitucionalidade, e os Estados Unidos o possuem somente na vertente difusa. Dessa maneira, levado em conta esse outro aspecto, a presença de um sistema de controle

abstrato de constitucionalidade afasta o sistema brasileiro dos dois principais sistemas de *Common Law*, nos quais o direito é construído judicialmente a partir de casos concretos, e nunca de modo abstrato.

Finalmente, se faz oportuno mencionar que as decisões em controle de constitucionalidade que serão as decisões dessa categoria mais conhecidas e lembradas no Brasil por muitos anos, manifestam uma postura errática da Suprema Corte brasileira. A primeira dessas decisões, consistente na negativa do Habeas Corpus (HC) 126292 (STF, 2016c, *online*), estabeleceu a possibilidade de cumprimento da pena privativa de liberdade após a condenação ou confirmação de condenação por órgão judiciário de segunda instância, mesmo contra a literalidade dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal. Referido precedente, válido apenas para o caso do *habeas corpus* sob análise, produziu uma grave situação de segurança jurídica, uma vez que alguns ministros passaram a adotá-lo enquanto outros não.

Diante disso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), propuseram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 (STF, 2016a, *online*) e 44 (STF, 2016b, *online*), pugnando pela declaração da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que espelha o dispositivo do inciso LXI da Constituição Federal. Em outubro de 2016, por um placar de 6 votos a 5, a Suprema Corte indeferiu os pedidos liminares das referidas ações, para que fosse mantida a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. A regra vigorou por três anos, até que, em julgamento final ocorrido no dia 7 de novembro de 2019, pelo menos placar de 6 votos a 5, o plenário do Supremo voltou a proibir a prisão após condenação em segunda instância, com o propósito de cumprimento de pena, permanecendo a possibilidade de prisão apenas em presença dos requisitos da prisão cautelar. Feitas essas considerações, passa-se à análise do assim chamado (por alguns) sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

2.4 Os precedentes no Código de Processo Civil de 2015

A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (BRASIL, 1973, *online*), o antigo Código de Processo Civil, sofreu sucessivas reformas ao longo do tempo, a fim de dar guarida a diversos

instrumentos capazes de promover a uniformização da jurisprudência dos tribunais. Nesse sentido merecem destaque: o julgamento monocrático de recursos e a dispensa da reserva de plenário, previstos respectivamente no artigo 557 e no parágrafo único do artigo 481, incluídos pela Lei n. 9.756/1998; a súmula impeditiva de recursos, prevista no artigo 518, § 1º, incluída pela Lei n. 11.276/2006; a sentença liminar de improcedência, prevista no artigo 285-A, incluída pela Lei n. 11.277/2006; a repercussão geral para admissão de recurso extraordinário, prevista nos artigos 543-A e 543-B, incluídos pela Lei n. 11.418/2006; e o recurso especial repetitivo, previsto no art. 543-C, incluído pela Lei n. 11.672/2008.

O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015, *online*), aprofundou significativamente essa tendência, ao criar novos mecanismos de uniformização da jurisprudência e valorização dos precedentes, e ampliou os mecanismos já existentes. A seguir são apontadas e analisadas as principais novidades, iniciando-se pela teoria da decisão judicial encampada pelo novo Código, conforme descrito nos parágrafos do art. 489, a seguir transcritos:

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015, *online*)

Verifica-se da análise do texto legal acima citado, uma exigente carga de fundamentação das decisões judiciais. Para o escopo do presente trabalho, merecem especial atenção os incisos V e VI do § 1º, que consagram conceitos típicos da doutrina dos precedentes do *Common Law*, notadamente a *ratio decidendi* (inciso V), quando se fala de fundamentos

determinantes, a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), mencionadas no inciso VI.

Conforme afirma o texto do inciso V, não basta ao juiz a indicação de precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar seus fundamentos determinantes e a correlação destes fundamentos com o julgamento da causa. Essa norma representa a consagração da técnica da *autorreferência decisória*, cujo significado é a seguir explicitado:

Trata-se da aplicação da técnica da *autorreferência decisória*, pela qual a fundamentação da decisão judicial deverá fazer referência à *ratio decidendi* encontrada em julgamentos anteriores de questões jurídicas similares. Com a autorreferência, o julgador subsequente analisará aquilo que foi decidido anteriormente e, concordando com ele, invocará o precedente, valendo-se da fundamentação para demonstrar a identidade dos casos. Caso contrário, se o órgão judicial discordar do precedente, competirá o dever de apontar as diferenças substanciais entre os casos ou declinar os motivos suficientes para não se aplicar o precedente ao caso presente. (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 350-351)

Outrossim, o dever de motivação das decisões judiciais, materializados nos preceitos do § 1º do art. 489, desempenha um papel fundamental na legitimação democrática da atividade jurisdicional, assegurando um elevado grau de transparência de seu exercício. Dentro desse espectro, a motivação das decisões atende uma ampla gama de finalidades, conforme a seguir se descreve:

O Judiciário deve ser considerado um poder democrático, porque as suas atividades são públicas e suas decisões podem ser controladas pelas partes, desde que devidamente fundamentadas. É pela exposição e publicação da motivação das decisões que o Judiciário se legitima socialmente. A motivação das decisões judiciais compre várias funções essenciais: i) permite aferir a imparcialidade do juiz; ii) permite verificar a juridicidade e a legitimidade dos julgamentos; iii) assegura às partes meios concretos para constatar que seus argumentos foram analisados pelo órgão judicial; iv) evita o arbítrio judicial; v) delimita o âmbito do *decisum*; v) torna possível que as partes inconformadas apresentem razões recursais, impugnando os fundamentos da decisão. (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 648)

O inciso VI, por sua vez, determina ao juiz que este não deve deixar de acolher enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte sem fundamentar a distinção entre os fundamentos determinantes daqueles e os do caso sob julgamento. Conforme explicitado no Capítulo 1, a distinção consiste num importante mecanismo da dinâmica dos precedentes, e contribui para o aperfeiçoamento do sistema jurídico calcado nas normas extraídas dos

juízos dos casos concretos. Nesse sentido, a lição de Dierle NUNES e André Frederico HORTA (2015, p. 309):

Em outras palavras, jamais o precedente será anunciado de forma completa e única. É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir da contribuição de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.

O trecho acima citado, ao falar da contribuição de todos os sujeitos processuais, faz referência a outro ponto importante do novo código: o princípio da participação, que compromete todas as partes do processo, e não somente o juiz, a terem em consideração a necessidade de observância dos padrões decisórios. Referido princípio e suas implicações são a seguir descritos:

E é exatamente pela percepção de que os sujeitos processuais com recorrência não tendem a cooperar uns com os outros que o Novo CPC adota uma teoria normativa da participação, que contra-faticamente induz a adoção de um comportamento cooperativo. Assim, deve a parte procurar estabelecer os padrões de segurança e de distinção (e eventualmente até de superação – *overruling*) com relação ao precedente ou enunciado sumular que grave sobre a matéria. [...]

Ademais, do mesmo modo que não é dado ao magistrado desconhecer o todo da prática jurídica, ignorar a argumentação desenvolvida pelos demais sujeitos processuais, ou não motivar as suas decisões, as partes (por meio de seus respectivos advogados) têm o dever de, agindo de boa-fé e com transparência, trabalhar com todos os precedentes (pelo menos os mais emblemáticos) e enunciados sumulares que digam respeito à temática tratada em seus arrazoados, ainda que aparentemente contrários aos seus interesses – daí a adoção do **dever de se levar em consideração** os argumentos relevantes das partes (art. 489, §1º, IV). (NUNES; HORTA, 2015, p. 328-329, *grifo dos autores*)

Dogmaticamente, o princípio da participação vem consagrado no artigo 332 e no artigo 311, inciso II, do novo CPC (BRASIL, 2015, *online*). O primeiro diz respeito à improcedência liminar do pedido, nas hipóteses em que este for contrário às súmulas do STJ e do STF e ou do tribunal a que o juízo esteja submetido, e ainda quando for contrário a acórdãos do STJ e STF em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. O segundo dispositivo (art.

311, inciso II), estabelece como requisito para concessão da tutela de evidência a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Um outro ponto importantíssimo do novo Código foi o banimento do princípio do livre convencimento do magistrado, diante do preceito estabelecido no artigo 317, *in verbis*: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015, *online*). Para efeitos de comparação, veja-se a redação do artigo correspondente do Código de 1973, qual seja, o artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 1973, *online*, *grifo nosso*). A propósito do assunto, o juízo da doutrina:

O convencimento judicial não é livre. Não implica valorações de cunho eminentemente subjetivas, isentas de critérios e controles. Não pode o magistrado desconsiderar o diálogo processual, devendo buscar pautas ou diretrizes de caráter objetivo para se ter uma valoração lógica e racional (*modelos de constatação* ou *standards judiciais*). O órgão julgador, tampouco, pode deixar de enfrentar todos os pontos ou questões, objeto de argumentação das partes, que, se considerados, poderiam alterar a decisão proferida. Interpretação diversa ensejaria violação à garantia fundamental do devido processo legal. (CAMBI; HELLMAN, 2018, p. 652)

O artigo 926 (BRASIL, 2015, *online*), por sua vez, estabelece como deveres dos tribunais a uniformidade, a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência, conforme o texto seguinte: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O dever de uniformidade significa que o tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos facionários, sobre uma mesma questão jurídica (DIDIER JUNIOR, 2015, *online*). Impõe-se-lhe o dever de uniformizar a jurisprudência, mediante os instrumentos previstos no direito processual.

O *dever de estabilidade* coíbe os tribunais de promoverem mudanças abruptas em sua jurisprudência (DIDIER JUNIOR, 2015, *online*) e no contexto desse dever merece destaque o *princípio da inércia argumentativa*. Por este princípio exige-se uma forte carga argumentativa para decisões que deixam de aplicar um precedente, seja por distinção ou superação, nos moldes do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, ao passo que se exige uma carga argumentativa mais branda caso a decisão se baseie na aplicação do precedente, sem dispensar, contudo, a demonstração de que os fundamentos determinantes do precedente se aplicam ao caso *sub judice*, conforme preceitua o artigo 489, § 1º, inciso V, do CPC.

O *dever de coerência*, por sua vez, comporta uma dimensão interna e uma dimensão externa (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 479-481). Pela coerência externa, cabe aos tribunais observarem a autorreferência em relação aos seus próprios precedentes, ao passo que a coerência interna diz respeito à própria construção do precedente, ou seja, à sua fundamentação, a qual deve respeitar o conteúdo dos conceitos jurídicos fundamentais e dos conceitos jurídico-positivos, dentre outros aspectos.

O *dever de integridade* implica em zelar pela unidade do Direito (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 484-486). Dessa maneira, essa obrigação rechaça o voluntarismo judicial e as argumentações arbitrárias, impondo ao magistrado o dever de decidir sempre conforme o Direito, considerado em toda a sua complexidade, não podendo decidir com base, por exemplo, em um “direito alternativo”. Implica também decidir em respeito à Constituição, concretizando o *postulado da hierarquia*, e enxergando no ordenamento jurídico um *sistema de normas*, e não um *amontoado de normas*. Uma melhor elucidação dos conceitos de coerência e integridade se dará ao final do terceiro capítulo.

Passando adiante, não se pode deixar de mencionar o art. 927 do novo Código, objeto de acesa discussão doutrinária. Referido dispositivo (segundo parte da doutrina) estabelece um rol de precedentes vinculantes, cumprindo lembrar que o Código de Processo Civil possui *status* de lei ordinária. Para os que acompanharam a incandescente discussão havida no universo jurídico brasileiro quando da instituição da súmula vinculante por meio de emenda à Constituição, causa no mínimo surpresa que o código de processo tenha se arrogado autoridade para elencar um rol de precedentes (ou provimentos, caso se considere mais adequado) vinculantes, para além daqueles previstos no texto constitucional. Conforme adiante se vê, para além da simples discussão acerca da constitucionalidade ou não o dispositivo legal, há uma gama enorme de matizes a serem considerados, o que torna a discussão ricamente complexa. Segue o texto do dispositivo:

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.

Dessume-se do texto a grande preocupação do legislador em privilegiar o seguimento dos precedentes formulados pelos tribunais superiores (jurisprudência vertical), assim como dos precedentes formulados pelos próprios tribunais (jurisprudência horizontal), como é o caso da disposição do inciso V.

Curiosamente, o dispositivo legal que privilegia o uso dos precedentes, como um fator de segurança jurídica, é ele próprio objeto de ampla controvérsia na doutrina, conforme já mencionado. Ronaldo CRAMER (2016, p. 183) enumera nada mais do que cinco correntes doutrinárias de interpretação do art. 927 do CPC.

A primeira dessas teses, e também a majoritária, sustenta que o art. 927 enumera um rol de precedentes vinculantes, sendo essa a opinião de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael de Alexandria, Hermes Zaneti Jr., Humberto Teodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flavio Quinaud Pedron, Candido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcellos Carilho Lopes, Araken de Assis, Arruda Alvim, Eduardo José da Fonseca Costa e Rodolfo Kronenberg Hartmann (CRAMER, 2016, p. 183-184). A opinião de DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA (2015, p. 461), é a seguir expressa com caráter exemplificativo da primeira posição apontada:

O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pode ser, por exemplo, um precedente em processo de controle concentrado de constitucionalidade, um simples incidente em julgamento de tribunal ou um procedimento de produção de enunciado de súmula.

Cada um deles merece análise em item próprio.

Mas esse rol não é exaustivo.

Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na *súmula de cada um dos tribunais* (ainda que não seja tribunal superior) tem força obrigatória *em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados*. Daí a previsão do art. 926, CPC, quanto ao dever genérico de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente; isso permitirá a edição de súmula que consolide a jurisprudência dominante, observando-se o procedimento traçado em seu regimento interno.

Para a segunda corrente, encampada por Teresa Arruda Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, o art. 927 não estabelece um rol de precedentes vinculantes, sendo vinculantes apenas aqueles em relação aos quais cabe reclamação, conforme previsão do artigo 988 do CPC, de maneira que seriam

vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (CRAMER, 2016, p. 184).

A terceira linha, defendida por Alexandre Freitas Câmara, entende que o artigo não tem por finalidade dotar de força vinculante tais precedentes, mas obrigar que os juízes e tribunais os levem em conta em suas decisões, sendo vinculantes apenas os precedentes que vinculam em decorrência de seu próprio regime jurídico (CRAMER, 2016, p. 185).

O autor, portanto, reconhece o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF no julgamento das ações de controle direto de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante e das decisões proferidas em julgamentos de casos repetitivos (tomada esta expressão no sentido que lhe é atribuído pelo art. 928 do CPC) e em incidentes de assunção de competência (CÂMARA, 2018, p. 183). A posição do autor é assim descrita:

É preciso, então, ter claro este ponto: nem tudo o que está enumerado no art. 927 do CPC/2015 tem eficácia vinculante. Há ali, também, o que tenha eficácia meramente argumentativa (ou, como se costuma dizer, persuasiva). E o que legitima a distinção entre precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia vinculante e precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia meramente argumentativa ou persuasiva é a amplitude do contraditório, capaz de assegurar uma participação qualificada em sua formação. (CÂMARA, 2018, p. 183)

Para a quarta linha, somente a Constituição pode conferir efeito vinculante a determinado tipo de precedente, de maneira que, do rol apontado, somente aqueles enquadrados nessa situação é que possuem tal efeito, sendo inconstitucionais as demais hipóteses; essa posição é defendida por José Rogério Cruz e Tucci, Nelson Nery Jr., Rosa Maria de Andrade Nery e Cassio Scarpinella Bueno (CRAMER, 2016, p. 186). Como amostra desse entendimento, cita-se o posicionamento de TUCCI (2015, p. 454):

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” -, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical.

Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.

À míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem.

A quinta corrente de interpretação, esposada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, defendem que apenas os tribunais superiores (compreendidos como cortes supremas) têm a missão de emitir precedentes e todos os precedentes, além daqueles previstos no rol do art. 927, possuem caráter vinculante (CRAMER, 2016, p. 187). A posição desse grupo de autores pode ser melhor entendida a partir da seguinte citação:

A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade, pois as normas constitucionais atribuem às Cortes Supremas as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes obrigatórios. (MARINONI, 2016, p. 109)

Por fim, apresenta-se também a posição de Lênio Luiz STRECK e Georges ABOUD (2015, p. 177), para os quais a imposição do art. 927 não dispensa a atividade interpretativa do julgador, mediante o domínio da visão advinda do paradigma pós-positivista:

Todavia, sua aplicação pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensa atividade interpretativa por parte do julgador bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para se aplicar o provimento vinculante.

Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes não há nesse ponto uma proibição de interpretar. Quem pensa isso parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade do positivismo da common Law equiparável ao positivismo exegético francês e ao pandectismo alemão. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

A propósito desse posicionamento, Georges ABOUD (2015, p. 400-402) assevera as diferenças entre os sistemas de precedentes brasileiro e os do *Common Law*, afirmando que um verdadeiro sistema de precedentes não nasce de um momento para outro, por meio de uma decisão legislativa. O sistema inglês foi formado casuisticamente, a partir de casos concretos e a força dos precedentes se impunha a partir de sua aceitação pelos magistrados de todo o país, e não por uma imposição vertical. No século XVII, o sistema adquiriu um aparato filosófico, graças às obras de Edward Coke, John Selden e Matthew Hale.

Dessa maneira, a imposição legislativa de um sistema de precedentes lança o sistema no risco de que o *juiz-boca-da-lei* seja substituído pelo *juiz-boca-da-súmula-ou-de-qualquer-*

outro-provimento-vinculante (ABBOUD, 2015, p. 402-403). Para o autor, a escorreita aplicação do sistema de precedentes do novo código exige dos operadores do direito, particularmente dos julgadores, o domínio dos conceitos do pós-positivismo de Friedrich Müller, que constitui a face jurídica do giro-linguístico, ou seja, o paradigma filosófico que superou o paradigma subjetivista da filosofia moderna (ABBOUD, 2015, p. 402). O autor resume os postulados do pós-positivismo da seguinte maneira:

De forma resumida, a obra de Friedrich Müller é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (iv) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito. (ABBOUD, 2015, p. 402)

Para o autor (ABBOUD, 2015, p. 405), no Brasil, diversas decisões já nascem vinculantes, independentemente de serem coerentes e íntegras do ponto de vista da cadeia decisional. Dessa maneira, merece relevo o fator hermenêutico na aplicação dos institutos previstos no novo Código de Processo, a fim de que se impeça a aplicação meramente mecânica ou subsuntiva dos provimentos vinculantes. Essa atividade interpretativa necessária à aplicação desses provimentos, visa assim contribuir para a efetivação da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

Certamente, caberá ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a interpretação do artigo 927 do Código de Processo Civil que deverá prevalecer, uma vez que há evidentes aspectos constitucionais envolvidos. Entretanto, na fundamentação do acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n. 655.265 (STF, 2016d, *online*), o Ministro Redator, Ministro Edson Fachin, encampou a tese de Marinoni, Arenhart e Mididiero, ao referir-se à cortes superiores como “Cortes de Vértice”, conforme a seguir descrito:

[...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógicoargumentativa da

interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação.

Tratava-se o julgamento acerca da constitucionalidade da exigência editalícia de comprovação do triênio de atividade jurídica para ingresso na magistratura, no momento da inscrição no concurso público. A decisão, em deferência ao precedente firmado na ADI 3.460, denegou o pedido, afirmando não ter havido causa superveniente capaz de provocar a distinção ou a superação da tese. Não se sabe se essa posição, favorável à tese precedentalista de Marinoni, Mitidiero e Arenhart irá se firmar, entretanto, a citada decisão é um forte indicativo em seu favor. A posição desta pesquisa acerca do assunto, porém, está exposta ao final do terceiro capítulo.

Passa-se, por fim, à análise de dois importantes instrumentos de uniformização de jurisprudência criados pelo novo Código de Processo Civil: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC). Quanto ao IRDR, este vem regulado nos artigos 976 a 987 do CPC (BRASIL, 2015, *online*). O incidente pode ser incitado pelo juiz ou pelas partes do processo, ou mesmo ainda pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A instauração e o recebimento do incidente, dirigido ao presidente do tribunal respectivo, provoca a suspensão de todas as ações em curso na jurisdição do tribunal, e que tenham por objeto a controvérsia discutida. A tese firmada ao final do incidente passa a ser de aplicação obrigatória a todos os processos que até então estavam suspensos e a futuras ações, cabendo reclamação em caso de sua não aplicação.

Já a assunção de competência, vem prevista no artigo 947 do CPC (BRASIL, 2015, *online*). Contrariamente ao que ocorre com o incidente de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência tem lugar quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, porém, sem repetição em múltiplos processos. Importa salientar, que tanto

num como noutro incidente, o julgamento se opera com a formação de uma tese abstrata que será de aplicação obrigatória a todos os casos *sub judice* que porventura encerrem a controvérsia discutida. Portanto, tanto nesses, como em outros incidentes de uniformização de jurisprudência presentes no ordenamento brasileiro, há uma flagrante diferença com o precedente do *Common Law*. O precedente do *Common Law* não nasce precedente, mas é uma decisão destinada ao julgamento de um único caso concreto, que se torna parâmetro para julgamento de decisões futuras, por imposição do dever de isonomia e, a partir do *stare decisis*, também pela autoridade hierárquica da corte que o produz ou acolhe. As teses abstratas elaboradas no bojo dos incidentes brasileiros tem o propósito específico de se tornarem regras para decisão de casos futuros ou em andamento, mas não julgados, e precisamente para isso são criadas. Essa diferença mostra-se de capital importância para o resultado da presente pesquisa, conforme se apresenta no terceiro e último capítulo, que adiante segue.

3 OS PRECEDENTES E O REGIME DEMOCRÁTICO

No primeiro capítulo foram analisados, resumidamente, os elementos e a dinâmica dos precedentes judiciais, segundo a doutrina do *Common Law*. Nesse mesmo capítulo, procedeu-se a uma abordagem histórica do papel dos precedentes na tradição do direito latino, do qual é herdeira a tradição jurídica brasileira. Por fim, foram analisados os principais caracteres dos sistemas do *Civil* e do *Common Law* e o contemporâneo fenômeno da aproximação entre ambos.

No segundo capítulo foram abordados os institutos do direito brasileiro que, segundo a doutrina precedentalista, se afiguram como resultado da aproximação do sistema jurídico pátrio com os sistemas do *Common Law*. Assim, enquanto no primeiro capítulo foi possível conhecer as características próprias do sistema de precedentes do *Common Law*, o segundo capítulo propiciou conhecer as características do que representaria aquilo que o Brasil já possui em termos de disciplina de precedentes.

A conclusão irrefutável a que se chega, acerca das diferenças entre ambos os sistemas, os do *Common Law* e o brasileiro, é que, enquanto no *Common Law* o direito se forma de maneira casuísta, ou seja, a partir dos casos concretos e é aplicado aos casos no futuro tendo em consideração as características dos casos concretos, no Brasil, aquilo a que chamam de precedente é na verdade representado por enunciados e teses abstratas construídas pelos tribunais superiores, que acabam por se dissociar dos casos concretos que lhes deram origem, de maneira que o assim chamado precedente brasileiro não se configura à ideia mais estrita de precedente do *Common Law*.

Com base nessa conclusão preliminar, no presente capítulo será abordado o problema central da presente investigação, qual seja, se a instauração, no Brasil, de um sistema de precedentes judiciais segundo o modelo do *Common Law* seria capaz de contribuir com a legitimidade democrática da atuação jurisdicional, contribuindo para que as decisões judiciais sejam mais isonômicas, e respeitem a segurança jurídica e a confiança legítima dos jurisdicionados.

Para isso, no primeiro subitem serão abordadas as questões do poder e de sua legitimidade, no contexto no regime democrático. No segundo subitem, serão abordados os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da confiança legítima, tomados como fundamentos do Estado democrático de Direito. Por fim, no terceiro subitem, se chega à conclusão final deste trabalho, onde se busca responder se é oportuna a instauração de um

sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, levando-se em conta os pontos trazidos pela crítica doutrinária à implantação desse sistema no país.

3.1 Poder e legitimidade no Estado democrático de Direito

A forma de estruturação jurídica a que costumamos dar o nome de Estado de Direito, muito embora tenha se difundido por inúmeros países nas mais diversas partes do mundo, é, no entanto, de formação relativamente recente, conforme atesta a obra *O direito na sociedade moderna*, de Roberto Mangabeira UNGER (1979). Conforme assevera o autor dessa obra, o Estado de Direito, a que também dá os nomes de *ordem jurídica* ou *sistema legal* (UNGER, 1979, p. 62) somente encontrou as condições ideais para o seu surgimento na Europa moderna.

Retrocedendo-se à gênese do Estado de Direito e do moderno constitucionalismo, verifica-se que mesmo sob a égide do estado absolutista da Idade Moderna (1453-1789), vigiam os estatutos dos *Ständestaaten* (sociedades estamentais), que representavam formas de mitigação do poder absoluto dos príncipes e limites à sua discricionariedade. O mencionado contexto é melhor esclarecido a partir da distinção entre as realidades denominadas *Polizeisache* e *Justizsache*, onde “A primeira constituía as questões da competência do soberano na manutenção da ordem pública, na supervisão de seus subordinados e na concentração dos recursos necessários à perpetuação de seu poder” (UNGER, 1979, p. 171). Essa atividade representava a parte discricionária da ordem normativa e nela se confundiam as modernas categorias de legislação, administração e jurisdição (UNGER, 1979, p. 171). Veja-se, portanto, que mesmo ao tempo do poderio absolutista, apenas uma parcela, ainda que significativa, do ordenamento jurídico, encontrava-se sob o arbítrio do príncipe. *Justizsache* representa, a seu turno, a esfera jurídica imune à discricionariedade do soberano, conforme adiante se descreve:

A ela opunha-se a *Justizsache*, ou seja, as questões referentes aos privilégios e obrigações dos estamentos do reino. Partes desta lei orgânica podiam vir a ser escritas sob várias formas diferentes: como cartas régias que reconheciam direitos que lhes eram supostamente preexistentes, como compilações populares anônimas, ou como tratados eruditos. Mas, qualquer que fosse a forma, persistia o princípio de que a palavra escrita exprimira um direito que lhe era anterior. As duas partes do sistema, representadas pela oposição entre *lex* (regulação administrativa) e *ius* (direito fundamental), integravam-se na pessoa do rei, que era ao mesmo tempo o produtor de éditos e o produtor da ordem constitucional estamental. Qualquer tentativa da sua parte de violar

essa ordem no exercício dos seus poderes administrativos autorizava os estamentos a resistir às suas incursões. (UNGER, 1979, p. 171)

Esse direito (*Justizsache*) não era, a princípio, nem público, nem positivo. Com o passar do tempo, porém, a distinção que havia entre as duas formas de direito (*Polizeisache e Justizsache*), ruiu de tal maneira que passou a praticamente não existir diferença entre ambos (UNGER, 1979, p. 174). Assim, os privilégios de *Justizsache* passaram a ser reconhecidos, cada vez mais, a categorias cada vez mais amplas de cidadãos e organizações, dotando-se cada vez mais de caráter público e positivo, até desaguar no Estado de Direito e no constitucionalismo moderno, pois “O direito das prerrogativas estamentais começou, assim, a adquirir caráter público e positivo, sem chegar a perder inteiramente a sua identidade, pois continuou a ser visto como ordem superior ao próprio governo, ordem esta que deveria ficar a salvo de interferências indevidas” (UNGER, 1979, p. 174-175).

Como é cediço, a essa forma de estruturação jurídica da sociedade fundiu-se a forma democrática de regime de governo, cuja característica mais sobressalente é o exercício do poder pelo povo, por meio de seus representantes eleitos por meio do sufrágio universal. Isso, porém, é bem verdade se levados em consideração os Poderes Legislativo e Executivo, cujo integrantes são, de fato, eleitos pelo povo. Os integrantes do Poder Judiciário, porém, na maior parte das democracias, advém de uma carreira à qual ingressam mediante a realização de concurso público. Essa peculiaridade levou à alegação da existência de um déficit democrático do Judiciário em relação aos demais poderes.

O chamado déficit democrático do Poder Judiciário instigou diversos jusfilósofos na missão de estabelecer, teoricamente, uma justificativa para a legitimação democrática das atividades do Poder Judiciário. Em outras palavras, justificar como é possível que o exercício do poder jurisdicional seja democrático, se seus membros não se constituem de representantes eleitos pelo povo. Antes, porém, de tratar especificamente do assunto, faz-se importante, senão necessária, uma breve digressão acerca dos conceitos de **poder e legitimidade**.

Para tanto, recorre-se inicialmente ao ensaio *Sobre a violência*, da filósofa judia Hannah ARENDT (2010), uma das mais notórias estudiosas da natureza dos regimes totalitários do século XX, em especial o nazismo. Para a autora, diferentemente do que possa vulgarmente parecer, o poder jamais é atributo de uma única pessoa ou de uma única entidade. Dizer que uma pessoa é poderosa induz à falsa cognição de que o poder pertence a essa determinada pessoa, sendo-lhe inerente. Entretanto, o poder pertence a um grupo de pessoas, a uma coletividade, em última análise, a um povo. O poder, portanto, é *exercido* e não “possuído”

pelas autoridades. E estas o exercem em nome *de quem* os empossou nessa atividade. Valem ser citadas as próprias palavras da autora (2010, p. 60-61):

O *poder* corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas também para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas enquanto o grupo se conserva unido. Quando dizemos que alguém está no “poder”, na verdade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome. A partir do momento em que o grupo social do qual se originara o poder desde o começo (*potestas in populo*: sem um povo ou grupo não há poder) desaparece, “seu poder” também se esvanece. Em seu uso corrente, quando falamos de um “homem poderoso” ou de uma “personalidade poderosa”, já usamos a palavra “poder” metaforicamente; aquilo a que nos referimos sem a metáfora é o “vigor”.

Da análise desse conceito, assinala-se uma primeira distinção, qual seja, entre **poder** e **vigor**. Conforme já sublinhado anteriormente, o poder é sempre atributo do povo, não do governante. Diz-se que este é vigoroso, quando exerce com notoriedade e habilidade o poder que lhe é delegado. Deste ponto, parte-se para uma segunda e importante distinção, aquela entre **legitimidade** e **justificação**. Para a autora (2010, p. 69), “o poder não necessita de justificação, sendo inerente à própria existência de comunidades políticas”. Entretanto, poder necessita de legitimidade, pois “O poder emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto, mas sua legitimidade deriva mais do estar junto inicial do que de qualquer ação que então se possa seguir” (ARENDDT, 2010, p. 69).

O poder, portanto, existe em qualquer comunidade política, e por essa razão não depende de justificação. É, se assim se pode dizer, auto justificável. Já a legitimidade configura como que o ato de confiança inicial depositado pelos integrantes da comunidade política, ou seja, pelo povo, em seus governantes e em suas instituições, que se tronam responsáveis, a partir daí, pelo exercício do poder. Daí a afirmação de que “A legitimidade, quando desafiada, ampara-se a si mesma em um apelo ao passado, enquanto a justificação remete a um fim que jaz no futuro” (ARENDDT, 2010, p. 69).

A conservação do (exercício do) poder depende, dessa maneira, da correlata conservação de sua legitimidade. No momento em que a legitimidade conferida a um governante ou instituição se enfraquece consideravelmente ou mesmo deixa de existir, o recurso colocado à sua frente é o apelo à violência. Em outras palavras, a autoridade, desprovida de legitimidade, costuma amparar-se no uso da força bruta para manter o resquício de poder que resta em suas mãos. É precisamente aí que reside o perigo para a democracia e o caminho para a sua degeneração em autocracia. Mas existe outro ponto: não somente regimes democráticos

são legitimados pelo povo. Ditaduras e totalitarismos também o podem ser, conforme se deduz do seguinte texto:

[...] assume-se que é a sociedade civil que controla o Estado. Mas é possível haver situações em que o Estado controla a sociedade civil. Neste caso, o governo, por definição, não possuirá legitimidade. Um regime político será autoritário, ou se a sociedade civil não for ela própria democrática, ou se o Estado controlar a sociedade civil. No primeiro caso, haverá um regime autoritário legitimado pela sociedade civil, e no segundo, um regime autoritário desprovido de legitimidade, onde um grupo assumiu o poder político sem o correspondente poder civil. Este último tipo de regime será, por definição, eminentemente instável. (PEREIRA, 1995, p. 102)

A legitimidade conferida pelo povo aos seus governantes, portanto, não é um privilégio apenas da democracia. A democracia é tão somente, nesse sentido, o regime que reconhece que o poder pertence ao povo. Disso decorre a imensa responsabilidade dos agentes democráticos do poder de zelar pela legitimidade do regime. Caso contrário, o pêndulo dessa legitimidade pode mover-se em direção à autocracia.

A propósito do papel do povo enquanto instância legitimante do regime democrático, o jusfilósofo alemão Friedrich MÜLLER (2003, p. 60), professor da Universidade de Heidelberg e figura de ponta do pós-positivismo, define povo como *instância global da atribuição* da legitimidade democrática, de modo que é nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo”. Segundo o mesmo autor (MÜLLER, 2003, p. 87) o combate pela democracia continua mesmo após a instauração do respectivo regime. Isso importa dizer que é necessária uma atenção constante no sentido de aferir se essas pretensões de legitimação estão sendo atendidas ou não, e em que campos específicos, conforme se apreende do trecho seguinte:

O estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia [unrechtsstaatliche(n) und undemokratische(n) Geschichte]; e esse combate continua. A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionam expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia,

à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito. (MÜLLER, 2003, p. 87)

Repita-se, dada a importância desta afirmação: “É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico”, aliada à afirmação subsequente, segundo a qual esta é uma tarefa também da docência e da pesquisa. Pois bem, precisamente neste ponto é que se pode situar a questão fulcral que envolve o presente trabalho. A presente pesquisa parte da constatação, já suficientemente demonstrada ao longo do texto, de que a jurisprudência lotérica e a postura errática das cadeias decisórias dos juízes de direito e tribunais brasileiros ferem a legitimidade de uma atuação verdadeiramente democrática do Judiciário.

Pergunta-se então, na esteira do que vem defendendo os chamados precedentalistas, se um sistema de precedentes obrigatórios seria ou não seria a grande solução para o problema. A resposta é apresentada no último item deste capítulo. Ela, entretanto, pressupõe que a atuação jurisdicional, para que seja legitimamente democrática, deve ser isonômica, zelar pela segurança jurídica e respeitar a confiança legítima. Se a sistematização dos precedentes for capaz de concretizar esses importantes princípios em um nível satisfatório, porém, e isto é de suma importância, sem produzir atritos institucionais com os demais poderes (especialmente o Legislativo), a resposta final será afirmativa. O conteúdo jurídico dos referidos princípios e sua correlação com a atividade jurisdicional serão tratados no próximo e penúltimo item. Antes, porém, para finalizar o quadro traçado no presente item, se mostram pertinentes algumas considerações acerca da legitimidade da representação judicial.

A legitimidade democrática da atuação jurisdicional se assenta, em primeiro lugar, sobre as disposições da própria Constituição, cujo texto é construído segundo critérios autenticamente democráticos, votado e aprovado pelo parlamento. É na constituição, enquanto documento que traça as linhas fundamentais da estrutura do Estado, que estão nominados os órgãos da jurisdição, suas atribuições e competências, suas hierarquias e seus limites. É, portanto, a Constituição que legitima a atividade dos juízes, de fazer valer os direitos fundamentais, os princípios e as leis aos casos concretos, no contexto do processo.

Mas para além do aspecto puramente legal, a legitimidade democrática do Judiciário se assenta ainda no seu modo de atuação, que deve corresponder aos anseios mais autênticos dos jurisdicionados por justiça e ser conforme os fundamentos mais basilares da ordem democrática. Não se trata, de modo algum, afirmar que as decisões judiciais devem se submeter ao voluntarismo da opinião pública, altamente maleável e instável sob tantos aspectos. Muito pelo contrário, o campo da jurisdição e do direito, precisamente por estar (ao menos

teoricamente) reservado em relação à efervescência da vida política que domina os outros poderes, fortalece a sua legitimidade democrática quando se afigura como o terreno da segurança e da estabilidade.

Tem-se por evidente que o jurisdicionado comum, leigo em direito, muito embora não seja capaz de compreender as razões muitas vezes complexas de uma decisão judicial, é capaz, no entanto, de sofrer na própria pele e compreender os efeitos práticos de decisões injustas. Um tribunal certamente não deslegitima sua atuação por agir contrariamente ao resultado desta ou daquela pesquisa de opinião, porém a deslegitima, por exemplo, quando, com suas decisões, favorece sistematicamente a impunidade, contrariando o clamor popular por justiça. Ou, ainda, quando abandona os princípios e a autonomia do direito, para decidir com base em razões de ideologia ou política.

É possível falar, portanto, em dois aspectos da legitimidade democrática do Poder Judiciário: o *formal* e o *substancial* (CAMBI, 2016, p. 357). O aspecto *formal* é o “que decorre do princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei”, ao passo que o *substancial* decorre da atribuição do Judiciário de assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, o que lhe permite questionar a validade da lei, diante da Constituição, e até declará-la inconstitucional” (CAMBI, 2016, p. 357).

No contexto do pós-positivismo e de seu movimento reflexo na seara do direito constitucional, ou seja, o neoconstitucionalismo, adquire especial relevância o papel da chamada **jurisdição constitucional**. Nesse contexto, é alterada a visão positivista segundo a qual a Constituição representa simplesmente o topo da pirâmide hierárquica das normas, subordinando os graus inferiores apenas de maneira indireta. O pós-positivismo realça a relevância do texto constitucional, que passa a ter influência direta sobre os demais campos jurídicos, daí falar-se em constitucionalização do processo, ou constitucionalização do direito civil etc.

Disso exsurge um outro aspecto da legitimidade democrática do Judiciário: o de fazer valer os direitos fundamentais previstos na constituição, de modo concreto e substantivo. Dito de outra maneira, “O Judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia. Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia” (CAMBI, 2016, p. 357).

Essa novel visão acarreta como consequência prática o sobrelevo do papel do tribunal constitucional, que é a instituição, por excelência, incumbida da guarda da Constituição. E uma vez reconhecida a subordinação direta de todas as normas e de todas as áreas do direito à

Constituição, o que se verifica é uma grande ampliação da reconhecida competência da corte constitucional, pois todo o direito passa a merecer uma leitura à luz da Constituição.

Robert ALEXY (2011, p. 163), jurista alemão, um dos maiores expoentes do constitucionalismo contemporâneo, afirma que a jurisdição e, em especial, a jurisdição constitucional, se legitima, sob o aspecto da representação, por meio da *argumentação*. Daí falar-se em *representação argumentativa*, que se deve materializar segundo os pressupostos da teoria do discurso. Enquanto a representação do parlamento se dá por meio da decisão, fundada no voto e na regra da maioria, a forma de representação do Judiciário é puramente argumentativa, ou seja, acontece por meio de decisões fundamentadas em argumentos racionais. Para a concepção de representação teorizada pelo autor, não é menos importante a consonância entre os argumentos da jurisdição e aqueles do povo, ou dos cidadãos, conforme adiante se lê:

A existência de argumentos bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade. Isso mostra que existem duas condições de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos. Poderia denominar-se essas pessoas, com apoio no conceito de pessoa liberal, de John Rawls (Rawls 1993: 290, 301 f.), “pessoas constitucionais”. Jurisdição constitucional somente então pode ser exitosa quando esses argumentos, que são alegados pelo tribunal constitucional, são válidos e quando membros, suficientemente muitos, da comunidade são capazes e dispostos de fazer uso de suas possibilidades racionais. (ALEXY, 2011, p. 165).

Trata-se, o pensamento de Alexy, de uma teoria procedimentalista do direito, ou seja, que aponta como critério de legitimidade das decisões, o fato de terem sido criadas a partir de um autêntico processo democrático. De modo ainda mais radical, o jusfilósofo Jürgen Habermas, cujo pensamento também se baseia na teoria do discurso, defende que o papel das cortes constitucionais é o de zelar pelo processo de criação democrática do Direito. Esse pensamento se encontra sintetizado no seguinte trecho, da obra do Prof. Marcos BOTELHO (2010, p. 204-205):

Para Habermas o papel das Cortes Constitucionais é o de vigiar o respeito e a observância aos procedimentos democráticos necessários para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo. Assim, as Cortes

Constitucionais têm a tarefa de atuar como protetoras do processo de legislação democrática (processo de criação democrática do Direito).

Vale ressaltar que as Cortes Constitucionais exercem uma tarefa importante de criação do Direito, já que a interpretação, consoante já ressaltado, possui certa dose de criação jurídica.

Habermas afirma que, na concepção republicana, a esfera pública política, bem como a sociedade civil, devem garantir à práxis de entendimento dos cidadãos sua força integrativa e autonomia. Por isso, na visão republicana, o *status dos cidadãos* é determinado por um modelo de liberdades positivas, pois “os direitos dos cidadãos, em primeira linha os direitos políticos de participação e de comunicação, são, ao invés, liberdades positivas”.

Para Habermas, portanto, a legitimidade das decisões políticas advém da mais ampla abertura à participação de todos os cidadãos na formação da opinião e da vontade, sob a forma do agir comunicativo. Dessa maneira, segundo essa visão, as cortes constitucionais possuem como mister principal de “tutelar o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade” (BOTELHO, 2010, p. 210). Essa atribuição se desdobra nas tarefas de “garantir a abertura desses procedimentos a todos os interessados, a liberdade de acesso à práxis pública argumentativa, a defesa dos direitos humanos e a soberania popular” (BOTELHO, 2010, p. 210).

Outro importante constitucionalista alemão, Peter HÄBERLE, autor da obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição* (1997), sustenta que a tarefa de interpretação do texto constitucional representa uma incumbência de todos os membros da sociedade. HÄBERLE enxerga na Constituição um importante fator da cultura de um povo, de maneira que a sua interpretação não deve estar adstrita a um corpo de técnicos. São suas as seguintes palavras:

La Constitución no es solamente um orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente um texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de um pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las Constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta; son, por su forma y razón de ser, de largo, una expresión y mediación cultural, un cuadro para reproducción y recepción y un almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias “culturales” transmitidas. (HÄBERLE, 2002, p. 194)

Sob um ponto de vista substancialista, a concepção de Ronald DWORKIN apresenta a legitimidade do direito como ligada à integridade, a partir de uma concepção segundo a qual a unidade do corpo social se estabelece a partir de princípios (sociedade de princípios). A

integridade, segundo essa visão, ocorre quando esses princípios, reconhecidos por determinada sociedade, são materializados pelas decisões judiciais, de modo que “pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade, e o devido processo legal adjetivo”, e pede, ademais, “que os apliquem, de tal modo que a situação da pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 2014, p. 291).

A integridade pode ser vista, num primeiro momento, como um princípio conservador, porém DWORKIN (2014, p. 265) assevera que o contrário também ocorre, ou seja, quando a integridade impõe uma decisão de caráter mais avançado. Para o autor, o inimigo capital da integridade é o pragmatismo. Tomando como exemplo decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown* (1954), em que foram julgadas inconstitucionais as normas que impunham a separação de crianças brancas e negras nas escolas públicas, Dworkin afirma que um juiz pragmático certamente seria contrário a dita decisão, tendo em conta o efeito que ela poderia ter gerado em termos de acirramento do ódio racial, dentre outros fatores. Entretanto, uma visão do direito como integridade, aplicada ao princípio da igualdade, produziu a mencionada decisão. O trecho seguinte explicita essa tensão entre pragmatismo e integridade, bem como a maneira como se opera, na prática, a aplicação do direito como integridade:

Mesmo que um pragmático finalmente se convencesse de que a decisão tomada pela Corte era a melhor, após um exame de todas as circunstâncias pertinentes ao caso, ele poderia ter feito uma pausa antes de estender a decisão de maneira dramática como o fez a Suprema Corte nos anos subsequentes. Os argumentos práticos contra o transporte de crianças negras para escolas brancas, e vice-versa, eram e continuam sendo poderosos, como ainda deixam claro as ameaças e o ódio em várias cidades do Norte. Uma concepção do direito erigida sobre o princípio interpretativo da integridade deixa muito menos espaço para argumentos práticos desse tipo ao estabelecer direitos constitucionais substantivos. Essa concepção é, portanto, muito mais exigente e radical em circunstâncias semelhantes às do caso *Brown*, quando o pleiteante consegue mostrar que uma parte importante daquilo que se acreditava ser a lei é incompatível com princípios mais fundamentais, necessários à justificativa do direito como um todo. (DWORKIN, 2014, p. 265-266)

Conrado Hübner MENDES (2011, p. 187), por sua vez, defende que a legitimidade é formada de componentes tanto procedimentais como substanciais, de maneira que “as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados”. Com base nisso, “passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para

prevalecer independentemente de seu *pedigree* (subvertendo a estrutura formal)” (MENDES, 2011, p. 187). Para o autor, com base nesse raciocínio, não há um poder incumbido de dar a última palavra, porém, a relação entre os poderes deve ser pautada pelo diálogo. Sua argumentação sobre o tema gira em torno do debate sobre a questão da revisão judicial. A ausência desse mecanismo, como no caso da Inglaterra, não exime o sistema da tensão entre procedimento e substância, mas representa um limite externo a menos, uma vez que uma crítica substancialista a uma decisão soberana do Parlamento somente pode ocorrer no próprio Parlamento, conforme adiante se explica:

Se forma e substância são, ambos, componentes necessários da legitimidade, o arranjo institucional se revigora quando incorpora essa tensão. Num contexto de supremacia parlamentar pura, nos moldes de Westminster, as demandas de substância não desaparecem, obviamente. No entanto, ao domesticar a tensão no plano institucional, e optar pela justificativa da autoridade somente com base no *pedigree* do parlamento, obscurece-se uma dimensão que continua presente na política, mas enfraquecida. O potencial crítico e deliberativo da separação de poderes é anestesiado por meio de uma mensagem de que o parlamento é o topo da escala hierárquica e de que não pode ser desafiado. Dificulta que críticas substantivas às decisões legislativas tenham expressão institucional, exceto na própria via parlamentar. O teste de legitimidade torna-se difuso e extrainstitucional. A resistência contra decisões que mais claramente violam a razão pública tem menores alternativas para canalizar a sua voz. O controle de constitucionalidade, por outro lado, gera a sensação de limite externo, e de fato opera um contrapeso inserido no próprio coração do arranjo de forças. É o que arriscamos perder sem a revisão judicial (considerando que a corte desempenhe essa tarefa satisfatoriamente). (MENDES, 2011, p. 192)

As seguintes frases sintetizam de maneira eloquente o pensamento do autor: “A democracia não pode abdicar o julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de suas instituições. Esta não deve se limitar a um critério formal *ex ante* e não se esgota num cálculo de engenharia institucional, com régua e compasso” (MENDES, 2011, p. 193). Acompanha-se aqui o autor quanto à essência da ideia de que a legitimidade democrática é, ao mesmo tempo, procedimental e substancial, pois a própria democracia é feita de forma e substância. Esta dicotomia é um reflexo da própria dicotomia entre democracia e constitucionalismo. O Estado democrático de Direito é constituído tanto das instâncias deliberativas de tomada de decisão, quanto dos princípios fundamentais presentes na Constituição, cuja concretização é também uma das finalidades de todo o sistema. Entretanto, a conclusão do presente trabalho se apoia preponderantemente sobre a ideia de direito como integridade de Dworkin, conforme se pode verificar no terceiro subitem deste capítulo. Isso não representa um menoscabo da concepção da democracia como procedimento, mas sim de

que ao menos a atividade jurisdicional deve orientar-se à luz de uma perspectiva com maior traço substancialista.

3.2 Os princípios da isonomia, segurança jurídica e confiança legítima

Compõe uma das premissas necessárias ao raciocínio conclusivo do presente trabalho, que a atividade jurisdicional, assim como todas as demais atividades do Estado, deve levar em consideração os princípios da isonomia e da segurança jurídica em sua atuação. Isso importa dizer que é necessário que os casos que adentram os tribunais e possuam semelhanças essenciais quanto ao seu suporte fático são dignas de idêntico provimento jurisdicional e que ao Judiciário não é legítimo ferir a unidade e a organicidade do ordenamento jurídico, desfigurando-o por meio de decisões anômalas, que ferem, portanto, a segurança jurídica.

E muito a propósito, uma vez que aqui se trabalha com a ideia de legitimidade do Poder Judiciário, é preciso afirmar que juízos e tribunais, quando atuam contrariamente aos ditames da isonomia e da segurança jurídica, perdem a sua legitimidade democrática perante o jurisdicionado e toda a sociedade civil. Com efeito, a conduta errática e controvertida dos tribunais tem sido causa frequente de sua desaprovação frente à opinião pública.

Isonomia e segurança jurídica não são meros adornos do texto constitucional, mas se constituem em fundamentos dos mais importantes do Estado democrático de Direito. Não são apenas meros pressupostos de justiça formal, mas valores substanciais que devem ser observados a cada momento em que o direito é interpretado e aplicado. Um juiz ou tribunal, ao decidir um processo, deve levar em consideração não somente se sua decisão satisfaz a demanda relativa ao mérito do processo, como também se é compatível com as decisões de casos semelhantes já proferidas pelo mesmo juízo ou tribunal ou pelos tribunais superiores.

O presente subitem tem por objetivo, portanto, elucidar o conteúdo jurídico dos princípios da isonomia e segurança jurídica, assim como demonstrar a necessidade de sua observância no plano da atividade jurisdicional. Entretanto, cumpre sublinhar inicialmente, o papel que desempenham os princípios no contexto do atual paradigma pós-positivista. O pós-positivismo foi antecedido pela fase do positivismo, que por sua vez foi antecedido pelo jusnaturalismo. Uma breve análise do papel dos princípios em cada etapa ajuda a compreender o seu papel no direito da atualidade.

Ao tempo do jusnaturalismo, em que a filosofia jurídica era informada pela metafísica, atribuía-se aos princípios um elevado grau de abstração, pelo que se considerava que eles coincidiam com os fundamentos do direito natural, o qual, por sua vez se constituía em fundamento do direito positivo (BONAVIDES, 2000b, p. 232-235). Conferia-se aos princípios, como se pode notar, uma elevada importância, porém, não se lhes era conferida a força de normas.

Na fase positivista, os princípios passam a ser encarados como formados a partir de sucessivas abstrações feitas a partir do próprio direito positivo, sendo relegados à mera condição de fontes normativas subsidiárias, destinadas a suprir as lacunas da lei, de maneira que eram considerados não num plano abstrato acima da lei positiva, mas num plano abstrato dela derivado e a ela subordinado (BONAVIDES, 2000b, p. 235-237).

Papel diametralmente diverso é atribuído aos princípios no contexto pós-positivista, com o reconhecimento de seu caráter normativo. Deixa de ser considerada a distinção entre normas e princípios, pois os princípios não somente são normas, como são as normas mais elevadas e que conformam todo o sistema. A distinção mais importante passa a ser entre regras e princípios, e não entre princípios e normas, conforme se esclarece pontualmente no trecho seguinte:

[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (BONAVIDES, 2000b, p. 259-260)

De fato, é notório o espaço ocupado pelos princípios na atual argumentação jurídica. Fala-se, inclusive, ironicamente, de um *pamprincipiologismo*, em que qualquer postulado, ainda que dotado da maior irrelevância perante a tradição do direito, ou mesmo sendo completamente absurdo, é alçado à categoria de um princípio jurídico elevado sempre que

convém à parte que o invoca. Isso para não mencionar as tão comuns deturpações do autêntico conteúdo jurídico de princípios já consagrados da ordem jurídica e do regime de direitos fundamentais. Entretanto, em meio a presença, muitas vezes inoportuna, de tantos princípios no palco, parece não sobrar espaço para os velhos princípios da isonomia e da segurança jurídica, frequentemente, quando não sistematicamente, esquecidos e ignorados. Passa-se a uma abordagem mais detida acerca dos referidos princípios.

O princípio da igualdade vem já estampado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que reza: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988, *online*). A igualdade, portanto, na melhor expressão de Luiz Guilherme MARINONI (2016b, p. 111), “é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico”. Em semelhante sentido, para José Joaquim Gomes CANOTILHO (2003, p. 426) a igualdade é “Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais [...]”. “A igualdade é, desde logo, a **igualdade formal**, ‘igualdade jurídica’, ‘igualdade liberal’ estritamente postulada pelo constitucionalismo liberal: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (CANOTILHO, 2003, p. 426, *grifo do autor*). O mesmo autor aponta para abordagem do princípio da igualdade como ligado à proibição do arbítrio, consoante se apreende no seguinte trecho:

[...] existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade e desigualdade. (CANOTILHO, 2003, p. 428)

Afigura-se evidente, portanto, que a igualdade é inimiga do arbítrio, porém também se faz necessário admitir sua estreita correlação com o princípio da legalidade. Afinal, um ordenamento jurídico cujo fundamento se encontra na lei (e ainda mais na Constituição), e sendo a lei um preceito geral e abstrato, não pode, sem qualquer justificativa plausível, estabelecer distinções entre um cidadão e outro, ou entre um segmento ou outro da sociedade, consoante se encontra explicitado na seguinte lição de Rodolfo de Camargo MANCUSO (2016, p. 409):

O princípio da legalidade e a corolária igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inc. II) devem ser compreendidos e aplicados sob dupla vertente, por modo que a garantia do tratamento isonômico esteja presente: (i) na lei, operando como princípio basilar no processo de sua elaboração, afastando distinções especiosas e desequiparações ilegítimas, como ocorreria, por exemplo, com outorga de um dado *privilégio* a certas pessoas físicas ou jurídicas ou mesmo a um segmento social, ausente um critério tecnicamente consistente que justificasse tratamento diferenciado e, (ii) *perante* a lei, ou seja, a partir do momento em que a norma é invocada na instância judicial ou mesmo administrativa, quando então o intérprete e aplicador devem zelar para não incorrer em interpretações equivocadas, senão já contrárias à letra ou ao espírito da norma, por aí se verificando que de pouco valeria a *garantia* da igualdade se ela não repercutisse *concretamente* nos casos judicializados. Figure-se que um juiz, a despeito de estar jungido à legalidade estrita, todavia, deliberasse aplicar ao caso concreto outra solução que acaso lhe ocorresse (em modo de um *direito alternativo*), assim engendrando o risco de tratamento diverso a casos análogos ou vice-versa.

O trecho acima citado chega ao ponto que se quer desenvolver: que a igualdade deve ser observada não somente quando da criação da lei, como também de sua aplicação, seja no âmbito dos órgãos administrativos, seja no âmbito da Justiça. Outrossim, o renomado constitucionalista José Joaquim Gomes CANOTILHO (2003, p. 426), aponta como uma das dimensões básicas do princípio da igualdade, precisamente *a igualdade na aplicação do direito*, asseverando que “ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”.

No que respeita especificamente à aplicação do princípio da isonomia da seara da atividade jurisdicional, no Brasil, constata-se facilmente que sua importância restou limitada à ideia de um pressuposto de justiça formal, ligada às garantias do processo, como a paridade de armas e o contraditório. Entretanto, uma dimensão muito mais importante do princípio da igualdade vem sendo, desde sempre, negligenciada por juízos e tribunais: o direito à igualdade perante as decisões judiciais. Luiz Guilherme MARINONI (2016b, p. 113), assinala que a falta de consideração pela igualmente diante das decisões judiciais se constitui numa grave lacuna do sistema, pois, afinal “o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão”. Ou, “Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa” (MARINONI, 2016b, p. 113).

Portanto, de pouco vale a igualdade garantida às partes mediante as facilidades de acesso à justiça, assegurada aos menos favorecidos economicamente através da justiça gratuita, ou a observância estrita da isonomia como pressuposto do contraditório e da ampla defesa,

quando a parte, ao final do processo, não pode contar com um provimento jurisdicional condizente com outros de casos essencialmente semelhantes. Não é demais lembrar que a igualdade é elemento indissociável de qualquer conceito de justiça, desde o conceito clássico segundo o qual *justo é dar a cada um o que é seu, segundo uma igualdade*. Indubitavelmente, a frequente prolação de decisões diferentes em casos iguais acaba por ferir a legitimidade do Poder Judiciário, não somente perante o regime democrático como perante a própria noção de Justiça.

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, é também um atributo caro não somente ao Estado democrático de Direito, como de qualquer conjunto de normas que pretenda se constituir como um sistema coeso, íntegro e harmônico. Ou seja, um verdadeiro ordenamento jurídico. O próprio direito romano se notabilizou como o sistema jurídico que embasou todo o monumento jurídico do Ocidente (e mesmo os sistemas do *Common Law*, de alguma forma, lhe devem essa homenagem), e apesar das inúmeras transformações que sofreu ao longo de sua história, a segurança jurídica era um valor que lhe fora sempre ínsito.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, este parece não se preocupar em possuir muito mais que a mínima dose de segurança jurídica necessária para se configurar como um sistema de direito. E o mínimo certamente é pouco, se o que se deseja é a efetiva consecução dos objetivos estampados no texto constitucional. Afinal de contas, a ausência de segurança jurídica acaba por frustrar não somente o sucesso dos empreendimentos privados, onde com maior frequência sua presença é reclamada, como também os próprios empreendimentos públicos. E dentre esses empreendimentos públicos certamente se encontra a qualidade da prestação jurisdicional.

O princípio da segurança jurídica possui como ideias nucleares os conceitos de *estabilidade e previsibilidade*. A estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica implica que as decisões públicas, uma vez adotadas, não podem ser arbitrariamente modificadas, salvo na presença de pressupostos materiais particularmente relevantes (CANOTILHO, 2003, p. 264). Já a previsibilidade, ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica diz respeito à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, relativamente aos efeitos dos atos jurídicos (CANOTILHO, 2003, p. 264). O mesmo CANOTILHO (2003, p. 257) escreve acerca de um princípio geral da segurança jurídica, conforme adiante descrito:

Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da**

confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.

A protecção da confiança apontada na descrição citada consubstancia-se no chamado *princípio da confiança legítima*, o qual é por alguns considerado um subprincípio do princípio da segurança jurídica, e por outros é reconhecido como um princípio autónomo. Dada a sua íntima correlação com o princípio da segurança jurídica, ambos são aqui tratados conjuntamente.

Tradicionalmente, o princípio da segurança jurídica esteve associado aos institutos jurídicos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (MEDAUAR, 2005, p. 227), tais como inscritos no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1998, *online*), assim, como no artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4657/1942) (BRASIL, 1942, *online*). Entretanto, é evidente, diante do diagnóstico apresentado ao longo deste trabalho, que a segurança jurídica é reclamada muito para além das necessidades e objetivos desses três institutos. O princípio da confiança legítima representa, conforme se deduz da citação a seguir transcrita, numa resposta à necessidade de ampliação do espectro da segurança jurídica:

A protecção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes. (MEDAUAR, 2005, p. 230)

Embora de formulação mais recente e originalmente ligado ao direito administrativo, o princípio da confiança legítima tem sido objeto de um reconhecimento cada vez maior, não somente quanto ao seu valor intrínseco, como também acerca da validade de sua aplicação a todas as áreas do direito. Segurança jurídica e confiança legítima são princípios que se completam mutuamente, ou, dito de outra forma, são como duas faces de uma mesma moeda. A segurança jurídica atua sob um prisma objetivo, mais abstrato, relativo à integridade do

próprio ordenamento jurídico e sua conformação enquanto tal. Por outro lado, o princípio da confiança legítima visa a tutelar situações individualizadas, concretas, relacionadas às fundadas expectativas dos sujeitos de direito frente às respostas da ordem jurídica às suas demandas.

Conforme lição de Ravi PEIXOTO (2016, p. 83), o princípio da confiança legítima se funda na exigência da boa-fé objetiva, que está presente também no direito processual, sujeitando não somente as partes, mas também o juiz, que não deve agir de maneira que viole a confiança legítima dos demais sujeitos do processo. Eis aqui, portanto, uma clara implicação do princípio em questão com o objeto da presente investigação.

A conduta do magistrado não pode ser arbitrária, solipsista ou mesmo autoritária. Ela deve levar em conta o princípio da cooperação processual, previsto no artigo 5º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*), segundo o qual todas as partes do processo devem agir com respeito à boa-fé.

No plano constitucional, o instituto da coisa julgada é visto pela doutrina como um importantíssimo mecanismo de atuação do princípio da confiança. Entretanto, reconhece-se aqui que a tutela da confiança deve ter uma abrangência mais ampliada a fim de que se atenda às suas autênticas exigências. Afinal, é necessário que o sujeito de direito tenha confiança não somente nas decisões já promulgadas e transitadas em julgado, como também tenha confiança no resultado de futuras decisões, com base nas decisões anteriormente tomadas em relação a casos semelhantes. Afinal, conforme assevera Luiz Guilherme MARINONI (2016b, p. 109), “Diante da coisa julgada, não há de se falar em previsibilidade ou em continuidade de um modo de compreender – e, portanto, de afirmar – o ordenamento jurídico”, e acrescenta que: “A confiança que a coisa julgada confere ao jurisdicionado nada tem a ver com a expectativa de uma decisão em determinado sentido. A coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu o *seu caso*, assegurando que o benefício outorgado por este ato jamais lhe será retirado”.

É fato, portanto, que a isonomia, a segurança jurídica e a proteção da confiança merecem maior respaldo no âmbito da atividade jurisdicional. Tais valores são incomparavelmente mais prestigiados em sistemas jurídicos de países mais avançados, particularmente aqueles que adotam o *Common Law*, em que frequentemente o resultado dos julgamentos é pautado e fundamentado com base na isonomia e segurança jurídica. O próprio Código de Processo Civil reconheceu essa necessidade, e previu no § 4º do artigo 927, que 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” (BRASIL, 2015, *online*). Resta saber, por fim, se a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios será capaz de atender às demandas desses princípios, contribuindo por melhor legitimar democraticamente a atividade jurisdicional.

3.3 Tradição, integridade e coerência

Ao primeiro capítulo do presente trabalho levou-se a cabo uma análise da teoria dos precedentes segundo o modelo do *Common Law*. Em seguida, no mesmo capítulo, procedeu-se a uma análise histórica acerca do papel desempenhado pelos precedentes no direito romano, no direito comum da Idade Média e no direito lusitano, que constituem as fontes históricas do sistema jurídico brasileiro. Na esteira desse raciocínio, foram analisados, no segundo capítulo, o papel dos precedentes no direito pátrio.

O desenvolvimento desse amplo panorama permite, no ponto atual (e final) desta investigação, estabelecer, com base na comparação entre as características do sistema jurídico brasileiro e as do anglo-saxônico, se a adoção, no Brasil, de um sistema de precedentes obrigatórios, segundo o modelo do *stare decisis*, pode contribuir para reforçar a legitimidade democrática da atuação jurisdicional, mediante a consecução dos valores da isonomia, segurança jurídica e confiança legítima. Para esse mister, não se pode ainda olvidar de levar em conta os argumentos críticos à adoção desse sistema.

O ponto final da investigação deve levar em conta ainda o conteúdo do artigo 927 do Código de Processo Civil, para o fim de averiguar se tal dispositivo legal teve ou não o condão de criar um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil. E, caso ainda não exista ou seja inoportuno o estabelecimento de um *stare decisis* brasileiro, responder à questão se existe algum modo pelo qual o sistema de precedentes do *Common Law* pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro, e estabelecer qual é, de fato, esse modo.

Pois bem, restou evidenciado que o sistema de precedentes do *Common Law* é essencialmente casuístico, ou seja, os precedentes são formados a partir de casos concretos. O elemento constitutivo essencial de um precedente é a *ratio decidendi*, expressão traduzida literalmente como “razão de decidir”. A *ratio decidendi*, cuja identificação em um precedente

envolve uma série de problemas que já foram estudados pelos juristas do *Common Law*, representa, portanto, o raciocínio, ou a lógica jurídica, que fundamenta a decisão e, uma vez que um determinado caso tenha sido resolvido segundo determinada lógica, impõe-se que os casos subsequentes que sejam essencialmente semelhantes ao caso anterior sejam julgados segundo a mesma lógica preteritamente utilizada, sob pena de se ferir de morte a igualdade de tratamento que deve ser conferida aos jurisdicionados.

Outrossim, o típico precedente do *Common Law* não é criado para se tornar precedente, mas sim, para resolver um determinado caso concreto. O reconhecimento da qualidade desta decisão leva a que ela sirva de parâmetro para casos semelhantes no futuro, sendo sua aplicação posterior meramente contingencial, não necessária, portanto. E a vinculação do precedente, por força do *stare decisis*, ocorre na medida em que a decisão é levada à apreciação das cortes superiores por meio das vias recursais, e em que é confirmada por essas cortes. Trata-se, portanto, de um caminho ascendente até que o precedente se torne um parâmetro obrigatório para todo o ordenamento jurídico. Como se verá logo mais, isto representa uma fundamental diferença com o sistema brasileiro.

Quanto à técnica de aplicação do precedente no *Common Law*, esta leva em consideração o conjunto das características do caso que lhe deu origem, tanto é que os precedentes são sempre referenciados pela menção aos nomes das partes do processo originário, tais como, *Beamish v. Beamish* ou *Marbury v. Madison* etc. O cotejo minucioso entre as características do caso que originou o precedente e as daquele em relação ao qual se pretende a sua aplicação, é, portanto, imprescindível. O sistema do *Common Law*, entretanto, possui uma dinâmica impede o seu engessamento, por meio de mecanismos como o *distinguishing* e o *overruling*, dentre outros.

No entanto, o que se convencionou, por parte de certa doutrina, chamar de precedentes no direito brasileiro, possui características fundamentalmente distintas das do precedente do *Common Law*. Isso porque o “precedente” brasileiro se constitui basicamente de enunciados gerais e abstratos, equiparáveis sob esse aspecto aos textos legais, que muitas vezes acabam por perder a referência aos casos concretos que os originaram. O “precedentalismo” brasileiro funda-se basicamente na fabricação de teses jurídicas por parte dos tribunais. Esse é claramente o caso das súmulas, inclusive as vinculantes, das decisões proferidas em controle de constitucionalidade e das sentenças proferidas nos diversos incidentes de uniformização de jurisprudência.

Esses instrumentos, conquanto não possam ser considerados precedentes segundo a ideia mais estrita de precedente presente no *Common Law*, se constituem de mecanismos de racionalização do conjunto das decisões judiciais, papel que é desempenhado pelos precedentes obrigatórios no *Common Law*. Outro ponto análogo entre os dois sistemas é o fato de que assim como os precedentes são criações judiciais, os instrumentos presentes no direito brasileiro também proporcionam um papel ativo ao Judiciário na formulação, ou caso se entenda mais adequado, na interpretação do Direito.

A preexistência desse sistema, com características próprias, no Direito brasileiro, deve ser plenamente levada em consideração quando se debate a oportunidade ou mesmo a necessidade de adoção do *stare decisis* no Brasil. Afinal, é necessário responder a questões tais como: ambos os sistemas são compatíveis? É possível que convivam em harmonia? Ou é necessário eliminar um em favor do outro? Ou ainda mais problemático: a adoção do *stare decisis*, no Brasil, não produziria um choque com o atual sistema de súmulas, enunciados e teses abstratos? Deve-se por fim levar em conta que a solução deve atender a uma necessidade de maior racionalização do direito, em detrimento da caótica complexidade que há muito domina o ordenamento jurídico pátrio.

O embate doutrinário mais aceso no entorno da questão da criação de um *stare decisis* brasileiro, à parte as várias nuances já apontadas quanto ao sentido do artigo 927 do CPC, se dá entre as posições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhardt e Daniel Mitidiero, dentre outros, e as de Lenio Luiz Streck, que por sua vez é acompanhado de Dierle Nunes e Georges Abboud, dentre outros.

O primeiro grupo de autores defende enfaticamente a necessidade de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, no qual deve se sobrelevar o papel dos tribunais superiores, a que chamam “tribunais de precedentes” ou “cortes de vértice”. Para os referidos autores, a atribuição conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal de supremo intérprete do seu texto e ao Superior Tribunal de Justiça de promover a uniformização da interpretação das leis federais já é suficiente para conferir obrigatoriedade ampla a seus precedentes.

Haveria, para essa corrente, uma distinção de atribuições entre órgãos judiciários, onde os tribunais superiores teriam a precípua função de formar precedentes a serem seguidos pelos tribunais e juízos inferiores, ao passo que estes teriam por mister a simples aplicação dessas formulações. O trecho a seguir resume essa ideia preconizada pela corrente de precedentistas mencionada:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional, no entanto, é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes. (MITIDIERO, 2017, p. 76, grifos do autor)

Afigura-se muito claro, portanto, que essa concepção coloca a lógica precedentalista do *Common Law* de cabeça para baixo, uma vez que naquele sistema não existem cortes com prerrogativas específicas para formação de precedentes, mas estes se formam, como regra, a partir de baixo e se tornam obrigatórios, conforme já assinalado acima, na medida em que atingem e são confirmados pelas cortes superiores. Essa concepção fere ainda um ideal democrático de interpretação e aplicação da justiça, uma vez que tolhe aos juízos inferiores a possibilidade de atuação na interpretação do direito. São precisamente os juízos inferiores que se encontram mais próximos das partes do processo, que tem contato próximo com a sua situação concreta, sendo também os mais capazes de aferir se determinadas decisões produzem, na prática, os efeitos almejados pela norma legal, e especialmente se atendem aos fins sociais e políticos estampados no texto constitucional.

A corrente oposta a essa linha de pensamento, assevera ainda que a ideia de criação de teses abstratas por parte das cortes superiores, muitas vezes, nada mais consistem do que o exercício de uma atividade legislativa por parte dos tribunais. O ponto fulcral dessa crítica se assenta num dos grandes postulados do pós-positivismo, segundo o qual não existe cisão entre os atos de interpretar e aplicar o direito. Ou seja, toda decisão judicial demanda a interpretação da norma aplicável por parte do julgador, de modo que se torna impossível “monopolizar” a prerrogativa da interpretação das leis nas mãos dos tribunais superiores, conforme bem esclarece o seguinte texto, de Lênio Luiz STRECK (2019, p. 63, grifos do autor):

*É importante ressaltar: a norma é a norma no caso! Ela não ganha vida própria depois que o texto é interpretado. Pensar assim é mal compreender a diferença texto-norma. Deixei isso muito claro em um texto antigo, denominado “A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*”. A norma não fica à disposição de quem simplesmente irá aplicá-la. No paradigma hermenêutico, não há como fazer essa cisão por um simples motivo: a norma é a norma do caso, de modo que diante dos casos futuros ela*

também será texto (este é segredo!) e, portanto, novamente será interpretado. E quando dizemos que será novamente interpretado, isso pressupõe um novo caso, uma nova situação hermenêutica na qual o sentido se dá. Não há como aceitar que, diante dos novos casos, os juízes e Tribunais do andar de baixo simplesmente aplicarão e, apenas *eventualmente*, necessitarão interpretá-los!

Segundo esse raciocínio, na medida em que se criam enunciados e teses abstratas por parte dos tribunais, estes, ao serem aplicados pelos órgãos e juízos inferiores, também necessitam ser interpretados e também comportam o risco de serem interpretados de maneira divergente de modo a criar entendimentos antagônicos em todo dos enunciados a par dos entendimentos antagônicos que surgem em torno do texto legal. Denota-se aí também o risco de haver, a par da “inflação” legislativa, uma inflação de enunciados e teses abstratos criados pelos tribunais, competindo inclusive com a legislação, a tornar direito brasileiro um ambiente ainda mais tormentoso do que já é.

Outro risco apontado é o de que se caia, na prática, no que representa a tese do realismo jurídico, segundo a qual o direito é simplesmente aquilo que os órgãos jurisdicionais dizem que ele é. O grave risco subjacente seria o de uma forte ruptura institucional, afinal, de que serviriam as normas criadas pelo Poder Legislativo, se o verdadeiro conteúdo do direito é ditado pelos tribunais? Ou seja, se reconheceria finalmente, de maneira um tanto quanto explícita, que os tribunais têm o poder de legislar.

Por fim, se questiona se o modelo do *Common Law* é suficientemente conhecido pelos juristas brasileiros e, ainda mais importante, se é adaptável à cultura e ao sistema jurídico nacional. A história, os institutos e a dinâmica do sistema do *Common Law* podem ser capazes de causar um mais que justificável fascínio ao pesquisador jurídico, o que não significa que possa ser abruptamente transplantado para outros sistemas jurídicos que também possuem as suas próprias tradições arraigadas.

É preciso aqui recordar que o *Common Law* é originário da Inglaterra, país que possui traços históricos, sociais, políticos e culturais muito peculiares, e ainda que o modelo de justiça do *Common Law* foi adotado somente em outras nações que surgiram como fruto da colonização britânica, como nos Estado Unidos. A cultura britânica, como é cediço, é extremamente ciosa de seus costumes e tradições e isso marca seu sistema de governo, seu modelo de democracia e, como não poderia deixar de ser, seu modelo de Justiça.

A propósito, Arend LIPHART, em sua obra *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países* (2003) descreve as peculiaridades do modelo de democracia britânico, chamado Modelo Westminster ou modelo majoritário. O modelo majoritário se

caracteriza, principalmente, pelo fato de que tanto nos resultados das eleições quanto das votações no parlamento, nunca se exige maioria qualificada de votos, bastando o resultado por maioria simples de cinquenta por cento mais um. É precisamente dessa característica que deriva o próprio nome do sistema: *majoritário*.

Dentre as principais características desse sistema político, na Inglaterra, se destacam (LIPHART, 2003, p. 27-47): a) *a concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários de maioria mínima*: isso denota um forte equilíbrio de poder entre os dois grandes partidos (conservador e trabalhista), de maneira que quando um deles conquista a maioria e, conseqüentemente, o direito de governar, quase sempre a prevalência de um sobre o outro se dá por uma margem muito pequena; b) *flexibilidade constitucional*: embora a Inglaterra não possua uma constituição escrita nos moldes dos demais países, seu conteúdo é modificável por decisão de maioria simples no Parlamento, o que raramente acontece, precisamente em decorrência do respeito que os britânicos possuem pelas suas instituições e tradições; c) *ausência de revisão judicial*: na Inglaterra, o controle de constitucionalidade das leis somente pode ser exercido pelo próprio Parlamento, mediante a revogação de eventuais leis inconstitucionais, não havendo qualquer forma de controle judicial; e d) *pluralismo de grupos de interesses*: os embates acontecem de maneira ampla e aberta, e muito pouco no contexto de corporações de interesses organizadas.

O modelo de Westminster, assim como o *Common Law*, acabou por ser adotado, com variações, em alguns países de língua inglesa, que no passado foram colônias britânicas, tais como a Nova Zelândia. Esses países têm em comum o fato de “constituírem sociedades relativamente homogêneas, e seus principais partidos em geral não apresentarem divergências profundas quanto a posições políticas, tendendo a se manter próximos a uma ideologia de centro” (LIPHART, 2003, p. 52). Por outro lado, o problema da participação das minorias no poder se dissolve na medida em que existe uma forte alternância de poder, ou seja, o partido que hoje está no poder, quase que invariavelmente, amanhã estará na oposição e assim por diante (LIPHART, 2003, p. 51).

Evidentemente, todas as características acima apontadas estão plenamente ausentes dos sistemas político e de governo brasileiros e essa pequena digressão prestou-se a demonstrar o quão particular é o cenário sócio-político e cultural no qual o *Common Law* encontra-se incrustado.

Embora tenham sido apontados, por necessidade de síntese, apenas os principais pontos do juízo crítico à instalação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, estes

se mostram suficientes o bastante para concluir que a adoção desse sistema no atual quadro da cultura judiciária brasileira mostra-se não somente inoportuno, como também arriscado. Aliás, cumpre registrar aqui a estranheza sempre causada ao autor deste trabalho, de que os autores precedentalistas acima referidos insistem em reconhecer aos tribunais superiores a prerrogativa de criação dos precedentes obrigatórios, precisamente num momento como em nenhum outro na história política brasileira a atuação dessas cortes tenha sido tão questionada e desacreditada a nível popular e de opinião pública.

No que se refere à questão da legitimidade democrática, se por um lado resta altamente questionável se um sistema de precedentes concentrado nos tribunais superiores seja capaz de atender às demandas dos jurisdicionados por isonomia e segurança jurídica, por outro lado, esse modelo fere a legitimidade democrática do Judiciário, sob o aspecto de que concentra ainda mais o poder nas mãos desses tribunais, limitando, ao menos pretensamente, a participação de tribunais e juízos inferiores na interpretação do direito. E ademais, muito importante se faz a observação de Lenio STRECK (2019, p. 75), de que “ao lado da doutrina das teses e precedentes, vem junto um rígido sistema de filtros recursais, a impedir que as Cortes de Precedentes sejam sujeitas ao constrangimento epistemológico de corrigirem os seus próprios erros”. Por fim, a criação e implementação de um sistema de precedentes obrigatórios envolve uma ampla gama de fatores, os quais são muito bem resumidos no trecho seguinte:

Há que se enfatizar que, para o estabelecimento do precedente como fonte do direito e elemento de formação decisória, várias providências se fazem necessárias: (i) os Tribunais devem consolidar e respeitar seu entendimento institucionalizado; (ii) reformas legislativas no processo civil podem se fazer necessárias, (iii) deve ser adotada uma Teoria dos Precedentes adaptada para a realidade brasileira; (iv) deve haver uma mudança de paradigma e comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores com a aplicação fiel dos precedentes estabelecidos, bem como com a qualidade das decisões proferidas. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p. 204)

Todo esse debate, como não poderia deixar de ser, acaba por se voltar à questão da correta exegese do artigo 927 do Código de Processo Civil. Afinal, caso se considere oportuna (ou mesmo necessária) a instituição de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, é possível afirmar que ele já existe, por força do referido dispositivo de lei? E ainda: levando-se em consideração a disposição contida no inciso VI do artigo 489 do mesmo código, que afirma não estar devidamente fundamentada qualquer decisão judicial que “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” (BRASIL, 2015, *online*).

Com efeito, o artigo 489 do novo código de processo, que tanto chamou e chama a atenção dos estudiosos, contempla um rol de dispositivos que cria uma rígida disciplina de fundamentação das decisões judiciais, já há grande tempo necessária, e encampa conceitos típicos da tradição do *Common Law*, tais como “fundamentos determinantes” (*ratio decidendi*) (art. 489, §1º, inc. V), distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) (art. 489, §1º, inc. VI, já transcrito no parágrafo anterior).

Entretanto, o artigo 927 é claro quando afirma que “juízes e tribunais observarão” (BRASIL, 2015, *online*, *grifo nosso*) os tipos de preceitos enumerados em seus incisos. *Observar*, evidentemente, difere de *estar vinculado* ou *estar obrigado*. Dessa maneira, a correta exegese do artigo 927 do CPC é a de que o julgador deve sempre levar em consideração os provimentos enumerados quando do julgamento das demandas, sempre que os haja regulando a respectiva matéria *sub judice*. Evidentemente, dentre esses tipos de provimentos há aqueles que possuem caráter vinculante por força de imposição constitucional, *v.g.*, as súmulas vinculantes.

Não se trata, portanto, de instauração de um *stare decisis* no Brasil, até mesmo porque nenhum dos conceitos enumerados nos incisos do art. 927 se identifica com o conceito de precedente do *Common Law*. Tampouco estabelece a obrigatoriedade de todos esses comandos, pois lei ordinária não possui competência para tanto. Obriga, entretanto, ao julgador que fundamente suas decisões com base nesses preceitos e, caso não o faça, justifique, com fundamentação adequada, o porquê deixa de fazê-lo, conforme preceitua o inciso VI, do §1º, do artigo 489. A justificativa para a não aplicação desses preceitos deve sempre estar orientada por valores elencados no artigo 926 do CPC: a *integridade* e a *coerência* do ordenamento jurídico.

A propósito desses princípios, Lenio Luiz STRECK (2009, p. 10) testemunha que protagonizou a inserção dos termos integridade e coerência, ao lado da estabilidade, na redação do referido dispositivo, quando ainda projeto de lei. Conforme explica o mesmo autor (STRECK, 2019, p. 10), a estabilidade constitui-se de um conceito autorreferente, por sua ligação direta com os julgados anteriores, mas “a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”. Esses valores, integridade e coerência, preconizados especialmente na obra do jusfilósofo norte-americano Ronald DWORKIN (1931-2013), estão relacionados à tese do mesmo autor, segundo a qual para cada problema jurídico existe uma

única resposta correta, parafraseada por Streck como sendo a resposta mais adequada à Constituição.

Afirmar que existe uma única resposta correta para cada problema jurídico não significa dizer que existe um mundo metafísico que paira sobre o direito com respostas prontas para todas as questões, atingível mediante algum método ascético ou místico, como o mundo das ideias, descrito na fábula da caverna de Platão. E também não implica afirmar que todas as questões jurídicas possuem uma única resposta em sentido amplo e absoluto, mas sim que são raras as questões que, de fato, não são capazes de encontrar uma resposta correta frente ao ordenamento jurídico.

Para Dworkin, o ordenamento jurídico, constituído por regras, é, no entanto, fundado e amalgamado por princípios, e “o impacto da lei sobre o Direito é determinado pela pergunta de qual interpretação, entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei [...]” (DWORKIN, 2005, p. 190). Sua concepção jurídica, leva fortemente em consideração a tradição do direito, onde são buscados os conteúdos das proposições jurídicas, que “não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica”, essas proposições são, no entanto, “interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas” (DWORKIN, 2005, p. 219).

A resposta correta a um problema jurídico, para Dworkin, portanto representa, dentre todas as respostas cogitadas, aquela que melhor promove os princípios subjacentes à formulação da norma interpretada. O direito é, ao mesmo tempo, axiológico e histórico, conforme se pode depreender do trecho citado acima, pois é constituído dos valores que fundamentam a norma e esse conteúdo valorativo se torna compreensível à luz da análise da história jurídica de determinado instituto. Dessa forma, mesmo os princípios não possuem uma textura tão aberta quanto se possa imaginar, pois seu conteúdo jurídico-axiológico é aferível pelo seu “DNA”, ou seja, à luz da tradição jurídica que lhe deu origem e que acompanha o seu desenvolvimento.

O autor ainda considera oportuno o estudo das teorias literárias de interpretação como subsídio às teorias de interpretação jurídicas. Não que o terreno da interpretação literária seja menos dificultoso que o da interpretação jurídica, porém, “na literatura foram defendidas muito mais teorias da interpretação que no Direito, inclusive teorias que contestam a distinção categórica entre descrição e valoração que debilitou a teoria jurídica” (DWORKIN, 2005, p.

221). É precisamente nesse contexto de análise da interpretação literária que surge a famosa ideia de Dworkin, segundo a qual a construção do direito deve assemelhar-se a um romance em cadeia, em que cada etapa do romance é escrita por um romancista diferente, sendo que cada qual deve preocupar-se com a integridade e a coerência da obra, levando em consideração o trabalho de todos os seus antecessores, a fim de que ao final, a obra seja capaz de exprimir sentido. Essa semelhança do direito com um romance em cadeia é ainda mais perceptível quando se analisa o sistema do *Common Law*, conforme é explicado no trecho a seguir:

A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (DWORKIN, 2005, p. 238)

Compete, portanto, aos legisladores, ao promulgarem novas leis, terem em conta que estas devem ser coerentes com as normas e princípios já presentes no ordenamento jurídico, especialmente com o regime de normas e princípios da Constituição, de maneira que uma nova lei não represente uma fratura no conjunto da obra, ferindo a sua integridade. Da mesma preocupação deve estar imbuído o julgador, que deve interpretar o direito e formar sua decisão de maneira que esta não represente um corpo anômalo no organismo do direito.

Com base nisso, e diante da inoportunidade de instauração de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, pode-se afirmar que as finalidades da jurisdição, de estabilidade, coerência e integridade do direito, previstas no artigo 926 do CPC, constituem um melhor caminho para o fortalecimento da legitimidade democrática do judiciário brasileiro, favorecendo inclusive a afirmação da isonomia, da segurança e da confiança no âmbito da atividade jurisdicional, assegurando, por outro lado, um ambiente democrático no âmbito da interpretação jurídica, assegurada a todos os órgãos e juízos de direito e não somente às chamadas “cortes de vértice”.

É evidente que nenhum sistema jurídico seja capaz de garantir isonomia, segurança e confiança aos jurisdicionados de modo total e absoluto. O que se defende, no entanto, é que o

sistema seja suficientemente fiel a esses valores a fim de garantir um grau satisfatório de prosperidade, absolutamente necessário, inclusive, para que se atinjam os grandes ideais previstos na Constituição, como a redução da pobreza e da desigualdade social. E na impossibilidade de implantação imediata de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, o compromisso com a integridade e a coerência no âmbito da prestação jurisdicional representa uma boa solução.

Pode-se mesmo aferir nitidamente a consonância dos ideais de coerência e integridade, com os princípios da isonomia, segurança jurídica e confiança legítima. DWORKIN (2010, p. 176), a propósito afirma que: “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”. Tratar casos semelhantes do mesmo modo não é outra coisa que não se possa denominar de coerência, mas é também isonomia. Quanto à dinâmica existente entre coerência e integridade, o seguinte trecho é esclarecedor:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2014, p. 263-264).

A integridade, portanto, permite a quebra de cadeias decisórias uniformes, em nome de uma decisão mais coerente com o sistema de princípios e regras do ordenamento jurídico e por isso representa um ideal que justifica a quebra seja da isonomia, seja da confiança legítima. A quebra da isonomia se dá, tendo em vista que as decisões anteriores deixam de ser aplicadas por uma decisão qualitativamente melhor, e a confiança (ou dimensão subjetiva da segurança jurídica), enquanto expectativa dos sujeitos de direito, evidentemente acaba por se achar frustrada diante de uma decisão diferente das que vinham sendo tomadas até então.

Entretanto, a dimensão objetiva da segurança jurídica acaba por se reforçar. Conforme dito anteriormente, a dimensão objetiva diz respeito à coesão e harmonia do ordenamento jurídico. Assim, na medida em que uma jurisprudência não íntegra é substituída por outra íntegra (e, portanto, mais coerente) com o sistema de princípios do ordenamento, este,

consequentemente, se apresentará também como mais dotado de segurança. É óbvio, porém que o ideal é que as decisões que se firmam na jurisprudência sejam precisamente aquelas dotadas do máximo coerência e integridade, de modo a não demandarem a sua substituição por outras decisões qualitativamente melhores.

Compromisso com integridade e coerência, portanto, responde melhor às necessidades do direito brasileiro que um sistema de precedentes obrigatórios. Isso não representa um menoscabo ao uso de precedentes na técnica decisional. Muito pelo contrário. Como bem adverte Lenio STRECK (2019, p. 41): “Uma das coisas que impede que os tribunais estabeleçam precedentes [...] no Brasil é o seu alheamento dos casos concretos, a resistência em analisar a prova e as minúcias de fato, que são os elementos definidores de um sistema de precedentes”, e acrescenta que o problema reside na “sua insistência de que é possível resolver *casos* não a partir de *casos*, mas de *temas*”.

Finalmente, quanto à questão do possível contributo do *Common Law* ao direito brasileiro, com vistas a uma aplicação mais isonômica e segura do direito, a própria redação do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*) demonstra que o legislador entendeu a questão e consagrou, conforme já assinalado acima, alguns importantes conceitos oriundos da tradição do *Common Law*, como *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*. Por outro lado, atendo ao problema da aplicação descontextualizada não somente de leis, mas também de enunciados e teses dos tribunais, o dispositivo legal estabelece que: sempre que for invocado ato normativo, não deve se limitar à sua reprodução ou paráfrase, mas explicar sua relação com a causa ou questão decidida (inciso I); não devem ser empregados conceitos jurídicos indeterminados, sem que se explique o motivo de sua incidência ao caso (inciso II); não se devem invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inciso III); devem ser enfrentados todos os argumentos trazidos ao processo (inciso IV). E as disposições mais importantes para a presente abordagem: deve-se demonstrar fundamentadamente que o caso em análise se enquadra nos motivos determinantes de eventual precedente ou enunciado de súmula que se pretenda aplicar (inciso V); e não se pode “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” (inciso VI).

O Código de 2015 consagra, portanto, que na técnica de interpretação de precedentes, enunciados e teses, deve-se recorrer aos fundamentos determinantes que lhes deram origem. Essa técnica representa uma clara aproximação com as técnicas do *Common Law*, pois exige o

cotejo entre as características dos casos que ensejaram a formação seja dos precedentes, enunciados ou teses, e aqueles do caso *sub judice*. Dessa maneira, ainda que enunciados e teses sejam textos gerais e abstratos, semelhante a comando legal, não devem ser interpretados como se lei fossem, porém mais ao modo de interpretação dos precedentes, afinal, muitos desses enunciados e teses possuem casos paradigmas em sua origem. Isso faz parte, claramente, do processo *reconstrutivo* da norma, necessário para que seja aplicada com fidelidade aos postulados da integridade e coerência. A esse respeito, se mostram oportunas as seguintes considerações de Lenio STRECK (2019, p. 136-137, grifos do autor):

E já que se falou em *caso concreto*, não posso ainda, neste capítulo, deixar de mencionar algumas considerações que tenho feito já de há muito. Sempre disse que “Direito é uma questão de caso concreto”. Ora, é claro. Ocorre que as práticas cotidianas do Judiciário, com o endosso de parcela considerável da doutrina, acabaram por institucionalizar exatamente a *ocultação*, aquilo que chamei de *escondimento*, justamente ... do “caso concreto”. É aí, é nesse sentido que minha crítica, *hermenêutica*, claro, aos precedentes está inserida: tenho procurado, em síntese, demonstrar que todo ato de interpretação *já é desde já-sempre* um ato aplicativo *per se*. Mais do que isso, tem-se que *sempre aplicamos*. E essa *applicatio*, como diria Gadamer, somente se dá no caso concreto. Porque não há conceitos sem coisas. É com isso em mente que temos de visualizar, no paradigma hermenêutico – retomando Stein – o papel dos precedentes, em um país em que a aplicação do Direito assume, dia a dia, fragmentação cada vez maior. Hermeneuticamente, o caso concreto é essa “coisa mesma” (*die Sache selbst*) que devemos encontrar no Direito. Entre interpretação e aplicação – não há outro modo.

Por fim, merece homenagem o §4º do artigo 927 (BRASIL, 2015, *online*), que prestigia precisamente os princípios, aqui tão defendidos, da isonomia, segurança e confiança, ao dispor que: “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”; e ainda o texto do § 3º que legitima o uso da técnica da modulação de efeitos (também característica do *Common Law*), em nome da segurança jurídica: “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”.

Finalmente, muito embora o Ministro Edson Fachin, ao redigir o acórdão do Recurso Extraordinário n. 655.265 (STF, 2016b, *online*), tenha encampado a tese de Marinoni, Mitidiero e Arenhardt, afirmando que o artigo 926 do Código de Processo Civil ratifica a adoção do *stare decisis* no direito brasileiro, inclusive citando textualmente a obra de Mitidiero e denominando

o Supremo Tribunal Federal como Corte de Vértice, é de se perguntar se de fato há um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, ainda que sem a presença dos pressupostos de um verdadeiro sistema de precedentes já mencionados acima.

E mais: deve-se refletir seriamente se, a partir de agora, os problemas relacionados à fragmentação decisória no Brasil estarão resolvidos, simplesmente porque se decidiu que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são vinculantes. Para começo de conversa, ainda não se sabe qual será o posicionamento do pleno do STF quanto a essa questão e quanto a ela a doutrina trava uma discussão acesa. Não é demais lembrar que o *Common Law* se desenvolveu ao longo de séculos, desde a invasão de Guilherme da Normandia, no século XI, até o século XIX, quando foi adotado o *stare decisis*. E que esse sistema deita suas raízes para ainda antes do século XI.

É, não somente oportuno, como também necessário que se reclame por uma jurisdição capaz de operar segundo a isonomia e a segurança jurídica, possivelmente até, no futuro, tendo por base um sistema de precedentes obrigatórios. Porém, antes disso, é necessário que se desenvolva, no ambiente jurídico, uma autêntica cultura de apreço aos precedentes, e isso envolve não apenas o respeito aos precedentes, como também o cuidado na sua construção, para que sejam bons precedentes, íntegros e coerentes com os fundamentos do sistema jurídico insculpidos no texto constitucional. Que as disposições do Código de Processo Civil de 2015 possam pavimentar o caminho para um sistema íntegro e coerente de decisões judiciais, que seja também isonômico, seguro e confiável.

CONCLUSÃO

O sistema de precedentes do *Common Law*, desenvolvido ao longo de vários séculos desde a invasão normanda da Inglaterra no século XI, constitui-se de um autêntico e completo sistema judicial dotado de características bastante peculiares, que decididamente o distingue dos sistemas do *Civil Law*. Tradicionalmente, nesse sistema, a lei possui um papel secundário, sendo o direito construído de forma casuística, na medida em que o Poder Judiciário aprecia os casos concretos que lhe são submetidos, formando precedentes que acabam por se tornar parâmetros para o julgamento de futuras causas. No século XIX, o sistema foi coroado com a adoção do mecanismo do *stare decisis*, que estabeleceu a vinculatividade dos precedentes consagrados pelas cortes de maior hierarquia.

Não é exato afirmar que o uso de precedentes judiciais constitui prerrogativa do *Common Law*. A partir de uma breve análise histórica foi possível aferir a importância dos precedentes (ou de institutos análogos) também na tradição do *Civil Law*, como os éditos dos pretores e as constituições imperiais, no direito romano, os *consuetudo curie* e os *stylus*, do direito comum da Idade Média, e os assentos das cortes portuguesas. Ainda que se questione o autêntico caráter de precedentes desses institutos, é inegável que na grande maioria das tradições jurídicas, o modo pelo qual foram decididos os casos pretéritos influenciou e ainda influencia o julgamento dos casos futuros, ainda que essas decisões possuam caráter meramente persuasivo (não vinculante).

O sucesso alcançado pelos sistemas do *Common Law* ao promover a isonomia e a segurança jurídica no âmbito da prestação jurisdicional levou parte importante da doutrina brasileira a considerar seriamente e a defender a implantação de um sistema pretensamente assemelhado ao *stare decisis* no Brasil. Dentre as diversas correntes que defendem a implantação desse sistema no Brasil, a mais influente é certamente a que defende que os tribunais superiores, a que chamam “Tribunais de Precedentes” ou “Cortes de Vértice”, detenham a prerrogativa de estabelecer precedentes a serem aplicados pelos tribunais e juízos inferiores. Dessa maneira, essas cortes estariam responsáveis, precipuamente, pela interpretação do direito, ao passo que os demais tribunais e juízos seriam responsáveis pela sua simples aplicação.

Com efeito, a postura errática de juízos e tribunais e a constante prolação de decisões ambíguas e contraditórias, no âmbito da prestação jurisdicional no Brasil, leva à constatação de

que não vem sendo suficientemente observadas pelo sistema, no contexto da aplicação do direito pelos órgãos judiciários, as necessidades de isonomia, segurança jurídica e confiança legítima. Esses princípios, conforme bem demonstrado no capítulo terceiro, são fundamentos do Estado democrático de Direito e devem necessariamente ser observados não somente nos campos do Legislativo e do Executivo, mas também do Judiciário.

A inobservância desses princípios por parte do Judiciário leva ao enfraquecimento de sua legitimidade, já caracterizada por um déficit democrático em relação aos demais poderes, pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo povo. Isso importa dizer que, na medida em que o Judiciário julga casos iguais de maneira diferente, ferindo a isonomia, desfigura o sistema jurídico por meio de decisões anômalas, ferindo a segurança, e frustra as expectativas legitimamente fundadas dos sujeitos de direito, ferindo a confiança, e passa a ser visto com descrédito por parte dos cidadãos, que deixam de enxergar nesse poder, a expressão de uma instituição autenticamente democrática. Isso implica, naturalmente, num grave risco para todo o regime democrático.

A questão que se colocou, portanto, é se a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, segundo o modelo do *stare decisis* do *Common Law*, seria capaz de plasmar no sistema um grau satisfatório de isonomia, segurança jurídica e confiança legítima, contribuindo, conseqüentemente, para reforçar a manutenção de sua legitimidade democrática. Essa discussão passou, necessariamente, pela consideração se esse sistema é compatível com o sistema de Justiça pátrio.

Precisamente com esse intuito é que foi desenhado, no segundo capítulo, um panorama contendo os instrumentos processuais e institutos jurídicos que representam, no Brasil, um “sistema de precedentes”. É altamente questionável se as súmulas ou as súmulas vinculantes, as decisões dotadas de efeito *erga omnes* proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, bem como as sentenças proferidas em incidentes de uniformização de jurisprudência pelos diversos tribunais do país possam ser chamados de precedentes, conforme aponta uma importante ala da crítica. E certamente não são precedentes segundo a ideia mais estrita de precedentes do *Common Law*.

Com efeito, os provimentos acima enumerados constituem-se basicamente de teses abstratas construídas pelos tribunais superiores. São como que “respostas antes das perguntas”, frutos de prequestionamentos. O *stare decisis*, porém, possui estrutura e dinâmica fundamentalmente diferentes. Nele, o precedente é invocado com recurso aos nomes das partes do processo que lhe deu origem, e não à súmula ou enunciado abstrato extraído do caso

concreto. A propósito, súmulas, enunciados e teses abstratas são elementos completamente estranhos ao *Common Law*. Enquanto aqui se considera que a súmula, enunciado ou tese são a *ratio decidendi* ou a “norma” da decisão abstraídas do caso concreto, no *Common Law* se reconhece que a identificação da *ratio decidendi* de um precedente se constitui de uma operação complexa, que deve levar em conta todo o conjunto da decisão, e que não pode ser simplesmente resumida em um enunciado geral e abstrato.

Outro problema apontado relacionado à tese dos precedentalistas é a de que, no atual paradigma pós-positivista, não existe cisão entre interpretação e aplicação. Dessa maneira, a divisão entre órgãos judiciários segundo a qual alguns são cortes de precedentes, encarregados da interpretação do direito, ao passo que outros órgãos são encarregados da aplicação, não é factível. Assim, na medida em que as “Cortes de Vértice” produzissem teses representativas das mais adequadas interpretações dos dispositivos constitucionais e legais, estes, por sua vez, acabariam por ser novamente interpretados quando de sua aplicação pelos órgãos inferiores.

Com base nisso, se estabeleceu que a correta exegese do artigo 927 do CPC é a de que este não estabelece um sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, porém obriga o julgador a que leve em consideração os provimentos enumerados em seus incisos na fundamentação de suas decisões. Ademais, o artigo 926 consagra a observância dos princípios da coerência e da integridade, como objetivos a serem perseguidos pelos órgãos judiciários.

A observância dos referidos princípios, legados ao pensamento de Ronald Dworkin, apresenta-se como uma resposta mais adequada ao problema da falta de racionalidade do direito brasileiro. O dever de coerência obriga o julgador a decidir os casos iguais de maneira igual, satisfazendo assim aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da confiança legítima. Em nome da integridade, porém, é autorizado ao julgador decidir em desconformidade com um precedente ou provimento (desde que não esteja entre aqueles dotados de força obrigatória, seja por imposição constitucional, seja pelo seu regime jurídico) ou ainda uma cadeia decisória, desde que o novel posicionamento se afigure como o mais adequado à Constituição, prestigiando uma vez mais a segurança jurídica, ou seja, o aperfeiçoamento do direito enquanto sistema.

A implantação de um sistema de “precedentes”, da maneira como tem sido propugnada, portanto, não possui correlação com o sistema de precedentes do *Common Law*, e caso se opte pela implantação de um sistema semelhante ao do *Common Law* no Brasil, em coexistência com o sistema nacional do *Civil Law*, afigura-se necessária a presença de uma série abrangente de condições, tais como um regime constitucional e legal adequados de

referido sistema, que discipline sua interação não somente com o próprio sistema de normas constitucionais e legais, como também com os mecanismos de uniformização de jurisprudência já existentes no sistema pátrio, além uma teoria dos precedentes adaptada à realidade nacional, capaz de dar suporte teórico a este hipotético modelo.

Com efeito, antes que se estabelecesse, no *Common Law*, um sistema formal de precedentes obrigatórios por meio do *stare decisis*, já existia na Inglaterra um sistema de precedentes em pleno funcionamento. Não se pode, portanto, tomar o caminho inverso: antes que exista um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, é preciso que se forme um corpo avantajado de bons precedentes, representativos das respostas mais adequadas à Constituição, e, ao mesmo tempo, uma cultura de respeito aos precedentes por parte de juízos e tribunais. As técnicas de interpretação do precedente oriundas do *Common Law*, que levam em consideração as características dos casos concretos, podem se mostrar como de grande valia nesse processo.

Espera-se que, dessa maneira, o rígido dever de fundamentação das decisões judiciais imposto pelo novo Código de Processo Civil, seja capaz de contribuir decisivamente para uma maior racionalidade na aplicação do direito pela via jurisdicional, eliminando gradualmente o problema da aplicação meramente mecânica e aleatória de súmulas, teses e enunciados, e faça com que o sistema possa usufruir dos benefícios de uma técnica precedentalista autêntica, ainda que, por ora, na ausência de imposição de vinculação.

REFERÊNCIAS:

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 399-406.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 168 p. Organização e tradução de: Luís Afonso Heck.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Vol. 1, 368 p.

AMARAL, Rafael Caiado. Breve Ensaio Acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 138-157, 2003. Trimestral. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/44>. Acesso em: 09 abr. 2019.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário. Curitiba: Juruá, 2015. 108 p.

ARAÚJO, Cícero. Legitimidade, Justiça e Democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova**, n. 57, 2002. P. 73-86.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 425-444.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. 167 p. Tradução de: André de Macedo Duarte.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 175-182.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p. Produção Científica: Direito Desenvolvimento Justiça.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, p.6-43, 2010. Fev./mai. 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 09 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Semestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 18 jul. 2019.

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 333 p.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. 148 p.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 282 p. Tradução de: André Carone.
- BINENBOJN, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 240 p.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. 2 v. Tradução de: Carmen C. Varriale *et ali*.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173 p. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207 p. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000a. 498 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000b. 793 p.
- BOTELHO, Marcos César. A audiência pública: saúde no Supremo Tribunal Federal - breves considerações. **Revista Zênite de Direito Administrativo e Lrf - Idaf**, Curitiba, ano X, n. 109, p.10-17, ago. 2010/2011.
- BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. 238 p.
- BOTELHO, Marcos César. O procedimentalismo em Alexy e o papel da corte constitucional. **Argumenta**, Jacarezinho, n. 10, p.37-52, jan/jun. 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRASIL. Constituição (1993). Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (2004). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luis de. A convergência do sistema da Civil Law ao da Common Law e a concretização de direitos. **Intermas**, Presidente Prudente, Sp, n. 23, s.p., 2008. Disponível em: <http://intermas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2616>. Acesso em: 27 ago. 2019

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante e uniformização de juristprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. 263 p

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. 387 p.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p.143-160, fev. 2009.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 633-658.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. 727 p.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de. **O direito a favor da esperança**: o uso dos precedentes judiciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: D'plácido, 2019. 234 p. (Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise). Coordenação: Gregório Assagra de Almeida.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. **Ministério público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. 136 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p

CONTIPELLI, Ernani. Estado Constitucional Cooperativo: perspectivas sobre solidariedad, desarrollo humano y gobernanza global. **Inciso**, [s.l.], v. 18, n. 1, p.87-98, 30 jun. 2016. Universidad La Gran Colombia. Disponível em: <https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/562>. Acesso em 27 ago. 2019.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão (com a colaboração de Ana Luiza Rodrigues, Camila Horta Pereira, Flávia Bueno Silva, Kamilla Cristiny Guimarães, Olimpia Gabriela Garcia Gonçalves, Vanessa Ferreira de Miranda). Quadro comparativo: CPC/1973 com o NCPC. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6408/1/Quadro%20comparativo%20-%20CPC%20-%20Caputo%2C%20Paulo.pdf>. Acesso em 24 ago 2019.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 236 p.

CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 486 p.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Edição Kindle. Oxford: Oxford University Press, 1991. (Clarendon Law Series). Disponível em: https://www.amazon.com.br/Precedent-English-Law-Clarendon-ebook/dp/B00H2H0HR0?tag=goog0ef-20&smid=A18CNA8NWQSYHH&ascsubtag=go_1686871380_65779544836_327582895583_aud-580930410671:pla-793030093391_c_. Acesso em: 04 ago. 2019. n.p.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 120 p. Tradução de: Eduardo Brandão; revisão técnica e da tradução: Isabella Soares Micali.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 687 p. (Coleção justiça e direito). Tradução de: Hermínio A. Carvalho.

DELGADO, José Augusto. O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça: Brasília, DF, 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/448>. Acesso em: 27 ago. 2019.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz. **Novos Rumos** – Revista Eletrônica da Associação dos Magistrados do Paraná. Disponível em: <http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/artigo.html>. Acesso em 5 out. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivum, 2015. 674 p. v.2.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 18, n. 36, p.114-132, 31 dez. 2015. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p114>. Acesso em: 16 jul. 2019.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Edição Kindle. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Nature-Authority-Precedent-Neil-Duxbury/dp/0521713366?tag=goog0ef-20&smid=A1ZZFT5FULY4LN&ascsubtag=go_1494986073_58431735035_285514469186_pla-485032980911_c_. Acesso em: 04 ago. 2019. 190 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 568 p. Tradução de: Nelson Boeira.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 513 p. Tradução de Jeferson Luiz Camargo.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593 p. Tradução de: Luís Carlos Borges.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 288 p.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. 929 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 316 p.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 562 p. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014. 317 p. (Biblioteca jurídica WMF). Tradução de: Denise Rossato Agostinetti; revisão técnica de: Ricardo Marcelo Fonseca.

HÄBERLE, Peter. Comparación constitucional y cultural de los modelos federales. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, Espanha, n. 8, p.171-188, dez. 2007. Semestral. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE8/articulos/07PeterHaberle.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2016. 491 p. Tradução de: Héctor Fix-Fierro.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional Europeo. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad del Mexico, n. 2, p. 87-104, jun. 2000. Semestral. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5581>. Acesso em: 17 mar. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55 p. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 6, p.177-198, 2002. Tradução de: Francisco Fernández Segado.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p. Tradução de: Flávio Beno Siebeneicher.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. **Precedentes judiciais**: sistematização e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 236 p.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. 2009. ed. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2009. 399 p. Tradução de: Antonio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução de: Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica de: Luiz Vergílio Dalla-Rosa.

HESPANHA, Antonio Manuel. Governo da Ley ou governo dos juizes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **Historia Constitucional**, Oviedo (Espanha), n. 12, p.203-237, set. 2011. Anual. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/301>. Acesso em: 07 ago. 2019.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 34. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 220 p.

LIPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Tradução de: Roberto Franco.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**: a comparative study. Edição Kindle. New York: Routledge, 2016. Disponível em: <https://www.amazon.com/Interpreting-Precedents-Comparative-Applied-Philosophy->

ebook-dp-

B01MYWGBWD/dp/B01MYWGBWD/ref=mt_kindle?_encoding=UTF8&me=&qid=1564938272. Acesso em: 04 ago. 2019. n.p.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial:** limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 174 p.

MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos: entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. **XV Congresso Nacional do Conpedi – Manaus.** Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. Estado Constitucional Cooperativo, Democracia e Parlamento em Instituições Supranacionais e Intergovernamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, v. 1, n. 7, p.75-81, dez. 2007. Anual.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Constitucional em Face da Cooperação Regional e global. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p.105-114, dez. 2006. Anual.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes:** natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 646 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. 125 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. 396 p.

MARQUETTE, Felipe Rotta; VANZELLA, José Marcos Miné. Compreendendo a sociedade civil e a esfera pública política De Habermas. **Revista Direito & Paz**, [s.l.], v. 2, n. 39, p. 140-159, 18 dez. 2018. <http://dx.doi.org/10.32713/rdp.v2i39.1054>.

Disponível em:

<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1054/433>. Acesso em: 28 abr. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p.

MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima.* In: ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 227-231.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes:** o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 348 p.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 567-590.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 142 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 132 p. Com uma introdução de: Ralph Christensen; tradução de: Peter Naumann; revisão de: Paulo Bonavides.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação do Supremo Tribunal Federal? **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010**, p.1345-1354.

NUNES, Dierle; HORTA; André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 301-334.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s.l.], v. 2013, n. 62, p.179-208, 24 jul. 2013. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2013v62p179>.

OLIVEIRA, Eduardo Santos. O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, no 33, mai./ago. 2013, p. 206-246

OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). **Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção**. Birigüi, Sp: Boareal Editora, 2013. p. 175-193.

PAULO, José Vilema. Falência do Estado-nação e a necessidade de Estados transnacionais: Reflexões a partir de Ulrich Beck. **Prima Facie: International Journal**, João Pessoa, v. 14, n. 26, p.1-30, jun. 2015. Semestral. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/24474>. Acesso em: 12 mar. 2019.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. 351 p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 35, p.85-200, 1995.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 259 p. Tradução de: Verginia K. Pupi.

PERNOUD, Régine. **Idade Média: o que não nos ensinaram**. 2. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1994. 189 p. Tradução de: Maurício Brett Menezes; revisão técnica de: Francisco José Pereira das Neves Vieira.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 106 p. (Coleção o novo código de processo civil / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero)

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 21, mar./abr./mai. 2010. Salvador-BA. Disponível em: <https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. 326 p.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 3, n. 12, p. 5-20, jun. 2006. Trimestral. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1320>. Acesso em: 17 mar. 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade: Diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013. 274 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição da faculdade de Direito da Universidade de Brasília - Unb, Brasília, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 319 p.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e Fundamentação das Decisões Judiciais e o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 7 – jan./jun. 2006, Vol. 2, p. 355-376.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 43 (N.U.: 4000886-80.2016.1.00.0000). Relator: Ministro Marco Aurélio. **Portal STF**, 2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 18/2/2020.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 44 (N.U.: 4000918-85.2016.1.00.0000). Relator: Ministro Marco Aurélio. **Portal STF**, 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 18/2/2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 3510 (N.U. 0002323-70.2005.0.01.0000). Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe: 4/6/2018. **Portal STF**, 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 16/2/2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6298 (N.U.: 0035984-92.2019.1.00.0000). Relator: Ministro Luiz Fux. **Portal STF**, 2020a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 17/2/2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6299 (N.U.: 0035998-76.2019.1.00.0000). Relator: Ministro Luiz Fux. **Portal STF**, 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 17/2/2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 6300 (N.U.: 0084817-10.2020.1.00.0000). Relator: Ministro Luiz Fux. **Portal STF**, 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acesso em: 17/2/2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ADO 26 (N.U. 9996923-64.2013.1.00.0000). Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 28/06/2019. **Portal STF**, 2019a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 1º/2/2020.

STF. Aplicação das súmulas no STF. **Portal STF**, 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarSumula.asp>. Acesso em: 22 ago. 2019.

STF. HABEAS CORPUS: HC 126292 (N.U.: 8620448-89.2015.1.00.0000). Relator: Ministro Teori Zavascki. **Portal STF**, 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 18/2/2020.

STF. INQUÉRITO: INQ 4781 (N.U.: sem número - sigiloso). Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Portal STF**, 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 17/2/2020.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 670 (N.U. 0001863-34.2002.1.00.0000). Relator: Ministro Mauricio Correa. DJ: 25/10/2007. **Portal STF**, 2007a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 1º/2/2020.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 708 (N.U. 0002729-71.2004.1.00.0000). Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. **Portal STF**, 2007b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>. Acesso em: 1º/2/2020.

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO: MI 712 (N.U. 0003554-15.2004.1.00.0000). Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 25/10/2007. **Portal STF**, 2007c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>. Acesso em: 1º/2/2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 655265 (N.U.: Sem número único). Relator: Ministro Luiz Fux. **Portal STF**, 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 20/2/2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1055941 (N.U.: 0010713-69.2010.4.03.6109). Relator: Ministro Dias Toffoli. **Portal STF**, 2019d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>. Acesso em: 17/2/2020.

STF. SÚMULA VINCULANTE 11. Sessão Plenária de 13/08/2008. DJe: 22/08/2008. **Portal STF**, 2008a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 3/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE LIMINAR: SL 47 (N.U. 0004360-07.2004.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/3/2010. **Portal STF**, 2010a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2252830>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 2361 (N.U. 0001576-57.2004.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 23/3/2010. **Portal STF**, 2010b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2220460>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 2944 (N.U. 0003141-85.2006.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/03/2010. **Portal STF**, 2010c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2388369>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 3345 (N.U. 0004393-89.2007.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/3/2010. **Portal STF**, 2010d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2545919>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 3355 (N.U. 0004504-73.2007.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/3/2010. **Portal STF**, 2010e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2547606>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA: SS 3724 (N.U. 0008167-93.2008.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/03/2010. **Portal STF**, 2010f. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2656186>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA: STA 175 (N.U. 0005936-30.2007.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 24/03/2010. **Portal STF**, 2010g. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA: STA 211 (N.U. 0000650-80.2008.1.00.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 15/04/2008. **Portal STF**, 2008b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2595894>. Acesso em: 2/2/2020.

STF. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA: STA 278 (N.U. 0005803-51.2008.0.01.0000). Relator: Ministro Presidente. DJ: 22/10/2008. **Portal STF**, 2008c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641028>. Acesso em: 2/2/2020.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 175-182.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** - o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 120 p. (Coleção O Que é Isto?). Vol. 3.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2018. 566 p. Edição do Kindle. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Jurisd%C3%A7%C3%A3o-Constitucional-Lenio-Luiz-Streck/dp/8530979389/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&keywords=jurisd%C3%A7%C3%A3o+constitucional&qid=1566606353&s=gateway&sr=8-1. Acesso em: 23 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p. (Coleção O Que é Isto?). Vol. 1.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 160 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. 712 p.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo B. M.; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A corte interamericana e as repercussões para o Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). **Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção**. Birigui, Sp: Boreal, 2013. p. 269-303.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v. 1, n. 1, abr. 2006.

TORAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 1996. 286 p.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 444-457. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 350 p.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. 278 p. Tradução de Roberto Raposo.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2007. 238 p. Tradução da versão inglesa de Talcott Parsons, Harvard University, por Pietro Nassetti.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 407-424.