



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

MIKAEL DE OLIVEIRA WAISS

**PRECEDENTALISMO DE CÚPULA: DIÁLOGO CRÍTICO COM O MODELO
TEÓRICO DE PRECEDENTES FUNDADO EM CORTES DE VÉRTICE**

MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

JACAREZINHO - PR
2022

MIKAEL DE OLIVEIRA WAISS

**PRECEDENTALISMO DE CÚPULA: DIÁLOGO CRÍTICO COM O MODELO
TEÓRICO DE PRECEDENTES FUNDADO EM CORTES DE VÉRTICE**

MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

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

Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique de Souza Freitas.

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

W156p WAISS, Mikael de Oliveira
Precedentalismo de cúpula: diálogo crítico com o modelo teórico de precedentes fundado em cortes de vértice / Mikael de Oliveira WAISS; orientador Paulo Henrique de Souza FREITAS - Jacarezinho, 2022.
117 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2022.

1. Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes. 2. Diálogo crítico. 3. Decisão judicial. 4. Modelo democrático de processo. 5. Teoria dos precedentes judiciais. I. FREITAS, Paulo Henrique de Souza, orient. II. Título.

MIKAEL DE OLIVEIRA WAISS

**PRECEDENTALISMO DE CÚPULA: DIÁLOGO CRÍTICO COM O MODELO
TEÓRICO DE PRECEDENTES FUNDADO EM CORTES DE VÉRTICE**

Dissertação apresentada à Banca de Defesa do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica.

DATA DE APROVAÇÃO: 17/05/2022

Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique de Souza Freitas

Examinador (a)

Examinador (a)

**JACAREZINHO - PR
2022**

Àqueles que acreditam em um sistema de justiça íntegro que não se resume e nem se limite a teses jurídicas fixadas por Cortes de Vértice, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Os caminhos percorridos para a elaboração deste trabalho foram atípicos. Aquilo que esperava do Mestrado aconteceu de forma bastante distinta: as salas de aula foram substituídas por videoconferências; o sonho de lecionar a uma multidão de alunos não se concretizou; os tradicionais encontros da turma após as aulas de sexta-feira foram interrompidos logo no início desta caminhada acadêmica, em decorrência da pandemia, no primeiro semestre de 2020.

Sucedeu uma revolução na forma de ensino e, de certo modo, a destruição do mundo a que estávamos habituados. Perdemos familiares e amigos; entes queridos cujas trajetórias foram interrompidas precocemente. Querido Professor Guilherme Degraf, a Turma 17 do Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná guardará eternamente sua amizade, talento e comprometimento acadêmicos. Seu notável engajamento científico serviu de inspiração para a elaboração deste trabalho. Obrigado por ter cruzado os nossos caminhos.

Quando encerrei o projeto desta dissertação ao final de 2020, estava seguro de que daria continuidade ao pensamento registrado no primeiro texto que redigi sobre o tema: “Precedentes: segurança jurídica, ressignificação e prospecção”. Entretanto, o contato com outras obras, notadamente as de Lenio Luiz Streck, como *Precedentes judiciais e hermenêutica* e *Verdade e Consenso*, e também de Juraci Mourão Lopes Filho, em *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*, fez-me refletir sobre o distanciamento da prática decisória arraigada no âmbito das Cortes de Vértice em relação à grandeza do papel institucional (precedentalista) que lhes vem sendo postulado pela doutrina majoritária.

O referencial teórico adotado neste trabalho não é convencional, nem majoritário. Mas representa justa preocupação de respeitável parcela da doutrina, e merece ser objeto de debate para a formação de uma teoria dos precedentes judiciais que se adeque às particularidades do sistema jurídico brasileiro.

Agradeço à minha família pelo constante suporte, especialmente à minha querida mãe (Adriana), companheira (Layana) e nosso filhote (Nico). Agradeço ao Professor Doutor José Ricardo Suter por ter me incentivado e concedido o uso da biblioteca da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos-SP, onde passei muitas tardes em solidão, leitura e redação deste texto, e também ao Wagner, gentil bibliotecário que tornou a caminhada mais confortável e produtiva. Agradeço a todos os meus colegas e amigos do Mestrado, especialmente ao Conde e Ronaldo, pela parceria acadêmica.

Agradeço ao meu escritório, Camargo, Santos e Caceres – Sociedade de Advogados, que compreendeu a necessidade do meu afastamento parcial do trabalho no último semestre de

2021 para que pudesse me dedicar a este texto, especialmente ao meu coorientador, Professor Doutor Daniel Marques de Camargo, e ao Professor Mestre Hugo Rafael Pires dos Santos, pela leitura, correção e proposições críticas ao trabalho.

Agradeço, finalmente, ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Henrique de Souza Freitas, por ter me acompanhado e orientado nesta caminhada.

WAISS, Mikael de Oliveira. **Precedentalismo de cúpula**: diálogo crítico com o modelo teórico de precedentes fundado em cortes de vértice. 2022, 118 f. Dissertação (Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica) — Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2022.

RESUMO

A doutrina majoritária reponsável por encabeçar a construção de uma teoria dos precedentes judiciais pauta-se na premissa teórica de que o papel precedentalista deve centrar-se em Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, cuja função seria a de nortear a atividade jurisdicional e estabilizar as expectativas sociais mediante a formação de precedentes obrigatórios. Conquanto teoricamente sólida e bem estruturada, essa vertente prega pautas e idealizações extraídas do direito comparado que não parecem se adequar precisamente às características do sistema jurídico brasileiro, gerando concentração de poder demasiada no Poder Judiciário, notadamente nos seus órgãos de cúpula. Há, no Brasil, substancial distanciamento entre o alicerce teórico da doutrina majoritária e as particularidades dos órgãos jurisdicionais (STJ e STF) que se enquadrariam nesse grandioso papel precedentalista. A principal indagação que se busca responder neste trabalho é se a tese precedentalista representa a melhor (e mais adequada) resposta, à luz do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, para os fins a que ela se propõe (unidade, segurança jurídica, previsibilidade e integridade). A resposta a essa pergunta é negativa, e os caminhos percorridos para se chegar a tal conclusão passam pelas valiosas lições da doutrina minoritária sobre o assunto. Trata-se de oportunidade relevante para a academia debater a construção de uma base teórica própria à tradição brasileira acerca dos padrões decisórios, especialmente dos precedentes judiciais, a fim de evitar que velhos (e já superados) movimentos teóricos ressurgam sob novas roupagens e com promessas irrealizáveis. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com lastro em pesquisa bibliográfica e decisões judiciais, para estabelecer um diálogo crítico que busca colocar em pauta as principais ideias de grandes autores sobre o tema, em prol da valorização da fundamentação da decisão judicial e da construção de um modelo democrático de processo, acessível à comunidade científica e aos entes em geral.

Palavras-chave: Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes; Diálogo crítico; Decisão judicial; Modelo democrático de processo; Teoria dos precedentes judiciais.

WAISS, Mikael de Oliveira. **Summit precedentalism**: critical dialogue with the theoretical model of precedents based on supreme courts. 2022, 118 f. Dissertation (Master's - Stricto Sensu Postgraduate Program in Law) – Northern Parana State University, 2022.

ABSTRACT

The main doctrine in Brazil related to the development of a theory of judicial precedents is based on the premise that the precedentist role should focus on Supreme Courts or Courts of Precedents, institutions responsible for guiding jurisdictional activity and stabilizing expectations through the formation of binding precedents. Although solid and well structured, this theory preaches guidelines from comparative law, which does not seem to be compatible with the aspects of the Brazilian legal system, transferring too much power to the Judiciary, notably to its superior courts. There is, in Brazil, a substantial gap between the theoretical foundation of the majority doctrine and the particularities of the jurisdictional institutions that are supposed to fit into the precedentalist role. The main question that this text seeks to answer is whether the precedentist thesis represents the most adequate answer according to the contemporary constitutionalism for the purpose it offers (unity, legal certainty, predictability and integrity). The answer to this question is negative, and the paths taken to reach such conclusion result from the valuable lessons of the minority doctrine. This is a relevant opportunity to debate and build a theoretical basis specific to the Brazilian tradition about decision-making standards, specially regarding judicial precedents, in order to prevent the majority doctrine from giving outdated movements a new lease of life and bringing unfulfillable promises. The hypothetical-deductive method was used based on bibliographic research and judicial decisions to establish a critical dialogue that seeks to debate the main ideas of the major authors on the subject, in order to promote the reasoning of judicial decisions and the construction of a democratic model of process, accessible to the community in general.

Keywords: Supreme Courts or Courts of Precedents; Critical Dialogue; Judicial decision; Democratic model of process; Theory of judicial precedents.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
CPC	Código de Processo Civil
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
V.G	Verbi Gratia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ESTADO DE DIREITO: DA CONTENÇÃO DO PODER ESTATAL AOS CAMINHOS POLÍTICO-JURÍDICOS PERCORRIDOS EM DIREÇÃO AO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL.....	14
1.1 Primeiras noções do estado de direito e bases introdutórias do juspositivismo.....	14
1.2 Transformações no estado legislativo: do positivismo normativista como alicerce para ascensão do poder executivo ao pós-positivismo como base jusfilosófica do neoconstitucionalismo.....	21
1.3 Ascensão institucional do poder judiciário: o novo modelo de constitucionalismo e a formação do modelo de supremacia judicial brasileiro.....	28
2. CORTES SUPREMAS OU CORTES DE PRECEDENTES: UM MODELO PARA O BRASIL?.....	44
2.1 Premissas teóricas sobre o papel de uma corte de interpretação.....	44
2.2 Panorama jurídico-institucional brasileiro e os objetivos e justificativas do sistema precedentalista fundado em cortes supremas.....	56
2.3 Modelo brasileiro de precedentes ou de pronunciamentos judiciais de observância obrigatória?.....	62
3. DIÁLOGO CRÍTICO COM A VERTENTE PRECEDENTALISTA	75
3.1 O conceito tripartite: problemas do aspecto funcional	75
3.2 Aberturas terminológicas da tese precedentalista: combustível às Cortes Supremas para a criação de teses gerais, abstratas e prospectivas	81
3.3 Papel do STJ e do STF: nem <i>Supreme Court</i> , nem <i>Bundesgerichtshof</i>	88
3.4 Ode ao processualismo contemporâneo democrático: conectando pontos teóricos em prol de um (não) retorno ao passado.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

As transformações sofridas pelo Estado e as diferentes formas e estruturas por ele assumidas ao longo dos séculos, notadamente a partir da Idade Moderna, influenciaram as teorizações a respeito da atividade jurisdicional que ainda hoje estão em voga na doutrina brasileira, isto é, os acontecimentos políticos, históricos e o constitucionalismo brasileiro favoreceram a enunciação de teorias centradas em um modelo de supremacia judicial, como é o caso da doutrina precedentalista — termo utilizado neste trabalho para fazer referência ao modelo teórico de precedentes fundado em Cortes de Vértice.

A crença em valores supostamente verdadeiros e com aptidão de definir um Direito justo a partir da atividade jurisdicional está relacionada ao histórico do ordenamento jurídico brasileiro de forte centralização de atribuições no Poder Judiciário, ainda mais nos seus órgãos de cúpula, fenômeno observado desde as primeiras constituições da República, e que se agigantou paulatinamente pelo sentimento constitucional do período de redemocratização, pelo ideário do neoconstitucionalismo, pela hiperconstitucionalização da vida e hipercomplexidade social, em um contexto de atuação deficitária dos demais poderes (Executivo e Legislativo).

Direitos, garantias e promessas foram asseguradas na Constituição Federal de 1988 e se tornou indispensável encontrar uma instituição que, em tese, correspondesse às expectativas cultivadas pelos indivíduos: o Poder Judiciário. O processo de hegemonização judiciária passou, então, a ocupar o centro dos debates nas democracias contemporâneas, e tal cenário ficou especialmente evidente no Brasil, à luz das características das constituições republicanas.

Problemas como o da legitimidade do exercício jurisdicional e do excesso de funções acumuladas no Poder Judiciário ganharam destaque, assim como o da intervenção demasiada dos Tribunais na vida das pessoas e em pautas que deveriam ser resolvidas nas esferas dos demais poderes. Justamente esses problemas — que já vêm sendo enfrentados pela doutrina há anos — tornam a reaparecer no âmbito de outras discussões, especificamente, neste trabalho, do Direito Processual Civil.

Isso porque a aposta feita na concretização de direitos e garantias a partir da atividade jurisdicional ganhou nova forma de expressão: os precedentes judiciais à brasileira, concebidos exclusivamente às Cortes Supremas (STF e STJ), e que acabaram transformados, na prática forense, em teses gerais, abstratas e prospectivas, fixadas aprioristicamente pela cúpula do Poder Judiciário e sob a idealizada pretensão de solucionar todas as situações potencialmente conflitivas.

Quando se trata dos precedentes judiciais, diversos aspectos técnicos são comumente

encontrados em textos publicados sobre o tema, a exemplo das técnicas de formação, distinção e superação. Contudo, pouco se discute, do ponto de vista jusfilosófico, a adequação das premissas da doutrina precedentalista majoritária — representada especialmente pelas obras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero —, que parece ter sido simplesmente ratificada como paradigma ao processo civil brasileiro, tanto em decisões no âmbito da cúpula judiciária, quanto por significativa parcela da comunidade acadêmica.

Prega-se que o CPC teria instituído um sistema de precedentes com características próprias da tradição de *civil law* brasileira e que o caminho para consagrar o ideal de segurança jurídica e estabilizar as expectativas sociais estaria satisfeito nesse modelo precedentalista centrado em Cortes de Vértice que, segundo os teóricos que o defendem, seria perfeitamente adequado ao panorama jurídico nacional.

Ocorre que nada adianta falar em sistematização de precedentes vinculantes instituídos pela via legislativa em um país codicista se ainda não aprendemos a trabalhar com os elementos essenciais do instituto (a analogia e a comparação) e se não estão claramente definidos os meios de controle desses padrões decisórios, um processo democrático e participativo para sua formação e uma devida efetivação do artigo 489 do CPC.

Os provimentos judiciais continuam a trazer incontáveis ementas, resumos e teses que, comumente, não guardam a mínima relação fática com o caso concreto que se busca solucionar. Inexiste uma prática cultural de trabalho com precedentes no Brasil, ao passo que, do ponto de vista teórico, formou-se um ideal do que seja o tal sistema de precedentes judiciais, alicerçado sobre inspirações de direito comparado que, bem postas as distintas realidades de cada sistema e tradição jurídicas, parece não se justificar.

A problemática central deste trabalho é identificar as bases da doutrina precedentalista e submeter as suas premissas à testagem e verificação de coerência, validade e legitimidade, tanto no plano da prática forense brasileira, quanto no das proposições teóricas do referencial aqui adotado (vertente doutrinária minoritária, representada principalmente pelas obras de Lênio Luiz Streck e Juraci Mourão Lopes Filho).

Busca-se, igualmente, (i) identificar as imprecisões da vertente teórica que prega a existência de um sistema de precedentes judiciais de vinculação imposta *ex lege* sem que, antes, tenha havido a compreensão e consolidação sistêmica e cultural dos valores que circundam a questão da segurança jurídica; (ii) desvelar as fragilidades da novel crença no discurso de que o precedente judicial é o mais qualificado a solucionar as controvérsias por intermédio da edição de previsões abstratas consubstanciadas em teses jurídicas que, muitas vezes, prestam-se mais a perpetuá-las, com uma infinidade de interpretações, do que resolvê-las; (iii) afirmar a

necessidade de valorização e consolidação da fundamentação da decisão judicial (artigo 489 do CPC) como elemento de maior relevância no trabalho e operacionalização dos precedentes judiciais; (iv) demonstrar a inconsistência das prescrições teóricas idealizadas propulsionadas pela tese precedentalista para sustentar o argumento de aproximação entre a *civil law* brasileira e o *common law* e justificar uma teoria dos precedentes judiciais no formato proposto.

A hipótese a ser submetida à verificação é se uma teoria dos precedentes judiciais calcada no postulado de Cortes Supremas, como vem sendo pregada pela doutrina majoritária e trabalhada no âmbito decisório dos Tribunais brasileiros, adequa-se à realidade jurisdicional e responde satisfatoriamente aos problemas que ela se propõe a solucionar.

O trabalho divide-se em três capítulos que se destinam a investigar o percurso da formação de um modelo de supremacia judicial no Brasil; as características postuladas pela tese dos precedentes judiciais formados exclusivamente em Cortes Supremas; as características dos antigos movimentos teóricos que circundam a doutrina precedentalista — mais especificamente a mescla do realismo jurídico e do positivismo exegético —, agora sob uma nova roupagem discursiva; os problemas dessa perspectiva doutrinária em relação à legitimidade da atuação jurisdicional, à operacionalização efetiva de precedentes judiciais e à fundamentação da decisão judicial no Brasil.

O alinhamento do trabalho à linha de pesquisa do programa se evidencia pela opção de uma corrente teórica minoritária que prestigia um modelo de Estado pautado pelo equilíbrio entre os poderes e pela participação efetiva, ampla e inclusiva da comunidade científica e da sociedade no processo de formação de padrões decisórios, bem como pela preocupação com uma teoria dos precedentes judiciais que esteja ocupada de atingir valores constitucionalmente consagrados, sem provocar rearranjos institucionais danosos à estrutura democrática.

Para que haja alteração paradigmática no processualismo contemporâneo brasileiro, é preciso viabilizar modificações culturais e metodológicas na prática forense, notadamente pela otimização dos produtos da função jurisdicional (estrutura e fundamentação da decisão judicial), a conferir maior participação às partes no processo de formação e aplicação de precedentes; e pela reconstrução de uma teoria adequada às particularidades de nosso sistema.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, a partir de revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais e boletins informativos do STJ, com o escopo de realizar a testagem das premissas teóricas da doutrina precedentalista e verificar a sua adequação e viabilidade em relação à realidade jurisdicional brasileira.

1 ESTADO DE DIREITO: DA CONTENÇÃO DO PODER ESTATAL AOS CAMINHOS POLÍTICO-JURÍDICOS PERCORRIDOS EM DIREÇÃO AO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL

Inicialmente, examina-se a construção da ideia de Estado de Direito em superação ao Estado Absoluto e ao jusnaturalismo racionalista, e como essa alteração paradigmática impulsionada pela Revolução Francesa relacionou-se com o referencial teórico do positivismo exegético e com a predominância da produção jurídico-normativa no Parlamento.

Em seguida, explora-se o processo de derrocada do postulado de homogeneidade, perfeição e completude das prescrições abstratas e gerais advindas do Parlamento e a ascensão do Poder Executivo no quadro institucional, à luz do positivismo normativista.

Trabalha-se, na sequência, com a demonstração de que o pós-positivismo foi utilizado como fundamentação jusfilosófica do neoconstitucionalismo, e a relação desse fenômeno com a expansão institucional do Poder Judiciário.

Por fim, aponta-se que o processo de hegemonização judiciária em desenvolvimento na contemporaneidade nutre teorizações em defesa do postulado de que a última (e melhor) interpretação do direito deve consubstanciar-se na formação de precedentes judiciais que são oriundos, de acordo com a doutrina precedentalista em voga no Brasil, única e exclusivamente dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário nacional (STF e STJ).

1.1 PRIMEIRAS NOÇÕES DO ESTADO DE DIREITO E BASES INTRODUTÓRIAS DO JUSPOSITIVISMO

Em linhas gerais, a concepção de Estado de Direito funda-se no ideal de proteção das garantias e liberdades individuais face à arbitrariedade do Estado, visando ao estabelecimento de formas do controle do poder.

A expressão Estado de Direito (*Rechtsstaat*) foi cunhada na Alemanha, em 1798, pelo jurista Johann Wilhelm Petersen, em oposição aos teóricos do Direito do Estado, que eram os defensores do Estado de Polícia (*Polizeistaat*), difundindo-se o conceito posteriormente pela Europa a partir da tradução das obras alemãs (DE LUCCA, 2019, p. 37).

Segundo Friedrich August Von Hayek (2005, p. 57), o Estado de Direito refere-se ao conjunto de grandes princípios utilizado como elemento de distinção entre países livres e países submetidos a governos arbitrários:

Stripped of technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules that make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge. Thus, within the known rules of the game, the individual is free to pursue his personal ends, certain that the powers of government will not be used deliberately to frustrate his efforts¹.

Significa dizer, em outros termos, que estando o governo em suas ações vinculado a regras preestabelecidas, torna-se possível determinar, com alguma certeza, como a autoridade estatal usará da coerção em determinadas circunstâncias, permitindo-se aos indivíduos o planejamento de suas ações e o sentimento de que os poderes estatais não serão utilizados de forma deliberada para frustrar seus esforços e escolhas.

Essa perspectiva adotada por Hayek baseia-se em uma visão substantiva do Direito, uma noção rígida da separação dos poderes e na existência de direitos liberais que sirvam para proteger a propriedade privada e a economia de mercado, daí por que o maior problema de tal concepção é que o Estado de Direito fica vinculado a um ideal político particular (VIEIRA, 2017, p. 04).

Para Joseph Raz (1979, p. 214-218), defensor de uma concepção formal de Estado de Direito, alguns dos mais importantes princípios que carregam consigo tal ideia são: (i) todas as normas devem ser prospectivas, abertas e claras; (ii) as normas devem ser relativamente estáveis, ou seja, não devem ser alteradas com tanta frequência; (iii) a produção de normas específicas deve ser guiada por regras estáveis, gerais, claras e abstratas; (iv) deve-se assegurar a independência do Poder Judiciário; (v) os princípios da justiça natural precisam ser observados; (vi) as Cortes devem ter poderes de revisão no tocante à implementação de atos de outros poderes, incluindo a revisão legislativa e administrativa; (vii) a discricionariedade das autoridades responsáveis pela investigação e persecução penal não deve subverter as leis.

Em uma perspectiva ampla, com fundamento nesses princípios, assim se designa o Estado de Direito: “The rule of law means literally what it says: the rule of the law. Taken in its broadest sense this means that people should obey the law and be ruled by it” (RAZ, 1979, p. 212).

De outro lado, nas teorias políticas e jurídicas, a leitura da concepção do Estado de Direito deve ser estrita, englobando a compreensão de que o governo deve ser regulado pelas leis e a elas submetido, não apenas as pessoas (RAZ, 1979, p. 212).

¹ Sem tecnicidades, isso significa que o governo em todas as suas ações está sujeito a regras fixadas e anunciadas previamente – regras que permitem prever com segurança como a autoridade usará seus poderes coercitivos em determinadas circunstâncias e que os indivíduos planejem seus assuntos individuais a partir deste conhecimento. Assim, dentro das regras do jogo conhecidas, o indivíduo é livre para perseguir seus objetivos pessoais, seguro de que os poderes do governo não serão usados deliberadamente para frustrar seus esforços (tradução nossa).

Oscar Vilhena Vieira (2017, p. 06) esclarece que o conceito de Estado de Direito é multifacetado e lido por diferentes concepções políticas, o que leva a um apoio amplo dos mais diversos segmentos teóricos, já que o ponto comum entre eles é a aversão ao uso do poder arbitrário, circunstâncias que exigem cautela ao se deparar com a sua defesa, considerando que ela pode ser sustentada de forma parcial e visando apenas à promoção de objetivos específicos de determinado grupo.

Para Rodrigo Ramina de Lucca (2019, p. 41):

[...] o Estado de Direito é um ideal de Estado pelo qual se procura conter a tirania daquele que ascende ao poder (qualquer esfera do poder), constringendo-o a obedecer a limites preestabelecidos pelo Direito. Ainda que cada nação e cada Estado desenvolva instrumentos próprios de controle e proteção da segurança jurídica, é possível pensar o Estado de Direito como forma relativamente homogênea, traçando suas características essenciais. Também por esse motivo é necessário desde logo distinguir o Estado de Direito da configuração política, social ou econômica que se dê ao Estado, seja ele republicano, monárquico, liberal, neoliberal, socialista, comunista ou regulador. O Estado de Direito não está vinculado a modelos sócio-políticos ou econômicos de Estado, mas ao efetivo controle do poder estatal.

A passagem acima transcrita corrobora a premissa de que o Estado de Direito é defendido pelos mais diversos segmentos teóricos, políticos e intelectuais, visando à limitação e ao controle do poder estatal, caracterizando-se como um ideal desprendido de modelos sociopolíticos ou econômicos de organização do Estado.

Do ponto de vista histórico, a grande alteração paradigmática do Estado absoluto para o Estado de Direito está representada pela Revolução Francesa, momento em que se buscou a delimitação do poder do soberano absolutista, notadamente pelo impulsionamento por parte da classe econômica à época dominante (burguesia), que clamava por participação política e segurança jurídica (CHICOSKI, 2016, p. 256).

No final da Idade Moderna, o Estado de Direito nasceu com base no ideal de separação dos poderes pregado por Montesquieu, na forma de um Estado legislativo, cujo ápice se dá no século XIX, período marcado pela produção jurídica legislativa e pelo referencial teórico calcado no positivismo exegético, de modo que a primazia da lei se dava sobre a própria Constituição, cujos direitos só seriam invocáveis e aplicáveis quando e como a lei determinasse (LOPES FILHO, 2020, p. 40).

A noção de legalidade foi delimitada pela elevação da lei como a única fonte qualificadora do ordenamento jurídico, somada à concepção mecanicista da interpretação (CHICOSKI, 2016, p. 255).

Essa expectativa depositada no Legislador teve as suas justificativas históricas. No

antigo regime, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 28), os laços entre as classes aristocráticas e o Poder Judiciário eram evidentes e os cargos da judicatura eram herdados ou negociados, a explicitar o favorecimento judiciário e falta de imparcialidade nos julgamentos.

Era preciso, portanto, romper com essa experiência. Daí por que a sociedade francesa revolucionária propulsionou a defesa de uma rígida noção de separação dos poderes:

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo (MARINONI, 2019, p. 42).

Precisava-se limitar o poder do juiz à declaração da lei, que deveria ser clara, coerente, completa, e capaz de regular todas as situações passíveis de gerar conflitos, tendo em vista o temor da experiência do antigo regime, marcado pelo arbítrio judicial (MARINONI, 2019, p. 43).

Para a Escola da Exegese, a atividade interpretativa e a discricionariedade judicial eram vistas como usurpação da função legislativa, vez que o texto se comunicava de forma pronta e acabada, exigindo-se da atividade jurisdicional um mero juízo silogístico (LIMA, 2018, p. 64).

Eduardo Cambi (2016, p. 107) complementa ao afirmar que, para o positivismo primevo ou exegético: “A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil de controlar a atividade jurisdicional”.

Dentro da perspectiva de limitação da atividade judicial, construíram-se as bases para superar o modelo anterior, calcado no jusnaturalismo racionalista, que entendia que o Direito natural (imperante sobre o Direito positivo) deveria ser descoberto e compreendido pelo uso exclusivo da razão (FREITAS, 2013, p. 37-38).

Nessa ordem de ideias, o Estado de Direito surgido na forma de um Estado legislativo está alicerçado sobre a premissa do fetichismo legal do positivismo exegético, pregando um discurso de subordinação total do magistrado à lei:

O positivismo surgiria a partir de uma análise da própria codificação – um positivismo exegético-formalista –, praticada sob a perspectiva de uma teoria da obediência da lei (no sentido de vinculação total do magistrado). Neste ponto, verifica-se a identificação do julgador à ideia de que ele é *la bouche de la loi* (a boca da lei), o que implica dizer que ao magistrado era proibido o exercício da atividade hermenêutica (RAMIRO; HERRERA; 2015, p. 248).

O positivismo jurídico exegético deu as bases, no direito francês, para superação do

jusnaturalismo racionalista com fundamento na ideia de que os valores da certeza e da segurança jurídica só poderiam ser alcançados a partir da completude legislativa e da contenção dos poderes dos juízes.

Só que essa superação do jusnaturalismo racionalista que levou à formação da figura do juiz boca da lei no direito francês é consequência particular da primeira fase do juspositivismo na referida tradição de *civil law*. Importante notar que a superação do jusnaturalismo racionalista não teve as mesmas consequências para a tradição de *common law*:

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à Era da Codificação e à concepção da função judicial como meramente declaratória da lei, no *common law*, observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Na tradição de *civil law*, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento, ao passo que no *common law*, em virtude de circunstâncias políticas completamente diferentes, nunca se cogitou de um juiz destituído de vontade. Portanto, é importante perceber que, a partir de uma visão estritamente marcada pela teoria positivista, a suposição de que o direito estaria no Parlamento (no *civil law*) é coerente com a de criação do direito (no *common law*) (MARINONI, 2019, p. 40).

Em termos teóricos, a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo surtiu efeitos completamente diferentes em cada sistema, contribuindo para a formação das concepções antagônicas do juiz boca da lei e do *judge make law* (MARINONI, 2019, p. 40).

A respeito das diferentes implicações práticas da ascensão do positivismo jurídico, cada tradição deu lugar à sua própria solução mitológica: a tradição inglesa concebeu o juiz como um oráculo da lei (*oracle of law*), que se prestava a pronunciar a existência do *common law*, ao passo que a tradição francesa concebeu o juiz como inanimado (*judges inanimés*), limitado à aplicação silogística do texto da lei (MITIDIERO, 2018, p. 27-28).

Nessa linha de raciocínio, é possível perceber que, no Estado de Direito surgido na forma de um Estado legislativo, o princípio da legalidade tem contornos próprios delineados pela Revolução Francesa, inspirado pela crença de um juízo racional, abstrato e universal, sempre em busca de atingir formulações puras e genericamente válidas; ao passo que o *rule of law* na Inglaterra deu lugar a um Governo das Leis fruto de longo e contínuo processo histórico marcado pelo direito comum de origem consuetudinária, decantado especialmente pelo Poder Judiciário ao longo dos séculos (LOPES FILHO, 2020, p. 41).

Feita essa breve comparação para elucidar as particularidades do juspositivismo em cada tradição jurídica, é necessário voltar ao contexto específico da tradição de *civil law* francesa e às bases teóricas da fase exegética, pois é a partir da quadra histórica do Estado Legislativo que se formaram algumas concepções que, até hoje, são defendidas, ainda que sob outra roupagem,

no direito brasileiro.

No que respeita à primeira fase do positivismo (exegético ou primevo), tinha por base a separação entre o direito e a moral, confundia texto e norma, lei e direito, e pregava uma completa vedação à atividade interpretativa (STRECK, 2010, p. 170).

Mais precisamente sobre a distinção entre moral e direito, pertinente sejam observadas as seguintes colocações:

A moral é entendida como uma ordem e conduta separada e com características distintas, sem força suficiente para suplantar a norma jurídica. Portanto, a moral deve ser ignorada pelos juristas, pois não se teria como consignar segurança jurídica, diante das várias concepções morais existentes no mundo e inerentes à subjetividade de cada ser humano (BERNDT; SANTIN JÚNIOR; 2017, p. 43).

Ressalta-se que a separação entre o direito e a moral vem justificada pelo receio da variedade de concepções morais existentes no mundo e da subjetividade do ser humano. Frisa-se que a busca de segurança jurídica por meio desse discurso se fortaleceu em aversão à discricionariedade judicial vigente no antigo regime absolutista francês. Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 48) complementa as características anteriormente trabalhadas a respeito do contexto do antigo regime:

Para a Revolução Francesa, a lei seria indispensável para a realização das suas intenções. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria imprescindível diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos do novo regime estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

Vale lembrar, então, que o profundo medo da atividade interpretativa e dos juízes, que no Estado absolutista estavam indissociavelmente atrelados ao favorecimento dos segmentos aristocráticos, nutriu fortemente a defesa da supremacia da lei.

A supremacia da lei no direito francês estava escorada em um projeto cultural de superação do particularismo jurídico e de eliminação da interpretação como poder inerente à atividade jurisdicional, a partir da ideia de promoção da segurança jurídica exclusivamente pelo legislador e da afirmação do caráter técnico-cognitivista da interpretação do direito (MITIDIERO, 2018, p. 43).

Não se tratou simplesmente de limitar ou arrefecer a atividade judicial, portanto. Deu-se verdadeira proibição da interpretação do direito na *civil law* francesa com fundamento na teoria cognitivista, assim destacada por Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho (2006, p. 98-99):

A teoria cognitiva sustenta que a interpretação é uma atividade do tipo cognoscitivo: interpretar é averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva de seus autores (os legisladores). Para esta teoria, os enunciados dos intérpretes são enunciados do discurso descritivo, portanto, pode-se deles averiguar a verdade ou a falsidade. [...]. Nesse passo, o objetivo da interpretação seria simplesmente “descobrir” esse significado objetivo ou essa vontade subjetiva, preexistente. Considera-se, ademais, que todo texto normativo admite somente uma interpretação “verdadeira”. Normalmente, os adeptos da teoria cognitiva da interpretação acreditam que todo sistema jurídico é necessariamente completo (sem lacunas) e coerente (sem antinomias), de maneira que toda controvérsia assente-se sempre sob o domínio de uma - e de somente uma - norma pré-constituída. Em razão do caráter cognoscitivo da interpretação e da necessária completude e coerência do direito, não haveria qualquer espaço para a discricionariedade judicial: as decisões judiciais são determinadas exclusivamente por normas preexistentes.

Nessa ordem de ideias, à luz da teoria cognitivista, interpretar equivaleria a tomar o significado objetivo e pronto do texto legal, cuja completude seria capaz de resolver todas as situações conflitivas. Cabia ao magistrado apenas declarar o sentido unívoco das normas preestabelecidas.

Contudo, os acontecimentos históricos passaram a minar tal postulado da supremacia da lei como prescrição geral e abstrata advinda de uma vontade homogênea do Parlamento (MARINONI, 2019, p. 52).

Em síntese, a ascensão do Poder Legislativo deu-se em consequência do combate ao antigo regime soberano absolutista que vigia na França anteriormente à Revolução de 1789 e dos esforços teóricos do positivismo exegético na tentativa de promover uma rígida separação dos poderes e purificação do ordenamento jurídico por intermédio de um ideário de completude, perfeição e abstração da legislação escrita.

Exploradas as primeiras bases e noções do juspositivismo exegético, busca-se dar enfoque nas transformações sofridas pela estrutura do Estado legislativo — tradição francesa de *civil law* —, visando compreender como ela foi alterada ao longo dos séculos, tanto pelos movimentos político-sociais, quanto pelas teorizações do Direito surgidas em cada quadra histórica.

1.2 TRANSFORMAÇÕES NO ESTADO LEGISLATIVO: DO POSITIVISMO NORMATIVISTA COMO ALICERCE PARA ASCENSÃO DO PODER EXECUTIVO AO PÓS-POSITIVISMO COMO BASE JUSFILOSÓFICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A ampliação do sufrágio a partir do início do século XX alargou a entrada de camadas sociais no Parlamento — antes ocupado pela burguesia — e, por conseguinte, de visões de mundo e perspectivas político-sociais distintas, rompendo a homogeneidade parlamentar, atravancando a produção legislativa e desconstruindo os pilares do Estado de Direito estabelecido sob a forma de um Estado legislativo (LOPES FILHO, 2020, p. 44).

O ruir da ideia de que a segurança jurídica poderia ser alcançada exclusivamente pelos enunciados legislativos abstratos, gerais e completos, permitiu uma nova compreensão do princípio da legalidade, que antes estava preso ao postulado de estrita obediência à lei (aspecto formal) e, agora, passa a adquirir sentido substancial.

Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 52) explica que a percepção de que as leis poderiam ser criadas em sentido oposto aos interesses da população e aos princípios de justiça representa o substancial impacto do constitucionalismo na tradição de *civil law*:

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios de justiça. Esta substância e estes princípios foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem rígidas, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia.

Nesse contexto, o Estado legislativo não conseguia mais atender às demandas sociais, passando-se a exigir a disciplina estatal de matérias relacionadas aos interesses coletivos — antes ignorados, porquanto não havia pluralidade parlamentar — e a políticas públicas intervencionistas, ao passo que a heterogeneidade de ideias e pensamentos ampliou os debates e disputas e, via de consequência, emperrou a produção legislativa, impedindo uma atuação racional, célere e objetiva (LOPES FILHO, 2020, p. 45-46).

Davi Chicowski (2016, p. 259) acrescenta que:

A noção de segurança jurídica como consequência das leis formalmente estabelecidas pelo Parlamento, um dos principais argumentos das correntes juspositivistas, não tarda em sofrer críticas. Um fator decisivo que leva à descrença na lei formal como garantia de segurança jurídica é a crescente complexidade das sociedades no decorrer do século XX, na medida em que não mais se verifica a tendência de permanência de normas legislativas e administrativas. Desse modo, o grande fundamento que impulsionou a formação do Estado de direito, isto é, o de que o indivíduo somente seria afetado em sua esfera de direitos quando uma lei geral e abstrata o obrigasse, perde muito de sua

importância, pois as regras, mesmo as impostas por lei formal, estão sempre sujeitas a mudanças. Com efeito, ao contrário do que se constatava no início do século XIX, as leis são inúmeras e parecem conflitantes, pois não resultam mais de uma sociedade “monoclasse”, como era a que se impunha no século XIX.

A concepção de segurança jurídica advinda da supremacia da lei é colocada em xeque diante da crescente complexidade do século XX e da efemeridade das mudanças sociais, a romper com a expectativa de permanência ou durabilidade dos enunciados gerais e abstratos — supostamente — capazes de coordenar todas as escolhas e ações das pessoas. Frisa-se, a produção legislativa perdeu a capacidade de se desenvolver de forma racional e objetiva, haja vista a pluralidade parlamentar.

Passaram a surgir incontáveis leis advindas de choques e disputas políticas diversas e de conteúdo contraditório, gerando a perda do encanto romântico com a legislação, antes vislumbrada como ferramenta superior de controle do corpo social, motivando o desprendimento do magistrado da estrita literalidade textual e a necessidade de utilização de métodos hermenêuticos capazes de ir além da prescrição legal, à luz do princípio da vedação ao *non liquet* (LOPES FILHO, 2020, p. 46).

É nesse momento em que os ideais da Escola da Exegese de que a lei seria capaz de por si só determinar as decisões judiciais mostram sua vulnerabilidade, ganhando espaço a percepção de que conhecer os textos normativos, pura e simplesmente, não serve para permitir um grau de previsibilidade adequado, pois o fenômeno jurídico é bem mais complexo do que a legislação e, o direito positivo, muito mais que as leis (PEIXOTO, 2016, p. 32-33).

Com o crescimento das críticas ao juspositivismo, tornou-se evidente que o Estado legislativo só tinha ferramentas institucionais e teóricas para atender às demandas de um Estado liberal, de forma que, assumindo a estrutura estatal um novo papel de intervir diretamente para dar conta da ascendente complexidade social (Estado Social), o positivismo exegético foi arrastado e se perdeu a crença de que a lei seria expressão da vontade popular (LOPES FILHO, 2020, p. 47).

Davi Chicovski (2016, p. 255) explica que, em tais circunstâncias históricas:

Adquiriu sentido a expressão pós-positivismo para indicar um pensamento jurídico que não compartilha das premissas teóricas e metodológicas juspositivistas. Nessa nova linha de abordagem, optou-se por: (i) revalorizar o aspecto material do direito, sem, contudo, defender uma fundamentação jusnaturalista; (ii) afirmar a normatividade dos princípios de direito; (iii) conceber o direito como um sistema aberto; (iv) definir a norma jurídica como produto da interpretação.

Essa nova linha de abordagem calcada na afirmação da normatividade dos princípios e

na compreensão de que a norma jurídica é produto da interpretação (e não mais o objeto, ou seja, interpreta-se para extrair a norma, que deixa de ser vista como preestabelecida e de sentido unívoco) representa uma resposta aos antigos ideais do positivismo primevo.

Contudo, Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 48) alerta para a constatação de que, parece haver, em parte da doutrina, um indevido salto teórico-metodológico do positivismo exegético para um suposto pós-positivismo. Esclarece ele que entender essa fase como pós-positivista é uma visão simplista e inadequada, pois o positivismo adquiriu uma postura normativista que também trouxe respostas para superação dos paradigmas da fase exegética, ou seja, concebia que o juiz não poderia mais ser simplesmente um aplicador mecanicista de um texto legal de sentido (supostamente) pronto e acabado e que texto e norma não são a mesma coisa.

Dentro dessa linha de raciocínio:

Constatar, no entanto, que o Direito não é inteira e completamente predeterminado pelo enunciado normativo não é uma visão pós-positivista, ao contrário, a discricionariedade em face das regras, justamente por causa da impossibilidade de predeterminação absoluta, é uma das características fundamentais do positivismo normativista do século XX, seja em função do quadro hermenêutico de Kelsen, seja em razão da textura aberta de que fala Hart. [...] Portanto, vislumbrar os problemas do positivismo exegético e propor-lhe soluções não significa ser pós-positivista. O positivismo normativo lida com eles (LOPES FILHO, 2020, p. 48).

A superação dos pressupostos do positivismo exegético por Kelsen se confirma pelo rigor metodológico com que propôs uma Teoria Pura do Direito, cujo escopo era a purificação da ciência jurídica dos elementos metajurídicos ou não jurídicos, a possibilitar o conhecimento do Direito a partir do próprio Direito, que não seria outro senão o Direito positivo, isto é, pretendia-se delimitar a esfera do conhecimento jurídico à possibilidade descritiva e de conhecimento do sistema normativo, daí se falar que sua proposta consubstancia o positivismo normativista (RAMIRO; HERRERA; 2015, p. 236-239).

O Direito passou a ser entendido como uma realidade específica, com objeto próprio, sem vinculação aos demais ramos da ciência, autônomo e que deveria ser livre de influências externas. Ressalte-se que dentro dessa pretensão de autonomia se sustenta o argumento da separação entre o Direito e a moral pregado pelo positivismo normativista.

Nesse caldo histórico-cultural, os problemas do século XX foram enfrentados pelo positivismo normativista de Kelsen, mantendo-se a centralidade da produção jurídica no Estado, porém, impondo-se fim ao fetichismo legal e substituindo a lei pela Constituição, que passou a ocupar o ápice da pirâmide normativa (LOPES FILHO, 2020, p. 49).

Com o enfraquecimento e a desconstrução do Estado legislativo, deu-se a extenuação do Estado liberal (absenteísta, protetivo das liberdades individuais e da propriedade privada), a superação do positivismo exegético — premissa teórica daquela forma de Estado — e a descentralização da produção normativa do Parlamento.

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 47) afirma que:

Não há como negar que a derrocada do Estado legislativo, em sua tônica liberal, fortaleceu, inicialmente, o poder Executivo, que se agigantou. Portanto, a decadência do Estado legislativo foi seguida pela ascensão do Executivo no quadro institucional em dois pontos. Primeiro, o aumento institucional proporcional ao crescimento de seus deveres e obrigações de implementação de políticas públicas. [...] O segundo ponto refere-se ao incremento da delegação legislativa ao Executivo. A impossibilidade de consenso mais amplo que permitisse uma legislação mais apurada produziu, cada vez mais, leis carentes de regulamentação, ao que se somou a delegação direta do poder normativo primário para o chefe de governo.

Ausente consenso parlamentar capaz de dar conta de uma produção normativa racional, objetiva e a tempo de atender aos anseios sociais, passou-se a delegá-la ao Poder Executivo, tanto pela crescente necessidade de intervenção estatal, quanto pelas novas funções assumidas pelo Estado — cai a roupagem de um Estado legislativo, e se assume a de um Estado Social.

Em outras palavras, no Estado Social, em decorrência da necessidade de atuação rápida e efetiva do poder público visando à concretização de direitos sociais, o Poder Executivo passa a ser chamado a agir e a utilizar de instrumentos próprios, a exemplo de portarias, decretos e atos normativos (FRANÇA, 2017, p. 38-39).

A complexidade social exige a regulamentação cada vez mais rápida e assertiva da realidade, impulsionando o Poder Legislativo, cuja produção normativa se mostra insuficiente e, por conseguinte, o Poder Executivo passa a assumir tarefas legislativas (PEIXOTO, 2016, p. 30).

Consequência disso é o agigantamento do Poder Executivo, que, na condição de intérprete e aplicador do direito, se apropriou em grande parte da produção normativa que lhe foi transferida em razão do declínio parlamentar.

A hipertrofia do Executivo acaba levando à intervenção demasiada nas liberdades individuais, secundarizando direitos e garantias fundamentais, sob o argumento de uma suposta busca de justiça social, movimento que acaba por desaguar na formação dos estados totalitários (FRANÇA, 2017, p. 40).

Lenio Streck (2009, p. 472) associa a formação dos regimes nazifascistas à expansão da discricionariedade administrativa, e vê esta, por sua vez, como consequência do surgimento dos modelos de Estado Social na Europa.

Nesse aspecto, o Estado de Direito amoldado em Estado Legislativo em seu viés liberal não conseguiu abranger a complexidade do Direito e nem responder às demandas sociais. Por outro lado, o Estado Social e a exigência de uma postura intervencionista encabeçada pelo Poder Executivo propiciaram a formação de regimes totalitários.

Sob a ótica das teorias que fundamentaram tais modelos de Estado, em outras palavras, o fetichismo legal do positivismo exegético não dava conta de explicar o fenômeno jurídico, mas também era indesejável a ampla discricionariedade na aplicação do direito de que se valeu o Poder Executivo na fase do positivismo normativista.

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Guilherme Pereira Dolabella Bicalho (2011, p. 112) afirmam que, além da derrocada da primeira fase exegética do juspositivismo pela superação da ideia de completude da codificação, houve uma segunda razão que motivou a sua queda — aqui, já na fase normativista —, qual seja, a dificuldade de mitigar a aplicação de normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, a exemplo do sacrifício de humanos na Alemanha nazista, daí por que o positivismo jurídico tradicional passou a ser visto como incapaz de explicar, de forma adequada, a realidade do Direito.

É após a Segunda Guerra Mundial que o positivismo jurídico passa a ser questionado mais vigorosamente, tornando-se necessária a revisão dos seus postulados, após uma série de eventos históricos que marcaram a humanidade, criando-se, assim, espaço para o surgimento do pós-positivismo (GRIS; RI; 2018, p. 06).

As ideias pós-positivistas constituem o novo referencial teórico para equacionar o problema da discricionariedade dos agentes públicos do Poder Executivo — que estava a decidir com amplos poderes e forte margem discricionária —, exortando a reconciliação entre o Direito e os valores de justiça. A Constituição passa a ser encarada como o instrumento adequado para expurgar a discricionariedade trazida pelo positivismo normativista, a indicar que, dentro da margem de liberdade interpretativa, o intérprete e aplicador do direito estaria vinculado a princípios (LOPES FILHO, 2020, p. 65-66).

Essa centralização da ordenação jurídico-social na Constituição, entendida como constitucionalismo, opõe-se ao positivismo normativista, notadamente quanto à discussão acerca dos princípios, da interpretação e da discricionariedade (LOPES FILHO, 2020, p. 70).

Tudo isso veio como confluência do jusnaturalismo moderno e do positivismo jurídico, cujas características foram, de certo modo, conjugadas, em uma reaproximação dos valores da ética e moral em relação ao Direito, bem assim por intermédio de uma reintrodução dos princípios e valores de justiça tidos como fundamentais na ciência jurídica (CALIXTO; CARVALHO; 2016, p. 134-135).

As principais características do pós-positivismo, superada a discussão entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, podem ser assim sintetizadas:

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica (FERNANDES; BICALHO; 2011, p. 114)

Não se trata apenas de reconhecer a normatividade dos princípios, mas de alçá-los ao patamar de valores fundamentais centrados na Constituição. Não por outra razão que se pode afirmar que o pós-positivismo representa a terceira fase dos princípios do direito constitucional, marcada pela forte hegemonia axiológica dos princípios, que foram colocados em um pedestal normativo sobre o qual se formou toda a base dos novos sistemas constitucionais (ZANETI JR., 2017, p. 110).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 344) afirma que o movimento pós-positivista é identificado por um conjunto de ideias difusas que superam o legalismo estrito do positivismo normativista, sendo marcado pela ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e da essencialidade dos direitos fundamentais, e o responsável por trazer a discussão ética novamente ao campo do Direito.

Importa esclarecer que as bases teóricas do pós-positivismo consubstanciadas na abertura valorativa do sistema jurídico e na admissão de que os princípios — centrados na Constituição — também são normas jurídicas constituíram embasamento jusfilosófico para o neoconstitucionalismo.

Em outras palavras, o movimento constitucionalista que ascendia à época encontrou no pós-positivismo campo fértil para sua justificação teórica:

Desse modo, ao inserir os princípios como valores fundamentais no direito, reaproximando o direito da moral, os pensamentos pós-positivistas acabaram por servir de embasamento jusfilosófico para um movimento no âmbito do Direito Constitucional que se desenvolvia concomitantemente ao surgimento dos pensamentos pós-positivistas, qual seja, o neoconstitucionalismo (CALIXTO; CARVALHO; 2016, p. 139).

Eduardo Cambi (2016, p. 173) afirma que o neoconstitucionalismo reaproxima o direito da moral, objetivando concretizar valores compartilhados por toda a comunidade, em um determinado momento e lugar, de modo a tornar legítimo o exercício do Direito na condição de instrumento de poder.

O marco do novo direito constitucional surgiu no pós-guerra e teve por inspiração as

ideias sedimentadas pelo pós-positivismo, em contraposição ao constitucionalismo — enquanto para este a Constituição tinha caráter nitidamente instrumental e se apresentava como reflexo do liberalismo absenteísta; para o neoconstitucionalismo, o novo paradigma de interpretação constitucional não está mais atrelado à ideia de limitação do poder estatal, e sim à defesa do conteúdo material da Constituição (CALIXTO; CARVALHO; 2016, p. 140).

Daí por que o movimento constitucionalista contemporâneo foi influenciado pelas ideias pós-positivistas, surgindo para contrapor premissas positivistas, as quais relegavam os princípios constitucionais ao segundo plano, davam primazia à lei infraconstitucional e ignoravam os postulados morais (CALIXTO; CARVALHO; 2016, p. 140).

Interessante observar que alguns autores, a exemplo de Lenio Luiz Streck (2011, p. 11-13), posicionam-se pela adoção da expressão Constitucionalismo Contemporâneo para designar a construção de um Direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição — características dos movimentos constitucionais do segundo pós-guerra —, tendo em vista as ambiguidades teóricas causadas pelo termo “neoconstitucionalismo”.

Dentro da ótica dos modelos de Estado de Direito que foram trabalhados anteriormente em correlação com as respectivas fases do juspositivismo, pode-se dizer, segundo Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 65), que em busca de alternativas à crise do Estado legislativo e ao positivismo normativista, surge o Estado constitucional, tendo por objetivo melhor amoldar o Estado de Direito ao Estado Social, acarretando o fenômeno da constitucionalização do Direito e do fortalecimento do Poder Judiciário.

De modo a sintetizar os principais conteúdos abordados, demonstrou-se como o aumento da complexidade social e da pluralidade parlamentar ampliou e diversificou as disputas políticas, tornando a produção legislativa insuficiente e emperrada para atender às novas (e rápidas) demandas sociais, o que gerou a transferência de encargos ao Poder Executivo, que se agigantou de tal modo na fase do positivismo normativista, contribuindo para formação dos regimes totalitários.

Por fim, evidenciou-se o pós-positivismo como embasamento jusfilosófico para o neoconstitucionalismo, com o posicionamento da Constituição — dotada de princípios e direitos fundamentais — no centro do ordenamento jurídico — a preocupação nesse contexto é com o seu conteúdo material — e a reinserção da ética e da moral no campo do Direito, em reação aos trágicos acontecimentos do período da Segunda Guerra Mundial.

Para os fins deste trabalho, busca-se explorar de forma mais aprofundada a fase de ascensão do Poder Judiciário nos sistemas constitucionais no período pós-guerra e a relação

desse fenômeno com as bases teóricas do novo constitucionalismo e do pós-positivismo examinadas neste tópico, por se tratar do ramo do poder que figura no centro gravitacional da discussão sobre uma teoria dos precedentes judiciais.

1.3 ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO: O NOVO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO E A FORMAÇÃO DO MODELO DE SUPREMACIA JUDICIAL BRASILEIRO

O Poder Judiciário, na fase de ascensão do Poder Executivo, contextualizada sob a égide do positivismo normativista, já havia experimentado alguma proeminência quando se livrou das amarras da teoria cognitivista da interpretação pregada pelo positivismo exegético.

Em um primeiro momento, ainda durante o retratado processo de expansão do Poder Executivo, o Judiciário ganha relevância e passa a dispor de certa liberdade no processo de interpretação e aplicação da lei e da Constituição, isto é, conquanto ainda preso à lei, o juiz passou a deter maior campo de atuação e agir com postura mais centrada nos casos concretos, desenvolvendo-se em tal período novos métodos interpretativos, a exemplo do lógico-sistemático, do histórico-teleológico e do voluntarista da teoria pura do direito (FRANÇA, 2017, p. 39-40).

O efetivo fortalecimento judiciário ocorre, mais precisamente, com a adoção do referencial teórico do pós-positivismo:

No mundo ocidental, sejam os ordenamentos de tradição inglesa – como a Inglaterra que criou sua Corte Constitucional – sejam os de tradição alemã – com forte influência de seus pensadores ao redor do mundo – ou os de influência francesa – sendo a França, contudo, que apresentou maior resistência – todos experimentaram a constitucionalização e judicialização do Direito. Enquanto nos países de influência continental buscou-se, com essa constitucionalização, superar a centralidade ocupada pelos códigos oitocentistas no sistema jurídico; nos países de tradição anglo-saxão, o novo papel das constituições, em especial de seu *Bill of Rights*, veio como aporte teórico para remodelar o positivismo em um positivismo inclusivo, de modo a permitir se utilizarem critérios de moralidade política como parâmetros para julgamento da validade de atos jurídicos em prol de minorias que não conseguiriam, no palco parlamentar, maioria suficiente para proteger seus interesses (LOPES FILHO, 2020, p. 66).

Esse remodelamento do positivismo em sua forma inclusiva consubstancia a abordagem de vários autores contemporâneos que distinguem o direito visto como fato duro e o direito visto como convenção social, baseando-se na possibilidade de que determinados sistemas jurídicos adotem critérios de juridicidade de cunho moral, de modo que, em determinado

momento e território, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos elaborados conforme a justiça, valores morais da comunidade, princípios morais e valores substantivos (DIMOULIS, 2017, p. 12).

No mesmo sentido, importa trazer breve nota a respeito do positivismo inclusivo: “[...] num determinado sistema jurídico, alguns julgamentos de direito podem depender de juízos de moralidade, se – e apenas se – o direito positivo deste sistema jurídico incluir normas morais entre as suas normas jurídicas” (STRECK; MOTTA; 2018, p. 77).

Herbert L.A Hart (1961), um dos responsáveis pela crítica e reformulação do positivismo, constrói uma teoria jurídico-analítica pela introdução na descrição de um sistema normativo da noção de que este se baseia em uma prática social institucionalizada de aceitação das regras, ou seja, ele ainda enxerga o Direito como um sistema de normas (tal qual via Kelsen), mas aponta que a natureza do Direito não prescinde de premissas fáticas (não é um sistema puro) (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK; 2014, p. 54-55).

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 71-72) alerta para o fato de que o novo modelo de constitucionalismo — panorama jurídico-constitucional para ascensão do Judiciário — não significa necessariamente a superação do positivismo, haja vista a possibilidade de se abandonar certas perspectivas defendidas por Kelsen (positivismo normativista), a exemplo da discricionariedade, e continuar dentro da ótica do positivismo inclusivo. Esclarece o referido autor que é notadamente nas críticas feitas por Dworkin a Hart que haverá embasamento para, de forma mais precisa, trabalhar a ideia de superação do positivismo, ou seja, não apenas migrar para sua forma inclusiva.

Para que se fale em superar o positivismo: “[...] é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (subjetividade assujeitadora) e do solipsismo teórico da filosofia da consciência” (STRECK, 2009, p. 466).

Retomando o raciocínio sobre a ascensão judicial, cumpre frisar que esse novo modelo de constitucionalismo ascendeu inspirado pelo embasamento jusfilosófico pós-positivista e trouxe consigo a necessidade de exercício da jurisdição constitucional, proposta que começa a se firmar a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Antes, as constituições eram enxergadas como documentos políticos dependentes do Legislador e do Executivo para fins de aplicabilidade; agora, ocupando posto de centralidade, dão lugar ao Poder Judiciário (ARAB, 2013, p. 103).

Segundo Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 70-71), os valores principais do constitucionalismo contemporâneo podem ser visualizados no julgamento do caso Erich Lüth da Corte Constitucional Alemã: (i) o compromisso moral (os direitos fundamentais compõem

uma ordem objetiva de valores); (ii) a constitucionalização do Direito (a interpretação jurídica deve ser feita em cotejo com os valores constitucionais, tanto nas relações públicas como nas privadas); (iii) força normativa da Constituição (as disposições de direitos fundamentais vinculam a todos independentemente de qualquer interferência parlamentar).

Nesse panorama do novo constitucionalismo, a decisão judicial já não é mais a mesma pensada na fase do positivismo exegético — a enunciação de algo preestabelecido e acabado na lei escrita — nem na fase normativista — um ato de vontade que completa a produção normativa, mediante a emissão de normas individuais e concretas —, tornando-se uma solução argumentativa capaz de conciliar aspectos fáticos, normativos e axiológicos, acrescentando uma noção acerca do Direito legislado e resolvendo casos concretos (LOPES FILHO, 2020, p. 76).

Ao tratar do novo papel da decisão judicial no processo de constitucionalização dos direitos, Luiz Roberto Barroso (2006, p. 50) assim aborda a expansão da jurisdição constitucional e a criação de tribunais constitucionais:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

De maneira geral, por força das bases teóricas do novo modelo de constitucionalismo calcado em ideais do pós-positivismo, os direitos fundamentais foram paulatinamente consagrados em Constituições — de modo a não serem afetados pelo processo político — que deveriam ser protegidas por uma Corte Constitucional, cuja criação associou-se às diferentes formas de controle de constitucionalidade adotadas por cada país.

Se os direitos fundamentais são aqueles firmados na Constituição para garantia de um núcleo mínimo essencial e passam a exigir, em sua defesa, o exercício da jurisdição constitucional, inegável que o cenário e as teorizações que acompanharam o movimento histórico após a Segunda Guerra Mundial propiciaram a expansão institucional do Poder Judiciário.

Apesar das divergências sobre a utilização do termo “neoconstitucionalismo”, a exposição dessas discussões próprias da Teoria do Direito tem por objetivo demonstrar, conforme afirmam Anderson Vichinkeski e Isadora Ferreira Neves (2014, p. 180), que o movimento neoconstitucionalista estimulou a ascensão da atividade judicial e exigiu um grau

de protagonismo do Poder Judiciário muito superior ao que se via anteriormente, colocando-o no centro das reivindicações nesse novo modelo de constitucionalismo.

Para os fins deste trabalho, o cerne da questão é ter em mente que existe uma forte associação entre o neoconstitucionalismo e a defesa do protagonismo judicial. Com base nesse cenário, que propiciou o surgimento e a consolidação dos direitos fundamentais (centrados na Constituição) e da jurisdição constitucional, passa-se a analisar o papel assumido pelas cortes constitucionais e como ele se relacionou substancialmente ao processo de hegemonização judiciária.

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust (2020, p. 210-211) ensinam que, nas últimas décadas, tem se observado um processo de erosão da ideia de democracia nas sociedades ocidentais, desaguando na ascensão de líderes políticos demagogos, na hiperconstitucionalização da vida, e, o mais importante para este texto, no deslocamento da esfera deliberativa de poder para o Judiciário, de modo que, em diferentes sistemas jurídicos do mundo, Cortes Constitucionais e Supremas Cortes têm enfrentado questões envolvendo substancial espectro político e moral.

A supremacia das cortes constitucionais sobre os demais poderes consubstancia-se no fato delas serem compreendidas (ou assim se projetarem para a sociedade) como as detentoras da última palavra sobre a interpretação e o significado da Constituição (GODOY, 2015 p. 43).

Nessa mesma linha de raciocínio:

O Poder Judiciário transformou-se em um importante interveniente do processo democrático. Essa última tendência é denominada por Ran Hirschl de “juristocracia”. Em diversos países e entidades supranacionais, mudanças nas Constituições concederam aos órgãos jurisdicionais significativa parcela de poder das entidades representativas, principalmente a partir da adoção, pelos sistemas constitucionais, de um rol de direitos fundamentais e de algum tipo de mecanismo de ativismo judicial no âmbito do controle de constitucionalidade. Com isso, Cortes Superiores e Tribunais Supranacionais assumiram inegável relevância, ao se caracterizarem como órgãos dotados da prerrogativa de tomar decisões políticas (HACHEM; PETHECHUST; 2020, p. 211).

A juristocracia tornou-se o conceito utilizado para aludir à tendência global de centralização de poder na jurisdição, concebida como responsável pela garantia de direitos fundamentais e tomada de decisões de inegável caráter político e relevância social.

Advertem Claudia Maria Barbosa e Gabriela Polewka (2015, p. 327-328) que a referência ao aludido termo (juristocracia) refere-se à hipótese teórica central de Ran Hirschl sobre como o processo de empoderamento judicial ocorreu por intermédio da constitucionalização de direitos, em forma de preservação hegemônica consubstanciada na

transferência voluntária de poder das elites políticas ameaçadas ao Poder Judiciário, visando à manutenção do *status quo* e se esperando que, com isso, as decisões judiciais reflitam as propensões ideológicas e culturais semelhantes dessas elites.

Claudia Maria Barbosa (2019, p. 16) tece críticas à juristocracia, ressaltando-a como responsável pela ameaça às funções tradicionais das Constituições liberais, quais sejam, a preservação da arquitetura do Estado, o equilíbrio entre os poderes, a limitação do poder estatal e a proteção dos direitos fundamentais.

Oscar Vilhena Vieira ensina (2008, p. 443-444) que essa expansão da autoridade judicial foi se difundindo de maneiras diferentes no mundo, sendo mais antigas as suas raízes nos Estados Unidos no início do século XX, na era *Lochner* — a Suprema Corte passou a tomar diversas decisões liberais, substituindo a vontade do Poder Legislativo, utilizando-se da doutrina do devido processo legal substantivo (a análise de constitucionalidade vai além da forma do ato normativo, ou seja, verifica-se também sua razoabilidade em cotejo com os princípios constitucionais) —, ao passo que na Europa os tribunais foram alcançar posição mais relevante especificamente após a Segunda Guerra, em reação aos regimes totalitários do nazismo e fascismo, estabelecendo-se fortes tribunais constitucionais, mormente na Itália e França, em detrimento da antiga ideia de soberania popular de Rousseau.

De uma forma ou de outra, ainda que para tal expansão existam diferentes perspectivas e explicações, o fato é que o Poder Judiciário passou a ocupar centralidade nas democracias contemporâneas, dando ensejo a fenômenos próprios da atuação jurisdicional.

Inserem-se, nesse caldo histórico-cultural, os conceitos de ativismo judicial, de politização do direito e de judicialização da política. Termos relevantes que auxiliam a compreender as consequências práticas do processo de empoderamento judicial.

De acordo com Eduardo de Carvalho Rêgo (2018, p. 200-202), o primeiro refere-se ao afastamento do Poder Judiciário em relação aos limites competenciais delimitados pela Constituição, caracterizando-se como uma postura ativa assumida pela jurisdição nos casos concretos que lhe são levados à apreciação; o segundo, à preponderância da política sobre o Direito na prolação das decisões judiciais, calcada em uma postura voluntarista e em aspectos político-ideológicos; o terceiro, ao movimento propulsionado pelos atores políticos e sociais no sentido de levar à máquina judiciária questões e problemas que deveriam ser tratados e resolvidos no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em complemento, o ativismo judicial refere-se a uma postura judiciária que concebe a interpretação do Direito como vontade do julgador, ao passo que a judicialização da política é um fenômeno contingencial resultante do contexto histórico-social (TEIXEIRA; NEVES;

2014, p. 182).

Esses apontamentos são fundamentais para que, nos próximos capítulos, seja possível compreender as consequências da postura teórica da vertente precedentalista prestigiada atualmente pela doutrina processual majoritária no Brasil, que parte da premissa de que os precedentes judiciais consubstanciam regras gerais, abstratas e formuladas pelas Cortes Supremas visando reger a conduta em sociedade, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade do Direito. Um depósito excessivo de poder e confiança no Poder Judiciário, notadamente nos seus órgãos de cúpula, sustentado pelos ideais do neoconstitucionalismo e consequência da expansão institucional do Poder Judiciário.

No Brasil, o movimento de expansão do Poder Judiciário — e, conseqüentemente, da centralização do poder deliberativo no âmbito dos órgãos jurisdicionais — apresenta as suas particularidades:

A judicialização da política na experiência brasileira não é, portanto, resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, já que deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil, que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Verifica-se que a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social, que foi provocado, no caso brasileiro, entre outros fatores, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por um modelo de Estado Social e pelo aumento da litigiosidade (TEIXEIRA; NEVES; 2014, p. 172).

Nessa etapa, os aspectos históricos começam a se entrelaçar e tornam mais clara a ascensão do Poder Judiciário no Brasil: (i) o neoconstitucionalismo e seu ideário de valorização da normatividade dos princípios e de centralização de direitos fundamentais em uma Constituição dá lugar à expectativa de concretização de diversas garantias (agora formalmente previstas no texto constitucional) na realidade prática dos indivíduos; (ii) esse novo material jurídico-constitucional traz aos intérpretes — e, aí, incluem-se os magistrados — complexidade muito superior para extração e aplicação da norma jurídica ao caso concreto; (iii) o déficit dos Poderes Legislativo e Executivo na resolução de conflitos e na concretização de tais direitos fundamentais leva os indivíduos a apostar no Judiciário na tentativa de obter as diversas promessas que lhe foram feitas, tanto pela Carta Constitucional, quanto pela postura assumida na forma de um Estado Social (intervencionista, mas agora sob a forma de um Estado constitucional).

Especificamente após a promulgação da Constituição de 1988, somou-se a esse movimento um sentimento constitucional que fez florescer nos órgãos jurisdicionais uma postura ainda mais ativa em busca de concretizar os preceitos da Carta Fundamental

(OLIVEIRA; ANJOS; 2010, p. 149).

Trata-se da doutrina da efetividade ou do constitucionalismo brasileiro da efetividade, cujo escopo era dar normatividade plena à Constituição, reconhecer ao direito constitucional objeto próprio e autônomo de investigação, e dar ao Poder Judiciário papel de relevo na concretização de valores e direitos constitucionais, partindo da premissa da adoção de um positivismo constitucional que pregava a elevação do direito à condição de norma (GODOY, 2015, p. 30-31).

Sendo assim, a aposta em demasia no Poder Judiciário não foi uma criação *ex nihilo*. É fruto de toda uma construção histórico-social própria do neoconstitucionalismo, inspirada pelas ideias pós-positivistas e, por fim, que encontrou campo fértil no contexto de redemocratização do Brasil após a Constituição Federal de 1988.

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust (2020, p. 215-221) traçam panorama substancial da história constitucional brasileira para embasar a conclusão de que em nosso sistema jurídico tudo caminhou para uma forte concentração de atribuições no Poder Judiciário, notadamente em órgãos de cúpula: (i) o primeiro passo para a construção de um modelo difuso e repressivo de constitucionalidade deu-se com o Decreto 848/1890, que permitiu aos magistrados federais declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de leis estaduais ou federais; (ii) na Constituição da República de 1891, incorpora-se um sistema de controle de constitucionalidade com inspiração no *judicial review* norte-americano, prevendo-se a criação do Supremo Tribunal Federal; (iii) a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 300 (1892), nº 1.063 (1898) e nº 3.257 (1914), o STF passou a por em prática a visão de que lhe cabia a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis emanadas do Poder Legislativo e a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos do Poder Executivo; (iv) com a Constituição Federal de 1934, cria-se a primeira forma de ação direta de inconstitucionalidade, restrita à análise de lei que permitisse intervenção federal; (v) a Constituição Federal de 1946 estabelece a figura da representação de inconstitucionalidade, permitindo-se questionar, em abstrato, a constitucionalidade de qualquer lei, a partir de representação proposta pelo Procurador-Geral da República diretamente ao STF; (vi) a Constituição Federal de 1988 institui a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o mandado de injução — esses dois últimos instrumentos voltados para controlar omissões normativas —, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (via EC nº 03/1993) — esta para provocar o STF a decidir, em abstrato, sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal objeto de controvérsia judicial relevante —; (vi) a EC nº 45/2004 estabelece a previsão das Súmulas Vinculantes,

impondo aos demais órgãos jurisdicionais e à Administração Pública o dever de seguir a interpretação constitucional dada pelo STF em determinado sentido.

Além disso, as próprias decisões do STF passaram a projetar uma imagem de monopólio da interpretação constitucional:

Tal peculiaridade faz com que autores como Virgílio Afonso da Silva concluam que “à luz da contraposição entre modelos ‘fracos’ e modelos ‘fortes’ de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior e menor diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro é considerado como ‘ultraforte’, pois além de o STF contar com diversos mecanismos que a permitem avaliar a constitucionalidade dos mais diversos atos normativos, a Constituição possui um expressivo rol de dispositivos imodificáveis, denominados “cláusulas pétreas”, que impõem restrições ao Poder Legislativo no exercício do poder de reforma. E assim, o poder da Corte se torna ainda mais vigoroso, por lhe ser permitido apreciar a compatibilidade das medidas tomadas pelo poder reformador – as emendas constitucionais – com o conteúdo material das cláusulas pétreas (HACHEM; PETECHUST; 2020, p. 220).

O modelo ultraforte de controle de constitucionalidade brasileiro representa, a um só tempo, a existência de ferramentas variadas para o exame da constitucionalidade de atos normativos, a impossibilidade de modificação de partes essenciais (cláusulas pétreas) da Constituição pelo Poder Legislativo e, ainda, a análise da constitucionalidade das próprias emendas constitucionais pelo STF.

Há no Brasil uma combinação de fatores que levam a uma postura voluntarista/ativista do Poder Judiciário, notadamente o abismo fático-normativo entre tudo aquilo que se prometeu na Constituição e a defasada realidade social, bem assim a necessidade e vontade de concretização desses direitos, não efetivados pelos poderes aos quais cabia fazê-lo:

A distância entre a previsão constitucional e a realidade social fez ampliar a atuação do Judiciário por meio de um comportamento ativista, voltado às vezes a assegurar direitos que governo não podiam, ou não queriam, efetivar. O espaço do ativismo encontrou um ambiente favorável também no amplo exercício do controle de constitucionalidade, possibilitado pela inédita combinação tupiniquim de controle difuso e concentrado, para casos concretos ou leis em tese, a depender do caso. No Brasil a combinação de todos esses fatores favoreceu o protagonismo político do Judiciário e parece ter acentuado a percepção de que as Constituições são documentos apenas formais, cuja efetividade estaria além de suas disposições (BARBOSA, 2019, p. 18).

Em comparação com outros tribunais ao redor do mundo, o Supremo Tribunal Federal tem contornos de poder ainda mais acentuados, circunstâncias que apontam para um desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente estabelecidos, mormente pelo fato de que, a partir de 1988, passou a acumular as funções de tribunal constitucional, de órgão de cúpula do judiciário e de foro especializado (VIEIRA, 2008, p. 444).

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444-445) cunha, descrevendo referido quadro de expansão institucional, a expressão “Supremocracia”, que, segundo seus escritos, pode ser entendida em duas dimensões:

Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República. Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.

Primeiro, a autoridade do STF se projeta para os demais órgãos jurisdicionais. Segundo, essa autoridade se reflete em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo. São as duas dimensões semânticas da expressão “Supremocracia”.

Para sustentar tal construção terminológica, o aludido autor (VIEIRA, 2008, p. 445-450) elenca diversas razões de ordem política, histórica e cultural que levaram a Constituição Federal de 1988 a ser tão ambiciosa e abrangente na atribuição das competências ao STF — mas não só, deve-se lembrar que a análise servirá, mais adiante, para justificar como a teoria dos precedentes mantém-se presa ao ideal de centralidade em órgãos de cúpula (a incluir o STJ) —, dentre as quais: (i) a ambição institucional, materializada na hiperconstitucionalização de diversos temas da vida, que não seriam propriamente constitucionais, limitando-se o campo de liberdade do Executivo e Legislativo, à luz do sentimento de desconfiança oriundo das experiências históricas anteriores (ditadura); (ii) a arquitetura institucional, consubstanciada no estabelecimento de competências superlativas ao STF, quais sejam, a de tribunal constitucional, a de foro judicial especializado e de tribunal de recursos de última instância, sobrecarregando-o, a uma, pela politização da esfera de sua função jurisdicional de Corte Constitucional, a partir da ampliação do rol de legitimados políticos e sociais para propositura de ações diretas, bem assim pela sua utilização como arena de embate político (a exemplo do aumento de hipóteses para intervenção como *amici curiae* e o surgimento das audiências públicas); a duas, pelo custo (de tempo e serviço) despendido na resolução de conflitos decorrentes da função de foro especializado; a três, pela função corretiva e revisória de milhares de recursos em razão da

coexistência, em nosso sistema, do controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Somando as características próprias do constitucionalismo brasileiro — desenvolvidas paulatinamente desde o começo da República — às ideias firmadas pelo neoconstitucionalismo e ao sentimento constitucional do período de redemocratização, a conclusão a que se chega é que o ambiente brasileiro foi (e ainda é) extremamente fértil ao enraizamento do modelo de supremacia judicial — quiçá não exatamente da forma voluntária de transferência de poder estabelecida na hipótese teórica de construção de um regime político juristocrático, como concebeu Rans Hirschl — centralizada, além de tudo, em órgãos do ápice do Poder Judiciário.

Quais seriam, então, os aspectos positivos e negativos dessa centralização do poder deliberativo nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário? O que se verifica em consequência do modelo de supremacia judicial? Como o modelo de supremacia judicial brasileiro vai refletir na formação de uma teoria dos precedentes judiciais?

Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa (2015, p. 121) estabelecem que da conjuntura jurídico-constitucional explorada torna-se possível extrair três correntes: (i) uma que entende o protagonismo judicial como risco à democracia e ao equilíbrio entre os poderes, tendo em vista que juízes podem decidir com base em preferências pessoais e sem as informações necessárias, que, em geral, estão disponíveis aos demais poderes; (ii) duas, que vê o ativismo judicial (postura voluntarista no caso concreto) em decorrência da conjuntura histórica subsequente à Constituição de 1988, ressalvando, contudo, que há risco se as decisões judiciais carecerem de medida e/ou fundamentação clara e precisa; (iii) três, que enxerga no protagonismo judicial consequência da necessidade de concretização constitucional, estando os juízes ativistas legitimados a decidir com lastro nos princípios constitucionais, visando concretizar o que está na Constituição (que nada mais seria que a vontade popular).

Para os fins deste trabalho, entende-se que a expansão do protagonismo judicial é relevante para concretização de garantias e direitos fundamentais, mas é preciso cautela em relação ao processo de empoderamento judiciário, na medida em que, quanto mais tarefas lhe são atribuídas, maior sua área de atuação (e, por consequência, de invasão nas demais esferas do poder). Desse modo, o protagonismo judiciário pode ser válido em determinadas circunstâncias — a exemplo da garantia de direitos de grupos minoritários —, desde que democrático e participativo, tornando-se fundamental o diálogo com os demais poderes, setores da população e teóricos do direito (doutrina) para tentar estabelecer um ponto de equilíbrio nesse processo de expansão jurisdicional.

Não é demais lembrar que a defesa de um Estado de Direito baseia-se justamente na necessidade de controle do poder estatal, independentemente de qual ramo/esfera esteja a se

projetar excessivamente, seja em relação à sociedade, seja em relação às demais instâncias de poder, ou até mesmo quanto aos próprios órgãos jurisdicionais (vide as duas dimensões do conceito de “Supremocracia” de Oscar Vilhena Vieira).

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust (2020, p. 210-211) investigam, de forma aprofundada, oito aspectos negativos identificados pela proeminência excessiva da jurisdição constitucional brasileira: (i) primeiro, os conteúdos decisórios, apesar de se incumbirem de grande poder e responsabilidade social, não são submetidos a ferramentas de controle populares e democráticas; (ii) segundo, existe a possibilidade de que as decisões judiciais sejam tomadas de acordo com a vontade política própria do julgador, em tendências pessoais e partidárias, a prejudicar o sentimento social; (iii) terceiro, a incapacidade do Judiciário de tomar decisões que exijam conhecimentos e informações específicas e de antever os possíveis efeitos indesejados das decisões judiciais (análise consequencialista); (iv) quarto, o enfraquecimento do processo democrático causado pela postura judicial ativista na tentativa de suprir lacunas deixadas pelos demais poderes, arrefecendo a participação popular na vida pública, já que quase tudo acaba decidido pela jurisdição; (v) quinto, os grupos derrotados na arena política usam do STF, pela via do controle de constitucionalidade, para tentar reverter os posicionamentos majoritários e, com essa judicialização exagerada de questões políticas, minam ainda mais as outras instâncias de deliberação democrática; (vi) sexto, a manipulação da agenda política nacional pelos ministros do STF por intermédio da postergação ou agilização de julgamentos, a depender dos interesses e da ocasião; (vii) sétimo, o modelo de deliberação é deficitário em razão da falta de diálogo argumentativo antes ou durante as sessões de julgamento, bem assim pelo fato de que as decisões são formadas pela agregação de votos isolados, sem representar, unitariamente, uma visão institucional da Corte, prejudicando a identificação do que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta*; (viii) oitavo, a concentração exagerada de poder nas mãos de onze ministros, que decidem, em certos julgamentos, com posição embasada na opinião pública e na vontade das maiorias de ocasião.

No tocante ao alargamento de competências, Miguel Gualano de Godoy (2015, p. 45-46) esclarece que as seguintes técnicas interpretativas e decisórias vêm sendo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal: a prolação de sentenças aditivas em sede de controle de constitucionalidade por omissão (o que equivale à criação de norma infraconstitucional), a invalidação de normas com base em princípios constitucionais abstratos, a imposição de medidas concretas ao Poder Legislativo e Executivo, dentre outras; tudo a evidenciar um comportamento juriscêntrico — autodeclarado —, que pese tenha suas vantagens práticas na concretização de compromissos constitucionais, acaba por reduzir a importância e atuação dos

demais intérpretes da Constituição.

Em relação à legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, para que não haja a chancela de decisões imbuídas de juízos pessoais e políticos, deve haver adesão decisória aos valores representados e incorporados pela constituição:

Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. [...] devemos inferir que a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição. Não havendo tal adesão ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial donde fluem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é a pauta de solidez do regime e das instituições (BONAVIDES, 2004, p. 132).

Em outras palavras, a atuação da jurisdição constitucional deve guiar-se moderadamente pelo estreito objetivo de consolidação dos direitos e garantias fundamentais, de modo a preservar a sua legitimidade democrática, segundo as lições de Luís Roberto Barroso (2012, p. 42-43):

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

A passagem em epígrafe, além de reforçar os laços entre o constitucionalismo contemporâneo e a ascensão institucional do Judiciário — premissa indicada desde o início deste subcapítulo —, reitera a preocupação havida em relação a esse último processo de hegemonização judiciária e a necessidade e de se impor aos juízes o dever de (i) deferência aos demais poderes na hipótese de a escolha feita pelo Legislador ou Administrador basear-se no exercício razoável da discricionariedade e não afrontar garantias fundamentais; (ii) não oprimir os canais de comunicação e de expressão da sociedade; tudo visando preservar a legitimidade democrática da atuação jurisdicional.

Com essas ponderações e ressalvas, não se está a negar a importância da atuação da

jurisdição constitucional em garantir direitos fundamentais e os compromissos assumidos pela Constituição. Entretanto, é preciso que essa proeminência judiciária (de cúpula) seja delimitada para não adentrar nas esferas de competência dos demais poderes — o que há muito vem ocorrendo —, em razão dos diversos aspectos negativos do modelo de supremacia judicial já anteriormente elencados.

Lara Bonemer Azevedo da Rocha e Claudia Maria Barbosa (2015, p. 121) afirmam que um dos desdobramentos do protagonismo judicial — ainda que motivado pela necessidade de concretização de direitos fundamentais — é a insegurança jurídica e os efeitos econômicos dessa incerteza, pois, pese o objetivo seja realizar a justiça social, torna-se difícil saber qual será a compreensão específica do magistrado acerca dos princípios constitucionais, bem assim qual deles será eleito para guiar a solução jurídica no caso concreto. Em outras palavras, esclarecem as autoras que a abertura interpretativa dos princípios constitucionais dá ampla margem de discricionariedade, comprometendo a previsibilidade das decisões judiciais.

A segurança jurídica e a previsibilidade são fundamentais, seja qual for a roupagem que se assuma em determinado Estado Democrático de Direito, de forma que, se a hegemonização judiciária tem dado espaço a fenômenos que tolhem/arrefecem essas características indispensáveis à organização social, é preciso discuti-la.

Conquanto essas críticas estejam diretamente dirigidas à jurisdição constitucional, especificamente ao Supremo Tribunal Federal, inserem-se dentro de uma premissa maior, que é o modelo de supremacia judicial, cujo teor abrange também o Superior Tribunal de Justiça (evidentemente que dentro de sua respectiva competência).

Toda essa visão direcionada aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro nutre diversas perspectivas teóricas no Direito. Interessante observar que Paulo Bonavides (2004, p. 133), embora estivesse a criticar e se referir a uma possível tendência de enfraquecimento do controle difuso de constitucionalidade — tema diverso do objeto deste trabalho —, também parecia há muito se preocupar com a concentração excessiva de poderes nos órgãos de cúpula do Judiciário:

A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.

Sendo assim, em essência, cuida-se da semelhante preocupação, que será objeto da

investigação científica nos próximos capítulos: a centralização de uma teoria dos precedentes judiciais em órgãos de cúpula do Poder Judiciário (STF e STJ). Essa preocupação norteará este trabalho nos passos seguintes.

Em síntese, investigou-se, neste tópico, a forte relação entre a ascensão do Poder Judiciário no Pós-Segunda Guerra e os ideais do neoconstitucionalismo nas democracias contemporâneas, tanto como forma de reação aos regimes totalitários, quanto em busca de atender às novas demandas e expectativas sociais trazidas pela hiperconstitucionalização da vida e hipercomplexidade social.

Verificou-se que o modelo de supremacia judicial se desenvolveu de formas distintas no mundo, sendo que, no Brasil, as características das primeiras constituições da República já davam indícios de centralização de atribuições funcionais na jurisdição constitucional, processo que foi paulatinamente ampliado e se evidenciou ainda mais a partir da redemocratização e da Constituição Federal de 1988.

Constatou-se que a ambição da Constituição Cidadã levou à atribuição ao Supremo Tribunal Federal de funções jurisdicionais que, em comparação aos tribunais constitucionais de outros países, não são tipicamente concentradas em um único órgão jurisdicional, sobrecarregando-o com conflitos e afazeres que poderiam (e deveriam) ser resolvidos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Foi possível notar que os movimentos históricos e o constitucionalismo brasileiro favoreceram (e ainda favorecem) a consolidação de teorizações centradas no modelo de supremacia judicial, que, contudo, apresenta diversas consequências práticas negativas, notadamente a erosão da legitimidade da atuação jurisdicional.

Verificaram-se os aspectos positivos e negativos (estes principalmente) do modelo de supremacia judicial, notadamente no que respeita à legitimidade do exercício da jurisdição e ao excesso de funções acumuladas nos órgãos jurisdicionais de cúpula — viu-se designadamente o caso do STF, que se projeta de forma hegemônica aos poderes Executivo e Legislativo e em relação às próprias instâncias do Judiciário.

Investigar-se-á, na sequência, o modelo dominante da teoria dos precedentes judiciais no Brasil, fundado na ideia de Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes. Antes de encerrar este capítulo, contudo, cumpre esclarecer a seguinte indagação: qual seria, afinal, o vínculo lógico entre a construção histórica do constitucionalismo brasileiro com uma teoria dos precedentes judiciais?

Parece haver uma ligação indissociável. Todo o ideário neoconstitucional aliado às características do período de redemocratização que criaram conjuntamente o cenário fértil para

ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil servem para justificar, do ponto de vista teórico, a premissa sustentada pela tese precedentalista centralizada em órgãos de cúpula.

Segundo Lenio Streck (2011, p. 36), as características do neoconstitucionalismo — termo muito criticado pelo autor e incapaz de representar sua proposta de construção de um Direito democraticamente produzido com base em uma Constituição normativa e na integridade da jurisdição — permitem a defesa concomitante de um direito constitucional de efetividade, da ponderação de valores, de uma concretização *ad hoc* da Constituição e de uma pretensa constitucionalização a partir do uso de termos vazios acompanhados do prefixo “neo”, tudo a evidenciar que, no Brasil, acabou-se por acreditar que a jurisdição seria a responsável por incorporar valores supostamente verdadeiros e capazes de definir um direito justo e, assim, depositaram-se todas as fichas no protagonismo judicial.

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 76-78) acrescenta ao afirmar que no Brasil houve a recepção paradoxal do Estado constitucional, do novo constitucionalismo e da nova jurisdição, com um profundo sincretismo metodológico que, ao invés de combater a discricionariedade, propulsionou-a, ou seja, tem-se um cabedal teórico que sustenta o ativismo judicial (leia-se: o protagonismo) sem controle racional, de modo que os valores da certeza e da previsibilidade passaram a ser buscados na atividade jurisdicional.

Daí se dizer que essa confluência teórica e mixada própria do constitucionalismo contemporâneo brasileiro deságua em teorias que apostam fortemente não apenas no Poder Judiciário, mas especialmente em seus órgãos de cúpula:

É desde então que se tenta atribuir novo papel aos precedentes no Brasil. As velhas aspirações exegéticas se expressam com roupagem nova, sendo substituído o fetichismo legal por um fetichismo dos precedentes, que passam a desfrutar das características redentoras antes outorgadas à lei do Estado Legislativo. Destaque-se: em razão do quadro instaurado pelo neoconstitucionalismo brasileiro, não se buscou constituir outras concepções de certeza e previsibilidade, simplesmente se reeditou a visão exegética do século XIX e se substituiu a lei pelo precedente. [...] Assim, a pretexto de se lançar outra visão a respeito dos precedentes com penhor nas contribuições pós-positivistas do neoconstitucionalismo, está a ganhar corpo no Brasil uma doutrina do precedente de ambíguas bases – exegética e realista. [...] Portanto, o neoconstitucionalismo e o Estado constitucional, no Brasil, em vez de representarem esforços contra a discricionariedade judicial, a recrudesceram, o que ocasionou a tomada dos precedentes como normas obrigatórias que visam a reaver as ilusórias e inalcançáveis certeza e previsibilidade de matiz oitocentista, oriundo de um ceticismo realista em face das regras parlamentares. Não se quer dizer, aqui, que os pronunciamentos judiciais no constitucionalismo contemporâneo não tenham uma nova feição. O que não se admite é simplesmente reeditar concepções antigas e de outras culturas, todas com aparência impecável, sem buscar base efetivamente inovadora (LOPES FILHO, 2020, p. 78-80).

Em outras palavras, o processo de hegemonização judiciária nutriu teorizações em

defesa do postulado de que a última (e melhor) interpretação do direito deve consubstanciar-se na formação de precedentes obrigatórios que são oriundos única e exclusivamente dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (STF e STJ). Nessa perspectiva, esses precedentes — exclusividade da cúpula judiciária — seriam concebidos como enunciações gerais, prospectivas e abstratas, com critérios de aplicação preestabelecidos pelos referidos órgãos jurisdicionais, a fim de nortear a conduta em sociedade e assegurar a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica.

Portanto, as ressalvas e preocupações havidas pela doutrina com o modelo de supremacia judicial e de juristocracia devem, dentro da ótica desse trabalho, embasar a construção de uma crítica cientificamente comprometida em evidenciar as fragilidades da tese precedentalista que quer vingar (se já não vingou) no Brasil e com ela dialogar em busca de aperfeiçoamentos do sistema jurídico.

As premissas e concepções de uma teoria dos precedentes judiciais centrada em Cortes de Vértice serão examinadas no próximo capítulo, ao que se seguirá um exame científico de suas propostas, objetivos e fragilidades.

2. CORTES SUPREMAS OU CORTES DE PRECEDENTES: UM MODELO PARA O BRASIL?

O escopo deste segundo capítulo caminha na seguinte direção: (i) demonstrar quais são as premissas teóricas a respeito das funções de uma Corte Suprema ou Corte de Precedente, as funções ideais a ela vislumbradas, e como as particularidades de cada uma dificultam a produção de um discurso que pretenda ser homogêneo sobre o papel desses órgãos jurisdicionais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos; (ii) explorar o panorama jurídico-processual do Brasil, o discurso precedentalista e por que suas justificativas (hierárquicas e consequencialistas), conquanto teoricamente sólidas e bem estruturadas, encontram obstáculos de concretização na cultura decisória nacional; (iii) pontuar o déficit, tanto de parte da doutrina, quanto do CPC, ao abordar a sistematização de precedentes judiciais, bem como as incoerências de conceituação, abordagem e classificação, notadamente a forma com que se pretende enxergar o instituto, de forma atípica e distinta de suas origens no *common law*.

Essas etapas são percorridas para arrefecer o cenário idealizado na doutrina e em decisões do STF de que a panaceia aos problemas do Poder Judiciário brasileiro estaria em uma teoria precedentalista centrada em Cortes de Vértice e, ao fim, abrir espaço a um diálogo efetivo, construtivo e cientificamente comprometido com a tese precedentalista — em voga atualmente no Brasil, encabeçada por alguns dos maiores processualistas —, a ser estruturada no terceiro e último capítulo.

2.1 PREMISSAS TEÓRICAS SOBRE O PAPEL DE UMA CORTE DE INTERPRETAÇÃO

As discussões sobre o arranjo precedentalista que o Brasil teria adotado a partir do Código de Processo Civil de 2015 nutriram uma gama de propostas teóricas sobre a origem, o papel e as características do precedente judicial no ordenamento pátrio. Essas correntes precisam ser investigadas cientificamente em suas limitações e perspectivas, notadamente aquela que tem se sagrado vencedora — intitulada/referida neste trabalho de teoria normativa dos precedentes ou tese/corrente precedentalista —, haja vista que encarada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal como paradigmática para a organização e administração da justiça.

Compreende-se como exitoso o percurso dessa proposta doutrinária porquanto invocada em decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário RE 655.265 (BRASIL, 2016). Neste julgado, há menção expressa às concepções de que (i) o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 teria ratificado a adoção do *stare*

decisis no direito brasileiro; (ii) houve a assunção pelo STF do papel de Corte de Vértice, cuja atribuição seria dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.

Tratou-se em outra oportunidade (WAISS; DONISETE, 2022) sobre determinadas inconsistências teóricas no discurso precedentalista a partir do julgamento do mencionado recurso extraordinário, especificamente a respeito da necessidade de racionalização dos objetivos que seriam efetivamente alcançáveis pela adoção de um modelo normativo de precedentes. Neste capítulo, importa apenas registrar a relevância desse julgamento como marco paradigmático da adoção da tese precedentalista pelo STF.

A preocupação com o referencial teórico norteador da atividade prática dos juízes e tribunais é justificado para que se possa: “[...] extrair todas as potencialidades do uso do precedente em uma ordem jurídica, inclusive para um eficaz manejo do avassalador número de causas em tramitação no Judiciário Nacional” (LOPES FILHO, 2020, p. 20).

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 20) alerta para a constatação de que o precedente é categoria da Teoria Geral do Direito, tornando-se, por isso, indispensável investigar previamente os posicionamentos relacionados à filosofia e ciência política — daí a razão de se ter introduzido algumas bases no capítulo anterior —, já que o direito processual disciplina o uso do instituto e, nessa condição instrumental, mostra-se incapaz de fornecer todos os elementos teóricos para o estudo do tema.

A tese precedentalista defende que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal sejam compreendidos dentro da concepção de Cortes Supremas, Cortes de Precedentes ou Cortes de Interpretação.

A sua função seria outorgar uma interpretação prospectiva ao direito e lhe conferir unidade mediante a formação de precedentes, ao passo que os demais tribunais e cortes ocupar-se-iam da tarefa de controlar retrospectivamente as decisões tomadas por juízes de primeiro grau, por intermédio do julgamento de recursos, avaliando a causa em todas as suas nuances fático-probatórias (MITIDIERO, 2018, p. 83-85).

Enquanto para as Cortes Supremas o caso concreto é somente um instrumento pelo qual se visa chegar à correta interpretação do direito, para as Cortes de Justiça, a interpretação (explorar os possíveis significados dos textos jurídicos) é apenas o meio para se atingir a justiça do caso concreto (MITIDIERO, 2015).

Sendo assim, essa linha teórica concebe que aos órgãos do Poder Judiciário são conferidas funções distintas (atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo *versus* resolver litígios):

Lembre-se de que ao Poder Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou

enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa e, às Cortes Supremas, a segunda (MARINONI, 2019, p. 288-289).

Em outras palavras, os juízes e tribunais ocupam-se especialmente de dar uma boa solução ao caso concreto e, as Cortes Supremas, aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, emitindo decisões que sejam capazes de atribuir ao direito um sentido de acordo com as necessidades dos indivíduos (MARINONI, 2019, p. 288).

Teoricamente, as funções das Cortes Supremas podem ser colocadas em duas perspectivas antagônicas. De um lado, tem-se a concepção privada, segundo a qual lhe caberia garantir a justiça e o acerto das decisões tomadas em cada caso concreto; de outro, a concepção pública, que lhe confere o dever de dar unidade à interpretação das normas em vigência, assegurando a igualdade. O exercício dessas funções não é excludente, isto é, elas coexistem (TRENTO, 2016, p. 02).

A premissa que se extrai da tese precedentalista é a proeminência da concepção pública do papel das Cortes Supremas, isto é, a transição de uma postura corretiva das decisões dos tribunais ordinários para uma conduta prospectiva baseada na elaboração e estabilização de precedentes:

A transformação da função das Cortes Supremas de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores. O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte (MARINONI, 2016a, p. 877-878).

Essa transição — da função de controle para a de interpretação; da função privada (interesse dos litigantes) para a função pública (dar o adequado sentido ao direito) — no papel das Cortes Supremas é fenômeno histórico e gradativo observado em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, de acordo com Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 316):

Devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle, preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo, para cortes de interpretação, preocupadas com a uniformização do direito, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação jurídica.

Constata-se, então, uma mudança no paradigma das Cortes Supremas, que passam a se ocupar do problema da interpretação com a perspectiva de uniformização do Direito. Esse postulado de transição é visto pela ótica de uma necessária reconstrução do sistema judiciário (MITIDIERO, 2018, p. 85).

Recente decisão proferida no ARE nº 1.307.386 (BRASIL, 2021) — discute-se no processo tese fixada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) com o seguinte teor: “É lícita a divulgação por provedor de aplicações de internet de conteúdos de processos judiciais (em andamento ou findos) que não tramitem em segredo de justiça, e não existe obrigação jurídica de removê-los” —, de lavra do Ministro Luiz Fux, reforça a adoção da concepção precedentalista ao reconhecer o interesse recursal da parte litigante que saiu vitoriosa nas instâncias ordinárias em requerer a fixação definitiva da tese pela Corte Suprema, de modo a estender sua aplicação para o julgamento de casos futuros.

Merecem destaque os seguintes trechos da decisão que deu provimento ao agravo para destrancar o recurso extraordinário e reconhecer a existência de repercussão geral à questão:

No sistema de precedentes, a impugnação pela via recursal merece leitura própria e contemporânea, divorciada da leitura clássica do interesse recursal que denota a perspectiva individualista do Direito Processual Civil, indicando uma noção restritiva e simplista da sucumbência. [...] A partir do momento em que o recurso extraordinário se mostra como o caminho adequado para permitir a análise definitiva da correta interpretação do ordenamento pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática dos julgamentos de questões repetitivas, bem como medida necessária para que os envolvidos nos processos subjetivos aos quais a tese será aplicada possam exercer sua liberdade com isonomia e segurança jurídica, é seguro afirmar que os recursos mencionados pelo legislador no artigo 987 podem ser validamente manejados também pelos interessados cuja argumentação prevaleceu no incidente. Em suma, a utilidade do instrumento é evidente, sua interposição, desejável, e sua admissão, imperativa. [...] De igual modo, há de se considerar que a solução da presente controvérsia, mediante o regime de precedentes qualificados, é essencial para garantir uniformidade, isonomia e coerência da jurisprudência constitucional e dar previsibilidade aos jurisdicionados, com a conseqüente diminuição das demandas massificadas (BRASIL, 2021).

Essa decisão evidencia a adoção das diretrizes de organização da justiça civil preceituadas pela corrente precedentalista e as funções por ela vislumbradas às Cortes de Vértice: (i) o STF é visto como o responsável por dar a correta e definitiva interpretação ao ordenamento jurídico em matéria constitucional; (ii) ainda que a parte recorrente saia vencedora nas instâncias ordinárias, o interesse recursal merece leitura contemporânea e adequada a um sistema de precedentes, tornando-se admissível o recurso para o fim de ver fixada a tese jurídica aplicável aos casos futuros; (iii) a perspectiva individualista da função

jurisdicional dá lugar à concepção pública, cujo objetivo é conferir o adequado sentido ao direito e estabilizar as expectativas dos indivíduos em sociedade mediante a formação de precedentes qualificados, assegurando a integridade, igualdade e previsibilidade ao sistema jurídico.

A compreensão de Corte Suprema — centralizada na concepção pública e assim sustentada pela tese precedentalista — no que concerne à sua relação com o Poder Legislativo e com os demais órgãos do Poder Judiciário é bem visualizada na seguinte passagem de Daniel Mitidiero (2017, p. 75):

[...] a Corte Suprema dá lugar a uma particular conformação da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e da relação entre os próprios membros do Poder Judiciário. Entre os Poderes, a Corte Suprema ocupa a posição de parceiro do Poder Legislativo na tarefa de promoção do império do Direito, estabelecendo-se aí uma clara relação de colaboração. Com esse desenho, o modelo de Corte Suprema acaba dando azo a uma relação de forte confiança entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que a Corte Suprema é vista como uma corte que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para a promoção da unidade do direito. Não é uma corte de censura da magistratura ordinária e servil ao Poder Legislativo. É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito. É uma Corte guia.

Segundo tal proposta, as Cortes Supremas assumem uma postura norteadora, cooperativa e diretiva que não tem a pretensão de impor censura à magistratura ordinária e nem é servil ao Poder Legislativo. O protagonismo judicial fica centralizado em órgãos de cúpula, calcado na concepção de que esses são os responsáveis por outorgar o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica.

Os juízes e tribunais dão início à atividade interpretativa do Poder Judiciário e sua função de resolver litígios (*resolution of disputes*) deve lhes possibilitar estabelecer entendimentos sobre o direito, a partir dos quais, posteriormente, as Cortes Supremas poderão resolver os impasses normativos com base em interpretações anteriormente delineadas pelos tribunais ordinários (MARINONI, 2019, p. 289).

Dar-se-ia, nessa perspectiva, uma transformação da Justiça Civil, de modo a tornar o sistema jurídico idôneo para a tutela efetiva dos direitos singular e/ou coletivamente concebidos, colocando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em um patamar assemelhado/comparado aos moldes da Suprema Corte nos Estados Unidos da América e do *Bundesgerichtshof* na Alemanha (MITIDIERO, 2017, p. 153).

No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (2015) aponta que o Superior Tribunal de Justiça não alcançou o semblante de uma Corte de Precedente — cujo papel é definir a interpretação ou a norma que deve regular os casos futuros — porque ainda exerce função corretiva das

decisões de tribunais ordinários.

A proposta de reformulação do papel do STJ e STF, alçando-os ao patamar de Cortes de Vértice, teria por objetivo dar racionalidade e efetividade a um sistema de precedentes judiciais (WELSCH, 2021, p. 78).

De acordo com Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 177) — crítico da corrente precedentalista —, os expoentes dessa proposta alicerçam a ideia de que Cortes Superiores devem funcionar como Cortes Supremas na obra *Il Vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile* do jurista italiano Michelle Taruffo.

Embora sejam essas as características e funções gerais vislumbradas pela tese precedentalista como desejáveis às Cortes Supremas (outorga de interpretação de caráter prospectivo e garantia da unidade do direito mediante a formação de precedentes), Michele Taruffo (2013, p. 117) reconhece que é de notável dificuldade desenvolver um discurso que pretenda ser tendencialmente homogêneo e generalíssimo para tratar das funções das Cortes Supremas nos ordenamentos atuais, tendo em vista que cada uma possui, a depender do sistema e tradição em que se insere, diferentes competências, estruturas, composições, modo de funcionamento e funções, que englobam a resolução de casos jurisdicionais, a decisão de conflitos entre os poderes, a tutela de direitos fundamentais, a aplicação do direito supranacional, dentre outras. Idêntica constatação foi evidenciada por Lenio Luiz Streck (2021, p. 23), a partir de outro texto de Taruffo (2016, p. 231): *La misión de los tribunales supremos*.

Taruffo (2013, p. 118) trata de três tipos fundamentais de Cortes Supremas:

Por um lado, se se levam em consideração as cortes que se definem como <supremas> porquanto se colocam no vértice da organização judiciária ordinária (*ordinamenti giudiziari ordinari*), notam-se variações assaz relevantes. O <modelo de cassação> da tradição francesa e – em qualquer medida – a italiana é assaz diferente do <modelo de revisão> do tipo austro-alemão. Ambos os modelos são muito diferentes por numerosos aspectos seja da *Supreme Court* inglesa, em funcionamento desde 2009 (mas também da *House of Lords* que anteriormente desenvolvia a função de órgão de vértice da justiça inglesa), seja – sobretudo – da Suprema Corte dos Estados Unidos. Posteriores variações verificam-se nas cortes de vértice de numerosos outros ordenamentos, nos quais, não raramente encontramos modelos <mistos>, não reconduzíveis nem aos arquétipos tradicionais de *civil law* nem àqueles de *common law*. Todavia, uma característica comum que pode ser colhida em todas essas cortes é que essas são <supremas> enquanto órgãos de última instância, isto é, contra as suas decisões não é admitido recurso para órgãos hierarquicamente superiores.

Nessa perspectiva, pode-se entender a Corte Suprema como aquela que se situa no vértice da organização judiciária ordinária, aspecto, contudo, que traz variações muito amplas, levando em conta a existência de diferenças estruturais e funcionais relevantes de cada uma nos diferentes países. Daí que o aludido autor identifica um aspecto em comum entre todas elas:

representam órgãos de última instância, a ultimar a possibilidade de interposição de recursos.

Taruffo (2013, p. 118) segue argumentando para demonstrar que, em se tratando de órgãos jurisdicionais incumbidos de fazer valorações de legitimidade constitucional, há maior complexidade ainda em definir o significado de Corte Suprema:

Se, no caso, o controle constitucionalidade é *difuso*, como ocorre no caso dos Estados Unidos, mas também de outros países como Argentina e México, a corte suprema que ocupa o vértice do sistema jurisdicional opera também como corte constitucional, tendo em conta que é a corte de *last resort* também sobre questões de constitucionalidade, que, de todo modo, vêm ainda analisadas e resolvidas igualmente pelos juízes inferiores. Sob esse perfil, é possível assinalar um aspecto de atenuação das diferenças entre essas cortes e as cortes supremas ordinárias de *civil law*. No momento em que se reconhece – como vem ocorrendo há tempo na Itália e em muitos outros ordenamentos – que as normas da Constituição são endereçadas também aos juízes ordinários e que, portanto, a referência a princípios constitucionais é um fator essencial do ordenamento, acaba-se por reconhecer uma espécie de caráter difuso à interpretação constitucional, com a consequência de que – por exemplo – também a *Corte di Cassazione* italiana, ao lado de muitas outras cortes de vértice da jurisdição ordinária, vem a ser um órgão de *last resort* sob esse aspecto.

Na hipótese de se tratar de uma Corte Suprema que exerça a análise de valoração da legitimidade constitucional em última instância (último recurso) após a mesma questão de constitucionalidade ter passado pelo exame de juízes ordinários — ocorre no controle difuso de constitucionalidade —, é nessa perspectiva que se entende a característica de supremacia da expressão, segundo aludido autor.

De outro lado, Taruffo (2013, p. 119) esclarece que se o controle de constitucionalidade é concentrado, o significado do termo Corte Suprema já é outro, qual seja, o de Corte Constitucional que exerce de forma exclusiva a função de controle direto da constitucionalidade de leis ordinárias e de outros atos normativos. Adverte o autor que, nem mesmo nessa hipótese, existem modelos homogêneos, pois a depender do sistema jurídico-constitucional, o controle de constitucionalidade pode ocorrer pela via incidental (modelo italiano), pode englobar apenas leis ou também outros atos normativos, e o acesso pode se dar diretamente à Corte Constitucional (*Verfassungsbeschwerde* do modelo alemão) ou com o *amparo* (ordenamentos ibero-americanos).

Taruffo (2013, p. 119) enxerga ainda um outro sentido de Corte Suprema nas Cortes Supranacionais, a exemplo da Corte Europeia de Direitos do Homem, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte de Justiça da União Europeia. Entende ele que a concepção de supremacia se refere ao fato de que, além de o acesso a tais órgãos estar condicionado ao esgotamento prévio dos recursos da jurisdição doméstica, colocam-se em um nível de jurisdição particularmente elevado, em razão do aspecto da supranacionalidade, da importância de suas

decisões e de sua irrecorribilidade.

Essas lições são relevantes para compreender a dificuldade de se produzir um discurso homogêneo acerca de quais seriam as funções das Cortes Supremas nos ordenamentos atuais. É dizer, teoricamente, conquanto possível postular características ideais vislumbradas às funções de tais órgãos pela doutrina, as circunstâncias históricas, políticas e sociais que levaram à sua formação, além das características de cada tradição e sistema em que se inserem, são fatores tendencialmente fortes a dificultar a homogeneização discursiva.

Apesar dessas dificuldades, Taruffo (2013, p. 120) acena para uma característica em comum das várias Cortes Supremas nos ordenamentos atuais: a tutela e promoção da legalidade, termos que aludem aos dois principais aspectos funcionais de uma Corte Suprema. Ensina o aludido autor que a tutela da legalidade concerne à função reativa desenvolvida pelas Cortes quando já ocorreu uma violação e a intervenção jurisdicional vem no sentido de suprimi-la e para neutralizar os respectivos efeitos. A promoção da legalidade, também segundo o jurista italiano, consubstancia-se em postura proativa, hipótese na qual as decisões da Corte almejam efeitos futuros, tanto a fim de prevenir violações à legalidade, quanto para promover a transformação e a evolução do direito.

A respeito do exercício dessas funções, cabe mencionar que:

Nada impede, naturalmente, que uma corte suprema desenvolva concomitantemente ambas as funções. Muito comum, aliás, essas representarem faces diversas da mesma moeda, na medida em que as decisões de uma corte podem ao mesmo tempo tutelar reativamente e desenvolver proativamente a legalidade. No entanto, a distinção ora proposta permanece significativa seja sob o perfil analítico, enquanto coloca em evidência dois aspectos diferentes do fenômeno estudado, seja porque nem sempre as duas funções vêm desenvolvidas em conjunto, podendo ocorrer que sejam reprimidas violações ao direito sem se pensar no futuro ou que se possa configurar uma função pró-ativa cujo exercício não dependa de violações específicas à legalidade já verificadas. Além disso, as duas funções podem ser desenvolvidas com diferentes intensidades conforme os casos e conforme as cortes que se levam em consideração (TARUFFO, 2013, p. 120).

O estudo comparado minudentemente realizado por Taruffo (2013, p. 136-137) conclui que há uma *tendência* na função moderna das Cortes Supremas, no sentido de que deixem aos poucos a tutela da legalidade e o controle da legitimidade das decisões dos casos específicos para assumir uma postura primordialmente (ou quiçá exclusivamente) proativa de desenvolvimento da legalidade, com o olhar voltado ao futuro e intensa participação no desenvolvimento do direito.

Relevantes, portanto, tais diferenças estabelecidas entre a tutela da legalidade e a promoção da legalidade. Esta última, frisa-se, está bastante relacionada à ideia de atuação

prospectiva das Cortes de Vértice a partir da formação de precedentes.

É a partir do pressuposto dessa função moderna das Cortes Supremas que a corrente precedentalista em proeminência no Brasil as enxergará como Cortes de Precedentes ou Cortes de Interpretação, responsáveis por dar unidade ao direito via formação de precedentes. Nesse sentido, referenciam-se Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, respectivamente, em suas notáveis obras — “Precedentes: da persuasão à vinculação” (2018) e “Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente” (2017); e “Precedentes obrigatórios” (2019).

Especificamente no tocante à formação de precedentes, a alusão feita pelos defensores da tese precedentalista às Cortes de Vértice como responsáveis por tal atuação prospectiva parece encontrar fundamento na constatação de que, segundo Taruffo (2013, p. 132), o precedente é um conceito de força gradual, cuja intensidade varia a depender do cargo/posto ocupado pelo juiz prolator da decisão que ingressa no mundo jurisdicional e pela qualidade e autoridade decisórias, de modo que o precedente forte e vertical é encontrado sobretudo nas Cortes Supremas, que estão no ápice do sistema judiciário e, em geral, gozam de autoridade maior em relação aos demais juízes, circunstâncias que levam à atribuição, com maior intensidade, de uma função proativa a tais órgãos jurisdicionais, que acabam sendo designados como Cortes de Precedentes.

Observa-se que Taruffo (2013, p. 129-139) desenvolve essa ideia de formação do precedente como um modo de desenvolvimento das funções vislumbradas às Cortes Supremas.

Nota-se também que a tese precedentalista dá notório enfoque ao aspecto funcional das Cortes Supremas, que, segundo ela, seriam as únicas responsáveis pela formação dos precedentes:

Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios — isto é, vinculantes. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos. Embora o Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta (MITIDIERO, 2018, p. 92-93).

A corrente precedentalista abraçou a função prospectiva vislumbrada nos estudos de Taruffo como tendência nas Cortes Supremas na contemporaneidade. Fê-lo de forma forte no que respeita ao viés da autoridade do órgão jurisdicional. Justamente por isso, tal perspectiva inadmite a formação de precedentes em outros órgãos jurisdicionais que não se enquadrem no

formato de Corte de Vértice, já que se o precedente deriva da própria autoridade de quem interpreta, e para o fim de dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes só possuem autoridade as Cortes Supremas, inviável, por essa ótica, o surgimento de precedentes nos Tribunais de hierarquia inferior — intitulados de “Cortes de Justiça” e voltados à ampla interpretação fático-probatória do caso concreto.

Em que pese já se tenha abordado as características e funções das Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes na visão da tese precedentalista no início deste capítulo, a seguinte passagem bem sintetiza o pensamento:

[...] é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça adotem (i) uma prática justificativa de seus julgados que seja capaz de viabilizar às partes, à sociedade civil e aos demais órgãos do Poder Judiciário tanto uma fundamentação adequada para a consecução de um processo justo como um precedente idôneo para a promoção da unidade do Direito; (ii) uma prática de confrontação analógica entre casos – na sua unidade fático-jurídica – que permita aferir o respeito ao precedente, a necessidade de distinção entre casos ou mesmo a oportunidade para superação de determinado entendimento consolidado; (iii) uma prática que conduza apenas ao exame de casos dotados de repercussão geral, incluídos aí, necessariamente, os casos em que seus precedentes foram violados ou ignorados pelas Cortes de Justiça; (iv) uma prática primariamente interpretativa e apenas secundariamente de controle, proativa e voltada para o futuro e, portanto, para orientação da comunidade jurídica e da sociedade civil, que permita um autogoverno mais acentuado para a gestão da própria agenda e para formação de seus precedentes; (v) uma prática que importe na efetiva formação de precedentes vinculantes horizontal e verticalmente erigidos para a promoção da igualdade e da segurança jurídica, com respeito à coisa julgada e ao adequado desenvolvimento do sentido normativo dos enunciados constitucionais e legislativos (MITIDIERO, 2017, p. 153).

Os objetivos almejados pela tese precedentalista (segurança jurídica, igualdade e previsibilidade) a partir da função moderna atribuída (e paulatinamente assumida) pelas Cortes Supremas são idôneos e louváveis. Há, contudo, uma importante observação, especialmente quando essa linha teórica fala em prática de confrontação analógica entre casos baseada na sua unidade fático-jurídica e associa a função primordialmente prospectiva das Cortes de Vértice à formação de precedentes.

Taruffo (2013, p. 131) identificou que a extensão do fenômeno do precedente para além de ordenamentos jurídicos não fundados tradicionalmente no instituto causou problemas em sua compreensão e aplicação, que se baseiam indissociavelmente da unidade fática entre os casos:

Observe-se em primeiro lugar que já há muito tempo se fala em precedente também em muitos ordenamentos de *civil law* e não só nos ordenamentos tradicionalmente fundados sobre o precedente, como os de *common law*. Essa extensão do fenômeno do precedente pode, no entanto, provocar não poucos mal entendidos, além de uma perda de precisão do conceito de precedente, dado que nem sempre se entende

corretamente que coisa é isso. Em especial, nem sempre se presta a devida atenção ao fato de que, em linha de princípio, o precedente se funda sobre a analogia que o segundo juiz vê entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido, porque somente com essa condição é que se pode aplicar a regra pela qual a mesma *ratio decidendi* deve ser aplicada a casos idênticos ou ao menos similares.

A visão da tese precedentalista calcada na necessidade de confrontação fático-jurídica entre os casos para formação, aplicação, distinção e superação dos precedentes está bem adequada às premissas delineadas por Taruffo. Mas não é essa a questão, pois tal premissa está correta. O problema parece residir na obsessão prospectiva.

Mais adiante, Taruffo (2013, p. 132) identifica que a aludida expansão do instituto e a sua má compreensão causou problemas na prática decisória italiana:

É o que ocorre, por exemplo, na Itália, quando o suposto precedente invocado não é uma decisão sobre um caso concreto (*fattispecie particolare*), mas uma máxima de poucas linhas retirada de uma decisão tomada sobre fatos que não se conhecem ou dos quais não se tem em conta. A <jurisprudência por máximas> tem pouco que fazer com o precedente, não somente porque as máximas podem ser – para usar uma feliz expressão de Rodolfo Sacco – mentirosas (*mentitorie*), mas sobretudo porque a máxima enuncia sinteticamente uma regra geral e abstrata, em geral sem qualquer referência ao caso concreto decidido. Esses inconvenientes se agravam, ao invés de se reduzirem, quando sobre cada questão particular se amontoam listas de máximas sem qualquer aprofundamento e sem <fatos>, como se a mera reiteração ajuntasse qualquer posterior justificação à regra que se pretende aplicar.

Note-se interessante constatação: parece ter havido uma equivocada associação da ideia de formular regras gerais e abstratas a uma má compreensão do que é precedente — que imprescinde da analogia e da comparação da unidade fático-jurídica entre os casos concretos — em ordenamentos de *civil law*, de modo a levar à construção de máximas tiradas do julgamento de um caso para supostamente servirem de “precedente” a casos futuros e análogos.

Em outras palavras, a essência do precedente (trabalhar com elementos fáticos mediante analogia, como corretamente prega a tese precedentalista) foi simplesmente ignorada por uma prática decisória mal organizada e estruturada no exemplo italiano, impulsionada pela ideia de atuar prospectivamente e tentar regerar os acontecimentos futuros por meio de enunciados gerais e abstratos (como se lei fossem) visando apreendê-los de forma antecipada.

Pois é justamente nesse aspecto que vem a ideia de formulação de regras gerais e abstratas imbuída na doutrina precedentalista brasileira:

Precedentes são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema. Como resultam de interpretações de textos dotados de autoridade jurídica ou de elementos não textuais

integrantes da ordem jurídica formuladas por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os precedentes são sempre obrigatórios, isto é, têm sempre força vinculante (MITIDIERO, 2018, p. 98).

Acima se verificam algumas das premissas exploradas anteriormente sobre a visão da doutrina precedentalista: (i) colocar nas mãos das Cortes de Vértice a tarefa de coordenar o futuro da conjuntura jurídico-social a partir da formação de precedentes (que são sempre obrigatórios) e consubstanciam razões resultantes da interpretação de textos dotados de autoridade ou de elementos não textuais da ordem jurídica; (ii) atrelar o precedente à autoridade de quem dá a última palavra acerca da interpretação do direito constitucional ou federal; (iii) as razões necessárias e suficientes que compõem o precedente são obtidas por *generalizações* realizadas a partir do julgamento de casos.

Especificamente no que toca às características do conceito defendido pela corrente precedentalista:

Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes (MITIDIERO, 2015, p. 05).

Lenio Streck (2021, p. 28) denuncia uma poluição semântica nos conceitos trazidos pela corrente precedentalista, encabeçada por Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart — dentre outros —, que na busca de definir o que é o precedente, acabam por chegar a conceitos muito parecidos com o que não é precedente, ou seja, dão margem para se afirmar e compreender que o precedente consubstanciaria um conjunto de razões generalizantes (ou generalizáveis) e abstratas.

É certo que os doutrinadores da corrente precedentalista também defendem a necessidade de observância da unidade fático-jurídica do caso decidido com a do caso a se decidir. A esse respeito não há dúvida. Não se trata, necessariamente, do que a teoria precedentalista prega, mas da prática decisória que ela alimenta com conceitos abertos e poluídos no âmbito das Cortes Supremas.

Sendo assim, e a partir de todas as considerações feitas sobre as premissas de uma teoria das Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, os pontos fulcrais que serão objeto de análise no próximo capítulo para dialogar com a tese precedentalista são: (i) a postura proativa e prospectiva das Cortes Supremas, isto é, a atuação jurisdicional de vértice com o olhar voltado ao futuro mediante a formação de precedentes não necessariamente produzirá os resultados almejados pela teoria precedentalista (segurança jurídica, previsibilidade, racionalidade,

igualdade, estabilidade, dentre outros); (ii) a assunção de forma equivocada da moderna função jurisdicional de viés prospectivo pode conduzir a uma prática decisória mal compreendida e estruturada que, por sua vez, leva à elaboração de teses gerais e abstratas pelas Cortes Supremas sem que se respeite a unidade fático-jurídica do caso decidido que serviu de base para tal formulação, ou seja, forma-se algo — um enunciado, uma coisa, uma postulação abstrata — que se convencionou chamar de precedente, mas que, na realidade, não pode sê-lo.

Antes de possibilitar o diálogo com as fragilidades e adaptações que neste trabalho são propostas com relação à tese precedentalista, cumpre analisar, nos subtópicos seguintes, (i) o porquê do fortalecimento dos padrões decisórios no Brasil, especialmente dos precedentes, além das justificativas trazidas pela doutrina para defesa de um sistema precedentalista; (ii) se ocorreu a implementação de um sistema de precedentes em nosso sistema ou apenas a fixação pela via legislativa de pronunciamentos judiciais de observância obrigatória, e os reflexos que tal forma atípica de utilização do precedente provocam na cultura e prática decisórias.

2.2 PANORAMA JURÍDICO-INSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS OBJETIVOS E JUSTIFICATIVAS DO SISTEMA PRECEDENTALISTA FUNDADO EM CORTES SUPREMAS

Constatou-se no tópico anterior que as premissas de uma teoria dos precedentes estão atreladas às funções contemporâneas vislumbradas pela doutrina às Cortes Supremas: dar unidade ao direito mediante a sua última e correta interpretação, por intermédio da formação de precedentes que são sempre obrigatórios.

Quais seriam os benefícios de um sistema de precedentes ao ordenamento jurídico, de maneira geral? Antes de se investigar a indagação — brevemente mencionada ao final do subtópico anterior —, é preciso entender o porquê do fortalecimento dos padrões decisórios no Brasil.

Inicialmente, constata-se que o momento é propício à releitura do regime jurídico-político brasileiro, em que se denota a irreversível eficácia expansiva da jurisprudência e utilização de precedentes (MANCUSO, 2016, p. 617).

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 32-35) aponta que, no Brasil, existem três razões gerais que justificam o movimento expansivo dos precedentes: (i) a primeira é de ordem teórica, conformada pela doutrina constitucionalista, que enxerga a aplicação da norma jurídica ao caso concreto como o instante mais importante da fenomenologia jurídica, abandonando-se a crença de que o texto legislativo determinaria a norma a ser aplicada a partir de prescrições jurídicas

predeterminadas, isto é, o texto é o início do processo hermenêutico e a ele não se resume; (ii) a segunda é político-institucional, contextualizada na superação do Estado Legislativo (centrado no Parlamento como fonte da produção normativa) pelo Estado constitucional (ocupado de satisfazer valores e demandas de um Estado Social), o que fez o Poder Judiciário ganhar destaque e colocar em crise a identidade do Poder Legislativo, gerando, inclusive, notória ampliação dos poderes do juízes de primeira instância a partir da possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, processo que subverteu a ordem da estrutura judiciária piramidal e hierarquizada, agravado pela estagnação das Cortes Superiores em decorrência do excesso de recursos após o período de redemocratização do Brasil; (iii) a terceira é de ordem prática, ocasionada pela ampla publicização das decisões dos tribunais brasileiros, o que facilitou o acesso ao conteúdo dos produtos da função jurisdicional.

Interessante observar como essas razões que justificam o movimento de expansão dos precedentes no Brasil estão relacionadas ao panorama histórico traçado no primeiro capítulo deste trabalho, a indicar sua intrínseca correlação com a proeminência do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Gilberto Andreassa Junior (2021, p. 64-65) ensina que, do exame da exposição dos motivos do CPC/2015, é possível constatar uma busca do legislador por um processo mais célere e efetivo e, com isso, almejou vincular os atores do processo aos precedentes judiciais, cabendo observar, porém, que já existiam mecanismos de vinculação no sistema processual anterior, de modo que o aumento da importância do precedente não representa um desvirtuamento da tradição jurídica brasileira, e sim o seu aperfeiçoamento.

À luz do dever de observância aos padrões decisórios estabelecidos no artigo 927 do Código de Processo Civil, que fez surgir uma espécie de sistema normativo de precedentes vinculantes, não há como ignorar a discussão acerca da vinculatividade aos precedentes no direito brasileiro (VIANA, 2016, p. 123).

Nesse cenário, torna-se inegável a crescente força na sistematização e utilização de precedentes, indubitavelmente evidenciada pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015. Não quer dizer que antes do CPC vigente inexistia discussão sobre o tema. Por certo os debates se intensificaram no Brasil a partir de meados da década de 2010, mas vêm de tempos anteriores:

Esmiuçando as questões, é importante destacar, primeiramente, que a análise dos precedentes judiciais pela doutrina brasileira não constitui questão inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015. Pelo contrário, ainda que a positivação do diploma e os debates a ele relacionados tenham estimulado a análise da matéria, há estudos pretéritos que já identificavam enfaticamente a sua relevância. Isso, especialmente,

devido ao seu inequívoco traço teleológico – algo cuja verificação em sede comparada é tradicional (OSNA, 2020, p. 05).

Feitas essas considerações a respeito do estágio em que se encontra a discussão na doutrina, Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 103-114) traz um conjunto de justificativas para a adoção de um sistema de precedentes. Ele examina as questões do valor e do comportamento, da unidade e do desenvolvimento do direito, da clareza e da generalidade, da promoção da igualdade, do fortalecimento institucional, da limitação do poder estatal, da previsibilidade, da racionalidade econômica, do respeito ao direito e da responsabilidade pessoal.

Ensina Marinoni (2016b, p. 104-111) que (i) respeitar precedentes é uma forma de preservação dos valores indispensáveis ao Estado de Direito e de possibilitar a aplicação igualitária do direito e a predeterminação de condutas em sociedade; (ii) o sistema de precedentes possibilita o desenvolvimento do direito de forma positiva e sofisticada, conferindo unidade ao direito, que, por sua vez, origina a previsibilidade e a igualdade; (iii) a unidade do direito fomentada pelo sistema precedentalista contribui para a clareza, que serve para orientar a vida em sociedade e dar previsibilidade ao direito, tendo em vista que os precedentes eliminam a indeterminabilidade ou a equivocidade dos textos legais, da mesma forma como favorecem a generalidade do direito — um só direito regula a vida social e se aplica a todos indivíduos indistintamente; (iv) a afirmação de que todos devem ser iguais perante a lei coaduna-se com a necessidade de que as decisões das Cortes Supremas sejam encaradas como precedentes obrigatórios; (v) deve haver consciência dos papéis atribuídos a cada órgão jurisdicional e da estrutura do Poder Judiciário, de modo que, a partir do respeito mútuo das correspondentes funções preestabelecidas, e das ideias de precedentes obrigatórios e de unidade do direito, haja um fortalecimento institucional do Poder Judiciário; a limitação do poder do Estado pelas leis depende de um sistema de precedentes obrigatórios, no sentido de que Cortes Supremas exerçam a função de definir o sentido das leis e a sua validade; (vi) a previsibilidade deve ser cultivada para proteger a confiança dos indivíduos nos direitos e um sistema que a respeite não pode tolerar que um mesmo assunto já definido por uma Corte Suprema seja tratado de forma distinta pelos demais juízes.

Segue argumentando mencionado teórico (MARINONI, 2016b, p. 111-116) que: (vii) a racionalidade econômica, intimamente relacionada à previsibilidade, insere-se na exigência de que as decisões judiciais não violem a confiança legítima depositada pelos investidores e empresários no Estado e nos seus posicionamentos, na ocasião em que é feito determinado planejamento ou adotada uma certa estratégia; (viii) para que se desenvolva uma consciência social baseada no sentimento de responsabilidade pessoal e no respeito ao direito, é preciso que

este seja identificável e coerente, isto é, que a atuação estatal, notadamente as decisões judiciais, não deem margem a dúvidas; (ix) para haver uma vida pautada no direito, e para que este tenha força (autoridade) para regular a vida em sociedade, é necessário haver unidade, ao passo que esta depende de que as Cortes Supremas atuem como Cortes de Precedentes.

A justificativa teórica de um sistema de precedentes centrado em Cortes de Vértice não está pautada apenas por objetivos consequencialistas. William Pugliese (2016, p. 55-69) divide essas justificativas nas ordens formalista e consequencialista, sendo que aquela precede a última.

Sobre o aspecto formalista, esclarece Pugliese (2016, p. 55-56) que, apesar de inexistir no sistema norte-americano imposição legal ao Poder Judiciário no que toca à obrigatoriedade de seguir precedentes, o silêncio legislativo, para alguns, mostra-se suficiente para inferir a aprovação da teoria dos precedentes. E diante dessa ausência de imposição legal, há a necessidade de buscar elementos que permitam justificar o dever de respeito aos precedentes na Constituição (imposição constitucional).

Em seguida, referido autor (2016, p. 57-58) compara o panorama norte-americano ao brasileiro para afirmar que o adjetivo “suprema” utilizado para designar a Suprema Corte dos Estados Unidos apresenta compatibilidade com a posição ocupada pelos tribunais superiores no Brasil, considerando que a CF/1988 usa o termo “supremo” para se referir ao tribunal mais importante e responsável pela guarda da Constituição, e “superior” para designar o órgão ao qual compete uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território. Além disso, ele critica a resistência à adoção de um sistema de precedentes fundado em Cortes Supremas:

A denominação e a função desses tribunais é muito semelhante à Suprema Corte norte-americana. Não há qualquer razão para se negar a existência de uma hierarquia entre os órgãos do Judiciário brasileiro. Sustentar o contrário é, em última instância, admitir que não existe organização no processo de decisão judicial e que todo juiz tem poder para criar o direito como bem entender. Insistir nessa tese é pregar a existência de um Estado que não confere segurança ao jurisdicionado. Se o magistrado não deve respeito à lei, pois pode declará-la inconstitucional, nem às decisões de seus superiores hierárquicos, o que se tem não é um Estado de Direito. Esse Estado também não é democrático, uma vez que a legitimidade e a eficácia da lei podem ser afastadas em todos os casos. [...] Sendo assim, a lição norte-americana acerca da hierarquia entre os tribunais e o dever de respeito aos precedentes dos tribunais superiores merece ser considerada pelos juristas e magistrados brasileiros. Trata-se de instrumento capaz de garantir a coerência e consistência do direito, ao mesmo tempo em que dará maior legitimidade às decisões de qualquer juiz (PUGLIESE, 2016, p. 59).

Os precedentes judiciais e a observância aos seus pressupostos são vistos como forma de legitimar a atuação jurisdicional e garantir a coerência ao direito, estando as raízes dessa proposta na própria CF/1988, que, segundo aludido autor, atribuiu aos tribunais superiores

brasileiros funções e denominações semelhantes às da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O poder outorgado ao STJ para definir o sentido do texto legislativo e ao STF para definir o sentido da Constituição tem ancoragem na própria Constituição, que lhes confere o dever assegurar unidade ao direito e lhe atribuir sentido (MARINONI, 2016b, p. 99). Há, por conseguinte, também no Brasil, uma justificação constitucional de seguir precedentes, extraída formalmente da estrutura organizacional eleita pelo constituinte, segundo o autor.

Passando às justificativas de ordem consequencialista para adoção de um modelo de precedentes, William Pugliese (2016, p. 59-62) as entende com menor relevância em comparação às razões formais ou hierárquicas, mas ressalta que são benéficas e corroboram o argumento teórico, quais sejam: (i) a economia processual é evidente, tanto para as partes, quanto ao Poder Judiciário, pois, respectivamente, criam-se melhores condições para análise da viabilidade e despesas de recursos contra decisões lastreadas em precedentes, e se reduz a carga de trabalho, via de consequência; (ii) casos repetidos podem ser solucionados com maior rapidez, surgindo daí uma valorização do princípio da duração razoável do processo; (iii) o respeito aos precedentes é o fundamento que dá à população a imagem de que o direito é um só e se aplica igualmente a todos os indivíduos, conferindo maior legitimidade ao Poder Judiciário; (iv) com a economia de tempo pela agilização dos julgamentos com base nas soluções jurídicas extraídas de precedentes, deve-se utilizá-lo na melhor instrução dos processos, pois é a matéria fático-probatória que permitirá delimitar um caso concreto com clareza.

Segue aludido autor (PUGLIESE, 2016, p. 64-70) argumentando que (v) a uniformidade de interpretação e aplicação do Direito promovidas pelos precedentes desdobram-se em (v.1) previsibilidade, que se presta a nortear as condutas em sociedade, protegendo a confiança dos indivíduos e reduzindo os custos do Judiciário; (v.2) com isso, a Administração Pública brasileira, que é a maior litigante, pode implementar suas políticas públicas com maior eficiência e segurança; (v.3) a igualdade de tratamento jurídico consubstancia-se na afirmação de que as regras devem ser mantidas estáveis e coerentes ao longo do tempo (plano temporal), e a lei deve ser aplicada de modo uniforme em todos os estados (plano espacial); (vi) os precedentes favorecem à celebração de acordos justos, efetivos e juridicamente adequados às soluções proferidas em casos judiciais anteriores, em moldes semelhantes ao que ocorre no *pre-trial* norte-americano, desestimulando a litigância e economizando tempo e dinheiro das partes e do Poder Judiciário; (vii) a economia gerada pela utilização dos precedentes no julgamento de casos repetidos gera maior responsabilidade ao magistrado ao se deparar com casos novos, uma vez que, para tal atividade, disporá de mais tempo, circunstâncias que favorecem a prolação de decisões mais bem fundamentadas, aprofundadas e imparciais.

Especificamente quanto à igualdade, merece ser compreendida como garantia de tratamento igualitário entre as partes, devendo ser vista tanto do aspecto formal quanto do material, fundamentada no escopo social e político do Direito, vinculada estreitamente a outras garantias constitucionais, a exemplo do devido processo legal, contraditório e imparcialidade (ROCHA, 2007, p. 43).

A imposição constitucional de um sistema de precedentes — leia-se: de respeito aos precedentes das Cortes Supremas — adviria, na tese precedentalista, portanto, de opção do constituinte, que decidiu estruturar o Poder Judiciário em “Cortes Supremas” e “cortes inferiores”. Todos esses são argumentos justificadores do modelo precedentalista lastreado em Cortes de Vértice: (i) defende-se a estrutura hierárquica como premissa da relação de subordinação entre os órgãos jurisdicionais; (ii) negá-la significaria admitir que todo juiz tem poder para criar o direito como bem entender; (iii) dessa forma se visa garantir a coerência e consistência do direito.

Ainda com relação às justificativas de ordem consequencialista, sintetizam-se as ideias até então expostas a seguir: (i) consolidação de valores e princípios constitucionais a exemplo da igualdade, integridade, segurança jurídica, previsibilidade, racionalidade, dentre outros; (ii) economia processual, duração razoável do processo, maior legitimidade do Poder Judiciário, uniformidade de interpretação e aplicação do Direito, igualdade de tratamento jurídico e desestímulo à litigância de favorecimento de acordos (PUGLIESE, 2016, p. 59-67); (iii) manutenção e desenvolvimento do Estado de Direito a partir da estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências advindas das condutas eleitas (MARINONI, 2019, p. 92).

Da leitura dessas justificativas enunciadas para a adoção de um modelo precedentalista, notadamente as de ordem consequencialista, cria-se a impressão de ser possível extrair delas a panaceia aos problemas do Poder Judiciário brasileiro.

Entretanto, como se buscará explorar no próximo capítulo, em resgate às colocações trazidas ao final do primeiro subtópico, os objetivos almejados pela teoria precedentalista não parecem ser sempre alcançáveis pela aposta inquestionável na função prospectiva das Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, ainda mais quando o que a comunidade jurídica, de maneira geral, compreendeu — equivocadamente — como precedente não é o que corresponde efetivamente ao instituto em sua origem e tradição.

Daí a necessidade de se trabalhar no próximo subtópico, antes de mais nada, sobre como o precedente veio a ser sistematizado em nosso ordenamento jurídico de forma atípica em relação ao que se compreende acerca do instituto em países atrelados à tradição de *common*

law.

2.3 MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES OU DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA?

Dentro da visão estabelecida neste trabalho, entende-se que o artigo 927 do atual CPC elenca um rol de pronunciamentos judiciais que acabaram (mal) interpretados, como se precedentes fossem nos contornos originários da terminologia. Ao lado dessa previsão legal, está a busca por uniformização a partir do artigo 926, que estabelece o dever dos tribunais de manter sua jurisprudência — o conjunto de decisões tomadas constantemente em determinado sentido — íntegra, estável e coerente.

Para fundamentar o raciocínio, eis a concepção que parece mais adequada para compreender o precedente: “[...] é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu e que se toma como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica” (STRECK, 2021, p. 149). Sendo assim, tomando esse conceito por base, dispensável que, para se ter precedente, tenha de haver necessariamente previsão em lei da correspondente manifestação jurisdicional que o contenha.

O aludido rol de pronunciamentos anteriormente mencionado, cuja observância mostra-se obrigatória aos juízes e tribunais, enuncia, a bem ver, institutos que não correspondem e nem se equivalem necessariamente ao precedente judicial, a exemplo de enunciados de súmula vinculante, de enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.

Sobre o tema, esclarece Peter Panutto (2017, p. 132-133) que:

A ementa elaborada pelos tribunais é um resumo de um acórdão, cuja finalidade é facilitar a busca de julgados sobre temas específicos. A ementa não possui cientificidade, pois não é de responsabilidade direta do relator do acórdão, ficando, muitas vezes, a cargo da serventia e, não raramente, não representa fielmente o teor do julgamento. [...] O precedente também não pode ser confundido com jurisprudência, a qual representa um conjunto de acórdãos proferido pelos tribunais, pacificando seu entendimento sobre determinado tema. [...] Também não se deve confundir precedente judicial com súmula, a qual é apenas o enunciado do Tribunal acerca de sua jurisprudência consolidada. A forma de aplicação da súmula no Brasil, seja ela vinculante ou persuasiva, não garante a segurança jurídica almejada pelo sistema de precedentes, pois apenas invoca-se o texto sumular sem se demonstrar a correlação da razão de decidir dos julgados que geraram a súmula com a razão de decidir do caso em que se deseja aplicá-la, limitando-se, portanto, a uma mera aplicação silogística.

Hermes Zanetti Jr. (2017, p. 328-335) — cujos textos parecem caminhar ao lado da tese precedentalista — complementa tais distinções e pontua que o precedente judicial consistiria: “no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”. Acrescenta o autor que o precedente não é uma tendência de um tribunal em decidir em determinado sentido — reitere-se que a repetição do entendimento em uma dada direção corresponde ao conceito de jurisprudência —, mas a própria decisão tocante à matéria, o que não significa dizer, por sua vez, que toda decisão gera precedente, porque nem toda decisão possui aptidão para produzir efeitos jurídico-normativos para casos futuros. Ainda segundo o autor, o precedente não é meramente persuasivo ou exemplificativo — essa é a característica principal da jurisprudência —, devendo ser seguido tanto pelo próprio tribunal de onde se origina, quanto pelos juízes situados em hierarquia inferior.

Considerando a importância dessas distinções, razoável afirmar que o CPC, além de propagar miscelânea conceitual, jogando distintos institutos de direito processual (precedente, jurisprudência, súmula, decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade) dentro do mesmo balaio, não esclarece o que seria o precedente.

Semelhante confusão não é rara de ser encontrada em passagens da doutrina: “O artigo 927 do CPC trouxe o rol de precedentes que são dotados de eficácia normativa, ou seja, de observação obrigatória [...]” (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 35).

Cabe, novamente, destacar que os pronunciamentos jurisdicionais são apenas uma roupagem formal, e não necessariamente trazem razões fático-jurídicas que servirão de padrão normativo para casos futuros e análogos. O rol do artigo 927 do CPC não trouxe, portanto, uma listagem dos precedentes que são dotados de eficácia normativa, até porque, na perspectiva aqui adotada, todo precedente pode vir a exercer algum tipo de vinculação.

Em continuidade, segundo Daniel Mitidiero (2018, p. 102-103), referido artigo 927 diz mais e menos do que deveria, ao mesmo tempo, (i) primeiro, porque no inciso I confunde eficácia *erga omnes* com efeito vinculante do precedente, ou seja, o plano de aplicação (no controle concentrado de constitucionalidade, o que vincula é o dispositivo) com o plano de interpretação (no precedente, as razões determinantes extraídas da fundamentação é que vinculam); (ii) segundo, porque deixa de trazer hipóteses em que pode ocorrer a formação de precedentes, e estabelece hipóteses de pronunciamentos judiciais que não necessariamente consubstanciam um precedente; (iii) terceiro, porque coloca a súmula e o precedente lado a lado, como se estivessem no mesmo plano de compreensão e aplicabilidade, sendo que a primeira é apenas um extrato/resumo de aspectos extraídos de um precedente, e não um

precedente propriamente dito.

Daí se afirmar que o rol do artigo 927 do CPC é meramente exemplificativo e incompleto, de modo que existe a possibilidade de formação de precedentes oriundos de pronunciamentos judiciais que nele não estão descritos. E nele há pronunciamentos que são de observância obrigatória aos juízes e tribunais, mas não consubstanciam precedente. Complementa Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 329) ao afirmar que:

Ao buscar erigir um sistema normativo sobre precedentes o atual Código de Processo Civil pouco trata sobre seu meio circundante, sua estrutura e as transformações que sofre ao longo do tempo. Daí por que há uma incompletude no trato do assunto, cabendo ao intérprete supri-la.

A tese precedentalista — neste ponto parece haver convergência doutrinária — também se põe a criticar esses aspectos:

A norma diz que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, súmulas, decisões tomadas em vias de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, mas, surpreendentemente, nada diz sobre precedente, *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes da decisão (MARINONI, 2019, p. 281).

Mesmo diante dessas incongruências e lacunas, é proeminente o entendimento doutrinário de que houve pelo atual diploma processual — notadamente por força dos artigos 926 a 928 — a instituição de um sistema normativo de precedentes. Além disso, há aqueles que proponham (a tese precedentalista) ter havido aproximação com o *common law* e a doutrina do *stare decisis*.

Hélio Ricardo Diniz Krebs (2015, p. 179) aponta que no Brasil existe seguramente em um sistema de precedentes à brasileira, diferente, portanto, daquele tradicionalmente observado em países de tradição de *common law*, haja vista sua implementação pela via legislativa, cujo objetivo foi tentar impor uma cultura de respeito obrigatório aos precedentes e à jurisprudência sedimentada.

Flávio Quinaud Pedron, Lucas Borges Santos e José Emílio Medauar Ommati (2021, p. 343-344) defendem que antes do CPC de 2015 havia no Brasil apenas um sistema de padrões decisórios, mas não de precedentes, e apontam que, no atual sistema processual, é possível identificar uma normatividade concernente aos precedentes, apesar da falta de maior especificidade por parte do legislador.

Cristiane Druve Tavares Fagundes (2021, p. 93) também entende possível falar em sistema brasileiro de precedentes, com as devidas ressalvas de que, conquanto se faça referência

ao instituto e às figuras típicas do *common law*, os precedentes aqui são figura distinta e tal inspiração no Brasil não implica deslocar o eixo de nosso sistema da *civil law*.

Em termos mais moderados a respeito da existência ou não de um sistema de precedentes no Brasil:

[...] a partir da entrada em vigor do CPC/2015 [...], é evidente o caminhar do direito brasileiro para a construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. Uma série de desafios ainda precisam ser ultrapassados para que os operadores do direito possam utilizar os precedentes com racionalidade, permitindo que eles possam efetivamente gerar segurança jurídica e igualdade na aplicação dos direitos (PEIXOTO, 2015, p. 06).

Feitas essas considerações, a perspectiva adotada neste trabalho é a de que existe um esboço sistemático de pronunciamentos judiciais (expressos ou não) de observância obrigatória no Código de Processo Civil, *podendo* eles gerar o precedente judicial — vide distinção entre os institutos enunciados nos incisos do artigo 927. Há pela frente, assim, um longo caminho a fim de que se consiga operacionalizar precedentes com racionalidade e efetividade.

Nesse sentido: “1) O que temos no CPC não é uma “commonlização”; nem de longe se pode afirmar isso; 2) Os provimentos elencados no artigo 927 não são todos precedentes (e, lógico, precedentes não no sentido genuíno do *common law*)” (STRECK, 2021, p. 29).

O objetivo não é perscrutar se hoje se vive no ordenamento jurídico brasileiro em uma tradição de *civil law* ou de *common law*, pois o hibridismo e a interconexão entre as tradições e seus correspondentes institutos é inegável e representa tema relativamente estabelecido na doutrina. Todavia, na perspectiva adotada neste trabalho, a troca de experiências e institutos não equivale exatamente a uma aproximação.

Em outras palavras, a proposta é elucidar o porquê não se pode falar simplesmente em aproximação com o *common law*, nem na adoção irrefletida da teoria do *stare decisis*. Em sentido oposto ao entendimento ora adotado, homenageando o diálogo, citam-se as lições de Jaime Domingues Brito e Flávio Luis de Oliveira (2008, p. 32):

[...] realmente tem havido aproximação entre os dois sistemas e que essa aproximação, como elemento que caracteriza verdadeira mudança de paradigmas, no caso brasileiro, poderá ensejar o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o cumprimento dos princípios constitucionais de segurança jurídica, da isonomia e do acesso à justiça

Nessa linha de raciocínio, à lacuna deixada pela legislação processual, acrescenta-se outro aspecto que representa obstáculo à efetiva compreensão e utilização do precedente: a cultura jurídica brasileira e o que se compreende acerca do instituto.

Sobre o tema, anotam-se as lições de Ruy Alves Henriques Filho (2021, p. 338):

Ponto de divergência entre a adoção dos precedentes na *civil law* em relação à *common law* diz respeito à importância que nesta tradição é dada à fundamentação da decisão. [...] Na *civil law* a fundamentação é, de fato, parte essencial das decisões, no entanto, não faz coisa julgada material. Ao revés, na *common law*, a importância que se dá à fundamentação é justamente pela legitimidade que confere ao julgado, assim como também a fundamentação faz coisa julgada, razão pela qual aí reside a força vinculativa dos precedentes: nas razões esposadas, que efetivamente servem de orientação aos jurisdicionados. A fundamentação é a razão de ser dos precedentes, é o que lhes dá substância, ao passo que, na *civil law*, além do contexto histórico jamais ter propiciado a valorização dos precedentes, a relativa importância aí dada à fundamentação dos julgados ora não enseja solo totalmente fértil para sua propagação, necessitando de adaptações para que a teoria dos precedentes possa encaixar-se de modo satisfatório à tradição de *civil law*. Basta dizer que a parte que produz coisa julgada é o dispositivo da sentença.

Busca-se demonstrar, especificamente no tocante aos precedentes judiciais, que há em seus contornos aspectos culturais de extrema relevância para que se consiga alcançar a compreensão e aplicação no Brasil. As lições anteriormente citadas evidenciam os distintos graus de relevância da fundamentação — justamente o âmago do precedente — entre a *civil law* (origem de nosso sistema) e o *common law* (de onde originariamente vem o precedente judicial), e o porquê a tendência é que se exijam adaptações na doutrina brasileira para que os objetivos almejados pela corrente precedentalista sejam atingidos (segurança jurídica, previsibilidade, integridade, dentre outros).

Os objetivos da tese precedentalista, baseada no modelo de Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, porquanto atrelados a um modelo legislativo de observância obrigatória a pronunciamentos judiciais (chamados de precedentes, mas que nem sempre o são), sem o enraizamento do culto à fundamentação da decisão judicial (isso ainda não se verificou na prática forense) e a sedimentação cultural do instituto, parecem estar longe de serem alcançados:

[...] o Brasil pretendeu se alinhar a uma matriz híbrida. Vale dizer, o direito brasileiro é considerado uma fusão entre o direito romano-germânico (*civil law*) e o direito anglo-saxão (*common law*), tendo em vista que a constituição brasileira possibilita a formalização do *judge-made law* (jurisprudência), permitindo também a construção do direito com base nas leis (*code-based legal systems*). Mas não é fácil essa transposição, pois não se muda uma cultura pela simples mudança da lei, ainda que a técnica dos julgamentos repetitivos, por exemplo, tenha ingressado no ordenamento jurídico brasileiro antes do advento do CPC/2015 e que possa auxiliar, como de fato já tem auxiliado a agilidade nos julgamentos de massa; e que a técnica da força vinculante dos precedentes (iniciada com a Emenda Constitucional 45/2004), igualmente, possa também auxiliar, como de fato tem auxiliado na orientação para futuros julgados, mesmo em casos individuais (SOARES; COUTO; COSTA; 2018, p. 567-568).

Como bem destacado na passagem em referência, não se muda uma cultura pela simples mudança da lei. Pelas mesmas razões, não se vislumbram perspectivas positivas, em termos qualitativos, de compreensão e racionalização do precedente judicial dentro de uma sistemática de pronunciamentos de observância obrigatória implementada pela via legislativa e sem que antes o ensino jurídico e a prática forense estejam familiarizados com o tema.

Segundo Thomas da Rosa de Bustamante (2012), conforme citado por Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 100), regra nenhuma positivada possui aptidão, por si só, de garantir integralmente o papel que os precedentes desempenham em um ordenamento jurídico na contemporaneidade. Está aí o ponto fulcral da questão.

De acordo com Lon L. Fuller (1968, p. 99), nos termos da citação referenciada por Ulisses Schwarz Viana (2021, p. 152), o precedente no *common law* não advém de imposição legislativa. Mais detalhadamente sobre o assunto, transcrevem-se as seguintes considerações:

[...] percebe-se que a natureza da autoridade do *precedent* no *common law* deve ser vista dentro da perspectiva teórica desenvolvida a partir deste modelo sistêmico de direito, sendo conveniente concluir que o *stare decisis* e força obrigatória dos precedentes não decorre da *statutory law*, ou seja, não se cuida de uma vinculação ou efeito vinculante estabelecido em lei, no sentido de um ato legislativo, de uma regra positivada no ordenamento jurídico constituído por textos legislados. Viu-se explicitamente, das definições acima colacionadas, que o *stare decisis* e a *binding authority* do precedente são uma doutrina complexa e tradicional, amplamente reconhecida e radicada de modo profundo nos Países do *common law*. Não se cuida de uma disposição contida nem no texto de suas Constituições nem em sua legislação (*statutory law*). [...] verifica-se que o precedente do *common law* se funda em uma força persuasiva, decorrente da racionalidade interna de seus fundamentos, enfim, da força e consistência de sua argumentação jurídica, bem como do cuidado do juiz que se insere como um operador de um sistema no qual ao mesmo tempo em que ele o opera ele o constrói dentro de um modelo que demanda consistência e coerência, em uma perspectiva de uma justiça antes de tudo funcional (VIANA, 2021, p. 157).

A constatação de que a doutrina do *stare decisis* é complexa, própria e arraigada ao *common law* e de que a observância ao precedente advém da autoridade e racionalidade interna dos fundamentos da decisão judicial — a essência do precedente — é importante para que não se tome a sua importação acrítica no Brasil com base na aposta inquestionável no precedentalismo imposto pela via legislativa, e também para que não se proponha simplesmente uma aproximação teórica atípica.

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 132) esclarece que os reais motivos para o fortalecimento dos precedentes no Brasil foram a constitucionalização e a judicialização do Direito, não se mostrando correto propor simplesmente uma aproximação do sistema brasileiro à tradição do *common law* ou importar acriticamente a teoria do *stare decisis*, já que para o instituto (precedente) ser adequadamente compreendido em nosso ordenamento exige-se a

construção de um *referencial inédito*, e não a mera reprodução de fenômenos e teorias de outros sistemas.

Taruffo (2016, p. 244), ao elucidar os contornos do precedente no *common law*, esclarece que:

El precedente no tene una eficacia formalmente vinculante ni siquiera en Inglaterra, y mucho menos en los Estados Unidos. Con mayor razón – e independientemente de la eventualidad de que se considere a la jurisprudencia como fuente de derecho – debe excluirse que el precedente tenga eficacia vinculante en los sistemas de civil law. Cualquier intento de atribuir tal eficacia al precedente está entonces destituido de fundamento: se podrá hablar solo de fuerza del precedente entendiendo que ella puede ser mayor o menor según los casos².

A passagem referenciada, originariamente redigida no texto acima indicado de autoria de Taruffo, é analisada minuciosamente por Lenio Luiz Streck (2021, p. 24), que bem sintetiza a conclusão passível se extrair do pensamento do jurista italiano:

[...] o próprio Taruffo reconhece o caráter argumentativo da aplicação de precedentes e a impossibilidade de fechamento como se permitiria mediante algumas respeitáveis leituras por aqui. E, para não esquecer: o CPC fala que juízes e tribunais “observarão”. Não há a palavra vinculação.

Em suma, a eficácia formalmente vinculante ao precedente não existe nem mesmo em países que constituem relevante expressão do *common law*, de modo que qualquer tentativa nesse sentido no Brasil parece não representar o caminho lógico, adequado e técnico de trabalhar com o instituto.

É preciso analisar concreta e profundamente todas as nuances dos casos colocados no plano comparativo e, sob o caráter argumentativo da aplicação, concluir se há ou não vinculação à unidade fático-jurídica do caso anterior invocado na condição de precedente. Frisa-se: vincular pela roupagem formal não é característica do precedente judicial, ao menos não na sua origem.

Portanto, pelo viés aqui adotado, crê-se que um modelo funcional e efetivo de precedentes judiciais não pode simplesmente ser chancelado pela via legislativa — em termos quantitativos, não há dúvida de que existe uma sistemática de padronização decisória no CPC, e que isso auxilia na racionalização da carga de trabalho judiciária — à luz da mera transposição

² O precedente não tem um efeito formalmente vinculante mesmo na Inglaterra, muito menos nos Estados Unidos. Mais ainda – e independientemente da eventualidade de a jurisprudência ser considerada fonte de direito – deve ser excluído que o precedente tenha efeito vinculativo nos sistemas de *civil law*. Qualquer tentativa de atribuir tal eficácia ao precedente é, portanto, infundada: podemos apenas falar da força do precedente, entendendo que pode ser maior ou menor dependendo do caso (tradução nossa).

da teoria do *stare decisis* para o ordenamento brasileiro.

Em termos qualitativos, objeto da preocupação deste trabalho, as premissas da corrente precedentalista e a forma com que o instituto foi sistematizado acabam por não dar o devido enfoque à fundamentação da decisão judicial, que é justamente o alicerce do precedente, em que pese a previsão do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC.

Destaque-se, uma vez mais, como bem coloca Ulisses Schwarz Viana (2021, p. 160-164), que o sistema de precedentes brasileiros — se é que assim pode ser chamado, porque aqui se entende mais adequado falar em uma sistemática de padrões decisórios ou de pronunciamentos judiciais de observância obrigatória — não vem como resultado de doutrina sedimentada na prática dos juízes, da forma como acontece no *common law*, com o *stare decisis*, e sim de uma força vinculativa *ex lege* trazida pelo CPC.

Não se está a afirmar que a valorização de padrões decisórios e a definição de fundamentos consequencialistas pelo CPC e pela tese precedentalista estão incorretos ou não possuem justificativa idônea e plausível; pelo contrário, é deveras imprescindível encontrar mecanismos para controlar a dispersão de entendimentos conflitantes no Poder Judiciário e a racionalização da carga de trabalho forense:

[...] não questiono, obviamente, a necessidade de ser dar maior racionalidade ao sistema de justiça brasileiro. Batalho por isso há anos. É claro que algo vai mal quando se admitem, por exemplo, muito mais recursos extraordinários do que se consegue julgar em um ano [...]. Também é inquestionável que Brasília tem se tornado uma verdadeira “terceira instância” de análise de casos que não têm, sei bem, maior transcendência social ou jurídica (conflitos individuais, patrimoniais, disponíveis, etc.). Estamos de acordo com relação ao diagnóstico (STRECK, 2021, p. 16).

Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves de Almeida (2016) reforçam a necessidade de valorização da segurança jurídica e das garantias dela decorrentes, bem como da equidade e coerência da ordem jurídica, a partir da observância aos precedentes judiciais:

Nas relações processuais, o direito fundamental à segurança jurídica compreende o direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais, para que se obtenha não apenas a segurança no processo, mas também a segurança pelo processo, o que confere respeito e legitimidade às decisões e aos precedentes judiciais. Aliás, o processo manuseado com segurança em sua estrutura lógica e formal seria inútil sem que houvesse segurança pelo processo, ou seja, a segurança no resultado da prestação jurisdicional pretendida. Por isso, com reverência à segurança jurídica, à equidade e à necessidade de coerência da ordem jurídica, o provimento jurisdicional deve harmonizar-se aos precedentes judiciais.

No mesmo sentido, não se está a rejeitar que haja uma sistemática própria de padrões decisórios de observância obrigatória — que *eventualmente* até podem ser chamados de

precedentes, desde que contenham uma decisão jurisprudencial concreta vinculada à unidade fático-jurídica do caso que a originou e sirva de padrão normativo para solucionar casos futuros e análogos. Rejeita-se, porém, como referido anteriormente, falar em adoção do *stare decisis* e da mera vinculação ao precedente por força da lei.

Nossa vinculação processual (*ex lege*) é diametralmente oposta àquela própria do *common law* (persuasiva), circunstância que põe em xeque a suposta aproximação com a doutrina do *stare decisis*, conforme ensina Ulisses Schwarz Viana (2021, p. 169-170):

[...] os precedentes introduzidos e regulado (*sic.*) em normas de nosso direito processual não implicou (*sic.*) adoção no Brasil do sistema de precedentes e da doutrina do *stare decisis*, tal como eles são compreendidos, fundamentados e estruturados na grande tradição do *common law*. Em outros termos, devemos adotar a devida cautela ao afirmar que as estruturas dogmáticas do direito processual constitucional e do processo civil brasileiros tenham incorporado propriamente categorias dogmáticas da tradição do *common law*, como a do precedente na doutrina do *stare decisis*. [...] Em nosso estudo, chegamos à proposta no sentido de que, na verdade, ocorreu a criação de uma sistemática própria e característica de precedentes que denominamos de precedentes à brasileira, modelo em que a autoridade do precedente não é tradicionalmente persuasiva, mas sim resultado de regras legais processuais que conferem, de modo direto e expresso, mecanismos de força vinculativa, cuidando-se, portanto, de precedentes vinculativos (*ex lege*) que em nada transcendem o primado do direito legislado na tradição do *civil law*.

De fato, não parece razoável afirmar que foram transplantadas estruturas dogmáticas típicas do *common law* para o Brasil; o que mais pesa em tal tradição é justamente o caldo cultural sedimentado ao longo de séculos de experiência jurídica na prática dos juízes e tribunais. Buscou-se, na ordenação processual e pela via legislativa, valorizar as manifestações jurisdicionais, notadamente os precedentes (de forma inespecífica e com regramento um tanto confuso), visando fins idôneos e desejáveis à sociedade, porém, sem a aptidão, a familiaridade e a experiência que tal desafio está a exigir, resultando em uma sistemática própria na qual a vinculação se dá por mecanismos legal e previamente estabelecidos.

Nesse aspecto, é preciso investigar os contornos do *stare decisis* para demonstrar como essa profunda estrutura teórica e cultural não pode ter sido simples e repentinamente apropriada pelo nosso direito.

Primeiro, é importante trazer a distinção entre *common law* e *stare decisis*, bem pontuada pelos precedentistas:

[...] não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento do *Englishmen*, existiu por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*. [...] Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos

próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*. [...] Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis* (MARINONI, 2019, p. 27-28).

Essa distinção é abordada por Marinoni (2019, p. 28) para afastar a confusão vulgarmente feita entre *common law* e *stare decisis*, bem como, de acordo com o autor, sustentar sua visão de que o sistema de precedentes pode fazer parte do sistema brasileiro.

Esclarecida essa questão, recorre-se a Edward Dominic Re (1994, p. 282), que ao tratar do *stare decisis* — doutrina responsável por impulsionar a estabilidade, coerência e consistência do direito, segundo a qual um princípio de direito deduzido por meio de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro —, esclarece que o precedente é quase universalmente abordado como *apenas* um ponto de partida, ou seja, o caso decidido estabelece um princípio e é, em realidade, um começo (*principium*), não colocando fim a indagações que possam surgir a seu respeito.

A partir dessas considerações, corrobora-se o argumento anteriormente exposto de que não parece adequado falar em sistema de precedentes formalmente vinculantes no Brasil. Primeiro, porque o precedente judicial não vincula pela sua roupagem formal nem em suas origens tradicionais (*common law*). Segundo, porque os padrões decisórios ou pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927 do CPC nem sempre contêm um precedente judicial ou a ele se equivalem. Terceiro, porque a doutrina do *stare decisis* enxerga o precedente como ponto de partida, e não ponto final à interpretação e aplicação do direito, inviabilizando que se admita vinculação a um precedente de forma meramente formal e inquestionável.

Realmente, se *common law* e *stare decisis* não são a mesma coisa e aquela tradição sobreviveu e se desenvolveu por séculos sem uma doutrina dos precedentes, parece, a princípio, correto afirmar a possibilidade de que em sistemas de *civil law* também se agarre à doutrina dos precedentes para impulsionar a coerência, integridade e estabilidade do direito. William Pugliese (2016, p. 91-100) desenvolve rico estudo comparado para demonstrar que há sistemas jurídicos cujas bases estão assentadas tanto no *civil law* quanto no *common law* e sustentar o argumento da compatibilidade do precedente judicial no Brasil, haja vista que, a exemplo do Estado da Louisiana nos Estados Unidos da América, verifica-se a convivência harmônica entre o direito codificado e o respeito aos precedentes.

Para que este texto não seja mal interpretado, cabe, uma vez mais, pontuar: não se

questionam a possibilidade de implementar e trabalhar com o precedente judicial no Brasil e os benefícios da doutrina do *stare decisis*. Essa realidade é incontornável. Entretanto, há condições fundamentais para isso: desde que a prática decisória, a doutrina e o ensino jurídico brasileiros passem por profundas e necessárias transformações capazes de dar lugar à compreensão às características essenciais de trabalho com o instituto, quais sejam, essencialmente, a comparação e analogia, mediante o exame aprofundado da unidade fático-jurídica de casos concretos.

Ocorre que a realidade brasileira passa ao largo das afirmações comumente encontradas na doutrina de que se adotou o *stare decisis* e um sistema de precedentes vinculantes. Admitir essa assertiva, tal como posta — simplesmente teríamos chegado a tal estágio doutrinário e cultural que o *common law* levou séculos para atingir —, significa ignorar a riqueza e complexidade da doutrina dos precedentes e as características do instituto em suas origens.

Com precisão cirúrgica, Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 145-149) denuncia que a prática decisória brasileira ainda é de não utilização do precedente judicial como princípio argumentativo, e que o próprio STF faz referência ao uso de precedentes sem explorar e comparar a unidade fático-jurídica do caso decidido invocado nessa condição e a do caso atual. Interessante notar, a partir disso, que nem mesmo as Cortes Supremas utilizam adequadamente o instituto em sua atividade jurisdicional.

Essas considerações são feitas para dar sustentação ao argumento de que ainda não se chegou no Brasil aonde se afirma ter chegado na doutrina. Conquanto desejável, louvável e possível o trabalho com os precedentes judiciais em nosso sistema, as características da prática decisória arraigada em nossa cultura parecem obstaculizar a pretensão de atingir a estabilidade, coerência, integridade e racionalidade do direito, por meio de pronunciamentos judiciais — equivocadamente chamados de precedentes, em significativa parte — que vinculariam simplesmente pela roupagem formal eleita pelo legislador.

Para arrematar o referencial teórico que estrutura as bases deste texto, calha citar a seguinte passagem de Lenio Luiz Streck (2021, p. 101-102):

[...] não pode(remos) aceitar que tudo o que está, basicamente, nos artigos 926 e 927 seja colocado no mesmo saco e se diga: eis aqui o “sistema de precedentes”, quando, por exemplo, uma súmula tem uma cadeia de precedentes que a formam. Logo, se súmula não é precedente, é porque nem tudo é precedente. [...] Precedente não é ementa, não é súmula e nem mesmo mero enunciado em abstrato. E ainda por cima se diga que “isso é assim porque no *common law* é feito desse modo”. A boa doutrina não há de permitir isso. Insisto na tese de que não existe esse “sistema de precedentes” do qual falam. E, sim, estou disposto ao diálogo. Não creio que a doutrina brasileira, em um país de um milhão de advogados e milhares de pessoas escrevendo livros, possa se quedar submissa às imposições contrárias à própria lei. Desafio a que seja

demonstrado em que lugar do CPC está posto o tal sistema de precedentes vinculantes.

O que se defende, portanto, é que o processo de valorização e implementação do precedente judicial no ordenamento brasileiro começou pela ordem inversa e de forma atípica, cabendo agora, mais do que nunca, à doutrina debater e estabelecer críticas e adaptações ao modelo propalado pela vertente majoritária e paulatinamente assumido pelas “Cortes de Vértice”, bem assim lutar pela efetiva compreensão e desenvolvimento do instituto, sob pena de jogar água abaixo o discurso consequencialista estampado em algumas obras que tratam do tema, ou, em outras palavras, como bem pontua Lenio Luiz Streck (2021 p. 09-10), de criar soluções problemáticas para antigos problemas, ou ainda, criar soluções aparentes que, porquanto imediatistas, tendem a voltar como novos problemas.

De forma preparatória ao diálogo com a tese precedentalista a se estabelecer no próximo capítulo, mostra-se pertinente sintetizar o exposto até aqui: (i) constitui impropriedade falar em sistema de precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro, a menos que se reconheça que o emprego da expressão é feito de forma desfigurada em relação ao que originariamente é um precedente judicial, em todos os seus aspectos, fundamentos e características; (ii) parece mais adequado admitir que o CPC estabeleceu uma sistemática de pronunciamentos jurisdicionais de observância obrigatória, pois a decisão judicial é apenas a roupagem que recobre a unidade fático-jurídica de um caso concreto apreciado e decidido pelo Estado-juiz, e o precedente é o que se extrairá de tal unidade com efeitos normativos, em caráter argumentativo, para a solução de casos futuros e análogos.

Em seguida, foi possível verificar que (iii) a sistemática dos artigos 926 a 928 do CPC tem por finalidade racionalizar a carga de trabalho judiciária por meio da aceleração e uniformização de julgamentos, mostrando-se idônea, desejável e útil para a sociedade, em geral; (iv) contudo, em termos de justificação teórica, o fenômeno da vinculação ao precedente não pode ser explicado pela mera imposição formal-legislativa, porque não é assim que se opera nem mesmo nos países de tradição precedentalista; (v) não parece ter havido no Brasil a ratificação do *stare decisis* e a adoção de estruturas dogmáticas do *common law* simplesmente porque existe um movimento de valorização de padrões decisórios no CPC; (vi) a valorização da fundamentação da decisão judicial deve ser o escopo do trabalho com precedentes judiciais, acima de qualquer outra preocupação.

Com assento nessas considerações é que se passa a estruturar o diálogo com a tese precedentalista — encabeçada por grandes e respeitáveis processualistas, dos maiores na doutrina brasileira — com o fim de justificar a resposta à pergunta estabelecida no início do

capítulo: a tese precedentalista calcada em Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes não parece ser a mais adequada ao Brasil no atual estágio da cultura jurídica e prática decisória nacionais.

3 DIÁLOGO CRÍTICO COM A VERTENTE PRECEDENTALISTA

O objetivo do capítulo é dialogar criticamente com a corrente precedentalista e apontar as fragilidades do seu discurso e de suas premissas fundadas em aspirações de direito comparado que não se adequam à realidade e particularidades dos órgãos jurisdicionais brasileiros, e nem possuem viabilidade prática, a evidenciar a inadequação do modelo de Cortes Supremas e dos precedentes à brasileira.

Nesse sentido, explora-se (i) a inconsistência do aspecto funcional no conceito tripartite definido pela tese precedentalista; (ii) as aberturas terminológicas deixadas por essa doutrina e como elas alimentam um papel institucional pretensamente precedentalista no âmbito das Cortes de Vértice para, em verdade, justificar a fixação de teses gerais, abstratas e prospectivas, em sobreposição ao papel do Legislador; (iii) a incongruência da prescrição teórica idealizada de que o STJ e o STF funcionem, respectivamente, aos moldes da *Supreme Court* estadunidense e do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*).

Por fim, procura-se unir as críticas que foram estabelecidas neste trabalho, a criar uma conexão entre o processo de ascensão institucional do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo; a defesa de um processualismo contemporâneo democrático, participativo e acessível à comunidade científica; a necessidade de valorização da fundamentação da decisão judicial (aspecto qualitativo) em detrimento da efetividade quantitativa; a impossibilidade de revestir uma teoria dos precedentes judiciais com a velha roupagem de movimentos teóricos já superados (positivismo exegético e realismo jurídico).

3.1 O conceito tripartite: problemas do aspecto funcional

Em início ao diálogo com a tese precedentalista, resgata-se a concepção estabelecida por Daniel Mitidiero (2018, p. 98), segundo o qual o precedente se caracteriza pelas razões necessárias e suficientes para solucionar uma questão fático-jurídica devidamente precisada, extraídas mediante generalizações a partir do julgamento de um caso, de forma unânime ou por maioria, por um colegiado integrante de uma Corte Suprema.

Ensina aludido teórico (2018, p. 99-100) que o conceito de precedente é qualitativo, material e funcional, e sua eficácia é sempre vinculante — teceram-se observações introdutórias sobre essa perspectiva no capítulo anterior. Aponta que, considera-se um conceito qualitativo, pois o precedente depende da qualidade das razões invocadas — não da quantidade, bastando o julgamento de um único caso a possibilitar o seu surgimento — para justificar o porquê de se

ter decidido uma questão de determinada maneira, e somente as razões necessárias e suficientes (*ratio decidendi*) é que se qualificam como precedente, excetuando-se, por consequência, o prescindível remanescente da fundamentação (*obiter dicta*), que carece de vinculação.

Em seguida, Mitidiero pontua que o precedente é material porque imprescindível que haja um caso devidamente particularizado e examinado em suas nuances e contornos fático-jurídicos. Sendo assim, não há como operar precedentes sem referência à unidade fática do caso anterior.

Com relação a esses dois pilares do conceito estabelecido na vertente precedentalista, observa-se que (i) o aspecto material é, de fato, fundamental, porquanto absolutamente inviável cogitar da aplicação de precedentes sem o exame minucioso das circunstâncias fáticas que originaram o caso concreto; (ii) o aspecto qualitativo se justifica, pois estabelece a diferença do precedente em relação à jurisprudência — quantitativa e que depende de reiteração decisória — e evidencia que apenas a *ratio decidendi* vincula, ou seja, as razões necessárias e suficientes utilizadas para decidir a questão fático-jurídica devidamente precisada.

Contudo, a tese precedentalista estalece um terceiro viés ao conceito: o funcional. De acordo com o aludido autor, os precedentes dependem da função do órgão jurisdicional responsável pela sua emissão. Em outras palavras, originam-se de cortes institucionalmente encarregadas de dar a palavra final sobre determinado desacordo interpretativo. Nesse sentido, referida doutrina defende expressamente que: “Os precedentes decorrem da interpretação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça empreendida pelo colegiado de forma unânime ou por maioria a respeito de determinada questão controvertida” (MITIDIERO, 2018, p. 100-101).

Em arremate, essa vertente teórica afirma que o precedente é sempre vinculante, haja vista que carrega consigo a interpretação da Constituição ou da legislação federal dada pelas Cortes Supremas e, em tal interpretação, está contida a norma, não havendo como dissociar uma da outra (norma da interpretação), de modo que qualquer tentativa de separá-las consiste em subterfúgio para escapar da eficácia vinculante da própria ordem jurídica (MITIDIERO, 2018, p. 101).

Residem aí as primeiras considerações do diálogo proposto neste capítulo: (i) o aspecto funcional limita a formação dos precedentes às denominadas Cortes Supremas — STF e STJ — e estabelece que somente a cúpula do Poder Judiciário estaria autorizada a emaná-los, já que institucionalmente encarregada de dar a última palavra sobre os desacordos interpretativos do direito; (ii) sob essa ótica, valoriza-se demasiadamente a autoridade do órgão jurisdicional responsável pela formação do precedente e, conquanto o critério qualitativo exija substância da

ratio decidendi, a premissa continua sendo a de que tal substância decisória só poderia advir de um círculo limitado de julgadores (mínimo de 33 do STJ e exatos 11 do STF).

Não se está a afirmar que a vertente precedentalista teria estabelecido a visão de que basta ao precedente originar-se em uma corte dotada de autoridade suprema para que estejam satisfeitos os seus pressupostos de identificação, como entendido por Dierle Nunes e Aurélio Viana (2018, p. 252 e 260), e refutado por Daniel Mitiero (2018, p. 99).

Contudo, inegável que existe um movimento forte de valorização da cúpula judiciária e, por mais que se afirme a imprescindibilidade dos vieses qualitativo e material do conceito, a autoridade formal e a função do órgão jurisdicional são colocadas como requisitos inegociáveis pela tese precedentalista. Essa constatação exige que se retomem algumas considerações do capítulo anterior: aparentemente, essa doutrina inseriu no mesmo patamar de importância a fundamentação da decisão judicial (âmago do precedente nos países de tradição de *common law*) e a mera roupagem formal atribuída pelo sistema (um provimento, formado por maioria ou unanimidade, oriundo de órgão jurisdicional integrante de uma Corte Suprema).

Dos escritos de Taruffo (2013, p. 132), extrai-se que a força do precedente é gradual e varia em uma escala de mínimo a máximo, de acordo com vários fatores, sendo os de maior relevância o posto ocupado pelo juiz prolator da decisão e a qualidade e autoridade da própria decisão.

Disso se pode constatar que existe efetivamente correlação entre a função do órgão jurisdicional e o precedente, porém, assim o é para delimitar a força do precedente, não para excluir a possibilidade de que seja emanado de órgãos jurisdicionais inferiores e não inseridos no formato de Corte de Vértice:

Portanto, o precedente forte, e em especial o precedente vertical, pode ser encontrado sobretudo nas decisões das cortes supremas, que não só são colocadas no vértice dos respectivos sistemas, mas em geral gozam de uma autoridade bem maior do que aquela reconhecida aos demais juízes. Donde a consequência de atribuir-se às cortes supremas, que desenvolvem com maior intensidade uma função pró-ativa, apenas a qualificação de cortes de precedentes (TARUFFO, 2013, p. 132).

Tendencialmente o precedente terá maior força quanto mais elevado for o posto ocupado pelo órgão jurisdicional responsável pela sua emissão. Isso, contudo, não tolhe a possibilidade de que, pela qualidade e autoridade decisórias (da fundamentação, e não do órgão jurisdicional), haja formação de precedentes em tribunais de hierarquia inferior. Assim o é porque a relevância da fundamentação da decisão não pode ser equiparada à da roupagem decisória atribuída ao precedente pelo simples fato de emanar de um órgão situado em hierarquia superior.

Há uma tendência das Cortes Supremas de que passem paulatinamente a exercer apenas ou principalmente uma função proativa mediante a formação de precedentes, e daí se justificar lhes seja atribuído o título de Cortes de Precedentes. Não se trata, portanto, de regra inflexível capaz de estabelecer modelo ideal, perfeito e acabado a ser seguido por todos os ordenamentos, nem de conclusão absoluta que permita afirmar que os precedentes seriam sempre vinculantes e só emanariam de Cortes Supremas.

Ressalte-se que Michele Taruffo (2013, p. 136-137) reconhece praticamente irrealizável criar uma homogeneidade teórica de características e funções às Cortes Supremas, mesmo porque a partir disso: “se viria a perder muitas das peculiaridades importantes das cortes que concretamente existem” (2013, p. 137). O que Taruffo faz, portanto, é estabelecer uma linha de pressupostos gerais e ideais para que as Cortes Supremas possam desenvolver de modo eficiente a função de órgão promotor da evolução do direito (2013, p. 137-139).

Ao menos da célebre obra “Processo civil comparado: ensaios”, não parece ser possível extrair um conceito restritivo e limitativo como pretendido pelos precedentistas brasileiros. Pelo contrário, as passagens transcritas acima dos textos do jurista italiano infirmam-no.

Além disso, Ravi Peixoto (2016, p. 132) pontua que a vertente precedentalista utiliza conceitos e classificações que refogem à utilização tradicional da doutrina e jurisprudência, o que acaba por dificultar a sua compreensão e, a complementar a visão adotada neste trabalho, afirma que: “O precedente pode ser identificado com a razão generalizável, mas não está, por sua natureza, ligado à eficácia vinculante ou à hierarquia da Corte que o produz”.

Nessa perspectiva, realmente não parece fazer sentido limitar a formação do precedente às Cortes Supremas, conquanto sejam essas, por sua natureza e de forma tendencial, capazes de formar precedentes de maior força e autoridade. Em complemento à passagem acima citada da obra de Ravi Peixoto, da simples pesquisa de decisões judiciais na base de dados dos Tribunais de Justiça, constata-se que a utilização do conceito de precedente é realizada de modo a estabelecer referência a decisões judiciais anteriormente proferidas em casos de conjuntura fático-normativa semelhante no âmbito da própria corte, *v.g.*: (i) Agravo de Instrumento nº 2136598-34.2017.8.26.0000, Relator J. B. Franco de Godoi, 23ª Câmara de Direito Privado; J. 25/09/2017, TJSP; (ii) Agravo de Instrumento nº 0069147-63.2021.8.16.0000, Relator Marcelo Gobbo Dalla Dea, 18ª Câmara Cível, J. 17/11/2021, TJPR; (iii) Agravo interno nº 70068133842, Relator João Barcelos de Souza Junior, 2ª Câmara Cível, J. 24/02/2016, TJRS; (iv) Remessa necessária nº 1005130-69.2017.8.11.0003, Relator Márcio Aparecido Guedes, 2ª Câmara de Direito Público e Coletivo, J. 12/02/2020, TJMT; (v) Apelação Cível nº 0008936-85.1989.8.05.0001, Relator Gesivaldo Nascimento Britto, 2ª Câmara Cível, J. 13/09/2016,

TJBA; (vi) Apelação Cível nº 0163079-85.2013.8.19.0038, Relator Cezar Augusto Rodrigues Costa, 8ª Câmara Cível, J. 28/04/2020, TJRJ.

Uma breve pesquisa pelos termos “precedentes deste tribunal” nas ferramentas de busca de decisões dos tribunais de justiça retorna diversos julgados que utilizam do conceito de “precedente” para aludir a decisões anteriores proferidas em seu próprio âmbito, a evidenciar distinta perspectiva do termo na prática forense, comparada à proposta precedentalista. Essa é apenas uma ilustração de que não há como uma corrente doutrinária restritiva do conceito pretender impor que sejam precedentes somente aqueles que se originarem no âmbito do STJ e STF.

Segundo Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 203), conforme citado por Lenio Luiz Streck (2021, p. 117-118), no *common law*, os precedentes e o princípio do *stare decisis* decorrem da prática e cultura jurídicas, o que até dispensaria a busca por suas definições, tendo em vista que a compreensão desses institutos é natural e intuitiva.

Com isso, reforça-se a inadequação do aspecto funcional do conceito tripartite, já que o mais relevante do precedente é a qualidade e a autoridade da fundamentação da decisão judicial, e não a autoridade formal do órgão jurisdicional responsável por emití-lo. Igualmente, destaca-se a impertinência doutrinária de recobrir o instituto com excessivos contornos terminológicos e classificações que contrariam sua natureza intuitiva — nesse aspecto, a referência não é exclusiva à tese precedentalista; são diversos os autores que criam suas próprias classificações.

Precisas as considerações de Lenio Luiz Streck (2021, p. 26) ao se referir à vertente precedentalista: “O que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não com o “como se deve decidir”. E completa aludido autor ao constatar que:

Aqui a proposta da teoria dos precedentes brasileiros é ainda mais assustadora! Mitidiero, por exemplo, chega a dizer que “a autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes”. Ou seja, juízes e Tribunais devem respeitar os precedentes do STJ simplesmente porque é função do STJ criar precedentes. O que importa, portanto, não é o conteúdo do precedente para que ele seja “obrigatório”, mas, unicamente, a figura de autoridade que põe o precedente. [...] Ora, se somente os juízes do andar de cima fazem precedentes, os juízes do andar de baixo estão sujeitos à interpretação dos textos que já ocorreram antes dos casos. Estão sujeitos, pois, às normas criadas pela figura de autoridade (*potestas*): A Corte de Precedentes! (STRECK, 2021, p. 73-74).

Como se observou anteriormente — e, quanto a isso, diverge-se em pequena parte da passagem acima —, a figura de autoridade que emite o precedente é um dos aspectos centrais — não o único, como sustentam alguns críticos da doutrina precedentalista — da corrente

teórica com a qual se está a dialogar, encarada pelos seus autores como, no mínimo, de igual importância em comparação ao viés qualitativo. Ainda que não se trate da única escora do conceito, não podem seus pilares ser colocados na mesma ordem de importância. Frisa-se o quanto já exposto no capítulo anterior: o fenômeno da vinculação ao precedente não pode ser simplesmente resumido à roupagem formal da decisão judicial que o consubstancia e, o mais relevante, a importância da fundamentação da decisão vai muito além do significado que possui a autoridade formal do órgão que decide.

Essa relativa harmonização de antagonismos teóricos é encontrada nas lições de Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 452):

Certamente, repisa-se, assentar qualquer teoria *única ou principalmente* em uma deferência hierárquica consiste em consagrar um positivismo judicial de cúpula, incompatível com o constitucionalismo contemporâneo. Não se pode negar, todavia, que esse elemento possui grande relevância. [...] Da mesma forma que o juiz inferior não pode se considerar uma ilha de cognição e interpretação do Direito, os tribunais superiores também não devem olvidar os precedentes da base. Não terão a mesma influência que exercem os superiores sobre os inferiores, mas, em causando expectativas, orientando comportamentos, os tribunais colocados em escalão mais elevado devem levar esses precedentes em conta.

A limitação funcional do conceito proposta pela doutrina precedentalista brasileira parece, por esses fundamentos, não se justificar. Inadequado restringir ao âmbito de Cortes de Vértice a formação do precedente, se o que lhe sustenta essencialmente é a qualidade e autoridade da fundamentação fático-jurídica integrante da decisão judicial que o contém. Por outro lado, também não se pode ignorar que natural e tendencialmente precedentes emanados de órgãos jurisdicionais de cúpula sejam dotados de maior força normativa — o aspecto formal tem relevância, todavia não mais do que a fundamentação, nem tanto quanto, e por isso não se sustenta o tripé da tese precedentalista.

Segundo o referencial teórico que estrutura este trabalho, a força do precedente se impõe pelos argumentos de princípios que o sustentaram (caráter argumentativo), isto é, de nenhuma forma se pode conceber que esteja vinculada estritamente à autoridade da corte da qual ele emanou, como defende a vertente precedentalista (STRECK, 2021, p. 36).

Especificamente sobre a premente necessidade de emprego do precedente como *principium* argumentativo, corroboram as lições de Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 145):

[...] o funcionamento adequado (e, pois, constitucionalmente legítimo) de um sistema de precedentes no Brasil exige, entre outras coisas, uma mudança no modo de se decidir. Chama a atenção o fato de que os órgãos jurisdicionais brasileiros, em todas as instâncias, não examinam os precedentes (ou outros padrões decisórios) adequadamente. O que se quer dizer com isso é que não há, na prática forense brasileira, uma cultura de emprego do precedente como *principium* argumentativo.

Entende-se que a preocupação da doutrina deve mesmo centrar-se no modo de construir e fundamentar a decisão judicial — e não com qual órgão deve formar precedentes —, de modo a estimular o combate à irracional prática decisória enraizada na cultura brasileira — tão bem denunciada por Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 145-175) — de mera invocação de prescrições genéricas (ementas, súmulas, enunciados, dentre outros) sem a devida confrontação analítica e argumentativa com a estrutura fático-jurídica dos casos colocados em comparação.

Nessa ordem de ideias, se o precedente não pode assim ser considerado somente porque adveio de Cortes de Vértice, então ele não é um precedente em sua origem ou tão logo seja formada a decisão judicial que o contém. Segundo o referencial teórico adotado, a recepção da decisão judicial como precedente é feita a partir do julgamento do segundo caso pelo órgão jurisdicional subsequente, que, exercendo uma atividade receptiva e reconstrutiva daquilo que foi decidido anteriormente, delimitará a *ratio decidendi* (STRECK, 2021, p. 114-116).

Em único raciocínio: “Um precedente não nasce precedente. Nem por seu conteúdo, nem por autoridade, nem por Corte de Vértice” (STRECK, 2021, p. 114).

De fato, admitir a premissa do aspecto funcional equivale a cancelar a subalternidade da fundamentação e autorizar que os julgadores responsáveis pela decisão judicial avaliem a sua própria criação e estabeleçam postulados normativos que ainda não passaram pelo crivo de legitimidade da comunidade científica. É preciso insistir: o precedente (o da base ou o da Corte de Vértice) deve convencer e vincular racionalmente pelo seu conteúdo, e isso somente se dará em etapa e atividade jurisdicionais posteriores.

Feitas as observações acerca do deficitário aspecto funcional embutido no conceito da doutrina majoritária, cabe apontar outro problema, de igual relevância, no que concerne às aberturas terminológicas deixadas pela tese ao tentar explicar o que é o precedente.

3.2 Aberturas terminológicas da tese precedentalista: combustível às Cortes Supremas para a criação de teses gerais, abstratas e prospectivas

No capítulo anterior, registrou-se a poluição semântica tão bem denunciada por Lenio Luiz Streck (2021, p. 28) ao constatar que, segundo a doutrina precedentalista, os precedentes consistiriam em razões generalizáveis ou generalizantes extraídas da justificação da decisão (MITIDIERO, 2015, p. 05). Neste capítulo, já se apontou que a busca incessante por definições e classificações dos fenômenos jurídicos é por vezes contraintuitiva e dificulta a compreensão dos temas. Em suma, o problema que passa a ser explorado reside na má compreensão teórica e prática do que seria identificar, extrair e aplicar tais razões generalizáveis.

O trabalho com precedentes exige, de fato, minuciosa operação a partir de raciocínio por analogia e comparação das unidades fático-jurídicas dos casos concretos colocados em análise. Examinam-se os argumentos de princípios que sustentaram a solução jurídica tomada na decisão anterior e, havendo semelhança relevante (*relevant similitary*) com o caso atual, decide-se ou não pela sua aplicação.

Cabe retomar o alerta especificado ao final do capítulo anterior: não se trata exatamente do que a doutrina precedentalista prega, pois, realmente, deve-se empreender uma lógica de generalização sobre as razões necessárias utilizadas no julgamento anterior, mas daquilo que ela alimenta com aberturas terminológicas. Isso se agrava ainda mais diante da visão restritiva centrada na cúpula judiciária, que diante da idealizada função de criar precedentes — pretensamente capazes de delimitar todas as controvérsias futuras — que lhe foi atribuída pela doutrina majoritária, passou a assumi-la deliberadamente. De forma degenerada.

Tudo isso, no Brasil, veio a se misturar a um fenômeno há muito criticado: a febre dos enunciados (STRECK, 2021, p. 143), consistentes em proposições teóricas abstratas e gerais, com ditames dirigidos ao futuro, de (boa) intenção elucidativa e falcitadora.

Aquilo que as Cortes Supremas entenderam por generalização das razões suficientes e necessárias para tomar a decisão — algo que deveria ser feito pelo órgão judicante subsequente e parcimoniosamente para os fins de julgar o segundo caso — uniu-se à ideia de estabelecer proposições gerais e abstratas dirigidas ao futuro — com problemas estruturais semelhantes aos dos enunciados — que passaram a ser fixadas aprioristicamente como *teses jurídicas*.

Interessante observar, no Brasil, como o afã de regar o futuro pela fixação de teses jurídicas gerais e abstratas relaciona-se ao ideal de atuação prospectiva das Cortes de Vértice identificada nos estudos de Taruffo. Saliente-se que a realidade decisória brasileira nada tem a ver com as lições do ilustre jurista italiano. O que se pretende demonstrar é que uma constatação diagnóstica em seus estudos de direito comparado foi tomada pela doutrina precedentalista como uma prescrição teórica irreal e idealizada, como se todas as Cortes de Vértice devessem atuar exclusivamente como Cortes de Precedentes, e precedentes fossem aquilo que aludida doutrina quer que sejam.

Nada obstante o papel de tutela da legalidade (de forma preventina e não repressiva) venha sendo de fato assumido na contemporaneidade por esses órgãos jurisdicionais mundo afora, é preciso insistir que não se pode adotar essa postura como paradigmática para a formação de um sistema atípico de precedentes à brasileira (que não são precedentes no sentido originário do instituto e pretendem vincular *ex lege* porque bastaria sua origem em uma Corte de Vértice).

Com relação à questão da fixação de teses jurídicas nos “precedentes à brasileira”, bem

observa Ulisses Schwarz Viana (2021, p. 170) que:

[...] o novo código de processo civil, ao regular a estrutura dos precedentes e sua própria formação, passou a exigir tanto nos recursos extraordinários e especiais repetitivos a fixação de uma tese jurídica. O que, na nossa percepção, em vez de constituir uma síntese expositiva do *rationale* decisório, ou seja, dos fundamentos da *ratio decidendi*, acabou por resultar na produção de uma espécie de lei para o caso, em texto que ostenta certo grau de generalidade e que se abre a novas e divergentes interpretações, algo diferente do processo de convencimento racional dos precedentes na doutrina do *stare decisis*.

Passou-se a fixar teses jurídicas abstratas e generalizantes a partir do julgamento de casos e o próprio órgão jurisdicional que emite os precedentes ficou encarregado da tarefa de ditar enunciadamente no que eles consistiriam. É dizer, inverteu-se a lógica do processo decisório: (i) os julgadores que decidiram o caso resumem aquilo que, em sua visão, seria o relevante em termos de razões necessárias e suficientes para tomada da decisão; (ii) por vezes, a tese jurídica fixada vem desamparada de qualquer alicerce fático, o que viola a lógica do precedente, cuja operação se pauta pela indissociabilidade da unidade fático-jurídica; (iii) os fatos relevantes nem sempre são enunciados na tese, ficando reféns de uma análise subjetiva e apriorística; (iv) o caráter abstrato e generalizante da tese jurídica abre margem a interpretações diversas e incongruentes; (v) afinal de contas, o que foi intitulado de precedente, além de não o ser, também não se presta efetivamente a consolidar as justificativas consequencialistas apontadas pela doutrina; (vi) transmite-se a equivocada ideia de que a interpretação do direito estaria pronta, acabada (e agora resumida) em teses, ditadas a partir do julgamento de casos concretos (cuja concretude comumente não se visualiza), e bastaria que os juízes e tribunais (inferiores) sigam as teses das Cortes de Vértice para solucionar a celeuma da insegurança jurídica.

No tocante à constatação de que as teses jurídicas fixadas pelos Tribunais Superiores consubstanciam prescrições gerais e abstratas dirigidas ao futuro (caráter prospectivo), cabe destacar, conforme ensina Lenio Luiz Streck (2021, p. 60-68) ao criticar a tese precedentalista, a impossibilidade de cisão entre a interpretação e a aplicação do direito:

[...] Por antecipação, nada pode ser universalisável. Fosse possível, os juízes estariam dispensados de interpretar essas mesmas decisões. O que, ademais, seria ingênuo. [...] Funciona assim: primeiro (“antes”), a Corte de Precedentes (a que “interpreta”) – encarregada de reduzir a equivocidade dos textos normativos – firma a tese (eis o busílis); “depois”, os juízes do andar de baixo somente têm o trabalho de aplicá-las. [...] Realismo exegetico: eis um bom resumo do precedentalismo à brasileira. Isto é, a interpretação já se deu quando as Cortes de Vértice firmaram a tese. Eis a cisão metafísica: interpretação vem antes e é feita pelas Cortes de Vértice; aplicação vem depois, feitas pelo juízes e tribunais não-superiores. Eis o plano dos precedentelistas.

Interpretar e aplicar, para eles, são coisas cindidas. Um faz, o outro cumpre. Como decorrência, o juiz e as Cortes de Justiça somente interpretariam quando a(s) Corte(s) de Vértice (ou Cortes de Precedentes) ainda não a tivesse feito. Ficam apenas encarregadas de fazer “restos de sentido”. Como explicar esse paradoxo na tese dos autores defensores desse neorealismo à brasileira? Superam o juiz boca da lei e o substituem pelo juiz boca dos precedentes (ou das teses)?

De fato, as inconsistências apontadas com relação à vertente precedentalista, além das anteriormente exploradas, estimula a assunção de papel no âmbito dos Tribunais Superiores de que seu objetivo seria formar precedentes visando à orientação da conduta e expectativas em sociedade, mediante a enunciação de teses gerais e abstratas, cuja pretensão de elucidar e facilitar acaba por cindir indevidamente a interpretação e aplicação do direito.

Nas primeiras edições da obra “Verdade e Consenso”, Lenio Luiz Streck (2011, p. 328) já apontava que a possibilidade de obter respostas corretas não está na vinculação pura e simples ao precedente, mas na fundamentação e justificação da síntese hermenêutica que só ocorre no momento da aplicação do direito, de modo que, admitir que precedentes sejam pautas gerais, significa cindir direito e fato, palavra e coisa, significante e significado.

Além de não se admitir que sejam pautas gerais, também são incapazes de apreender o futuro em proposições e de esgotar o significado das coisas:

[...] quando a caminhada rumo ao fim da interpretação dá seu primeiro passo atrás, o sucesso de se aprisionar o mundo em palavras, porque impossível, se afasta dois passos; dá-se mais dois, e o propósito de um sentido último afasta-se em quatro. E por aí vai, e, antes que percebamos, estaremos regredindo em constância. Se, como o célebre Eduardo Galeano disse certa vez, a utopia que se afasta no horizonte é o que faz com que caminhemos, a eternamente infrutífera tentativa de se aprisionar o mundo em proposições é o que nos fará retroceder *ad infinitum* (STRECK, 2021, p. 148).

Com o fim de demonstrar concretamente como a doutrina precedentalista influencia o ideal prospectivo de atuação precedentalista — que de precedente nada tem — das Cortes de Vértice no Brasil, basta verificar que, desde o ano de 2018, o STJ criou uma seção em seu endereço eletrônico intitulada “Boletim de Precedentes”, cuja apresentação começa aludindo à existência de um sistema brasileiro de precedentes e à necessidade de auxiliar magistrados e servidores na atividade de sobrestamento de processos, aplicação de teses (*sic.*) e juízo de retratação.

A ideia e o objetivo são louváveis, assim como é fundamental a publicização e organização das decisões do Poder Judiciário com o escopo de facilitar a consulta e o acesso ao conteúdo dos produtos jurisdicionais. Igualmente incontestável a carga processual excessiva que precisa ser racionalizada mediante a formação e utilização de padrões decisórios aptos a solucionar o fenômeno da massificação judiciária. Não é esse, todavia, o cerne deste diálogo

crítico.

O que se discute é a incompatibilidade dessa proposta com o instituto do precedente judicial. Ao acessar o Boletim de Precedentes, a exemplo da Edição nº 71 de 16 a 30/09/2021 (STJ, 2021, p. 02), encontram-se diversos temas enumerados de acordo com os respectivos registros recursais, sem indicação do conteúdo fático dos casos concretos que originaram as “teses firmadas”, v.g:

Primeira Seção. Processo(s): REsp 1.903.883/CE, REsp 1.898.186/CE e REsp 1.888.049/CE. Relator: Min. Og Fernandes. Tese firmada: O candidato aprovado em concurso público pode assumir cargo que, segundo o edital, exige título de Ensino Médio profissionalizante ou completo com curso técnico em área específica, caso não seja portador desse título, mas detenha diploma de nível superior na mesma área profissional. Data da publicação do acórdão: 28/9/2021 (publicação do acórdão dos REsp's 1.903.883/CE, 1.898.186/CE e 1.888.049/CE) (STJ, 2021, p. 02).

Pontuam-se as seguintes indagações: (i) sem a indicação da unidade fático-jurídica do caso concreto que levou a Corte de Vértice a chegar à conclusão exposta na tese fixada, como aferir a legitimidade da fundamentação da decisão judicial e operar suas razões necessárias e suficientes para o caso futuro, ou seja, como identificar a similaridade com a situação fática subsequente mediante analogia se o que está posto é um “precedente” sem alicerce fático?; (ii) se o objetivo do Boletim de Precedentes é auxiliar e facilitar a prestação jurisdicional, uma vez que os “precedentes” a serem seguidos já vêm prontos e enunciados em teses, então o magistrado está desobrigado de consultar e interpretar a íntegra da decisão judicial proferida à luz das circunstâncias do caso concreto decidido? Ou, ainda, a tese jurídica fixada é o bastante para compreensão de como se chegou à solução proposta, restando apenas aos juízes e tribunais inferiores aplicá-la?; (iii) a solução estabelecida no “precedente” é adequada a todo e qualquer caso, sem que antes tenha surgido a controvérsia dotada de suas respectivas particularidades?; (iv) prescrever em geral e em abstrato não é papel do legislador?; (v) se nada há que exponha o caso concreto, como estimular o mínimo de convencimento racional relativamente ao acerto do “precedente”? Ou basta que seja vinculante *ex lege* (siga-o porque é assim que é)? (vi) Onde estaria o caráter argumentativo da aplicação do “precedente” acima?; (vi) Quais princípios, raciocínios e argumentos sustentaram a conclusão?

Vale observar que essa má prática decisória que vem se enraizando e autoproclamando “precedentalista” no âmbito dos Tribunais Superiores, na realidade, contradiz premissas da própria doutrina precedentalista, que estabelece diferenças categóricas entre os conceitos de jurisdição e legislação (MITIDIERO, 2017, p. 103), atribuindo à última a tarefa de propor enunciados linguísticos sem necessidade de justificação. Coloca-se, diante disso, o seguinte

problema: esses “precedentes judiciais à brasileira” não estão se tornando justamente enunciados linguísticos sem nenhuma justificação fático-jurídica da solução vinculante fixada pelo STF e STJ, com características próprias da legislação? A resposta é contundentemente afirmativa.

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 135) acrescenta que os precedentes judiciais não têm a capacidade de assegurar absoluta antevisão de resultado se for tomado — como tem sido — na condição de um mero padrão normativo definido com a abstrativização. Segundo ele, a credulidade nessa perspectiva gerará frustração, sendo seu único diferencial a concentração de poder na última instância jurisdicional. Não se abandonou, em outras palavras, a tradição positivista e normativista brasileira; deu-se a ela apenas uma nova roupagem com contornos supostamente precedentistas.

É por essas razões que, na perspectiva deste trabalho, defende-se que precedente não é tese jurídica; não consiste em prescrição abstrata e generalizante; não tem sua formação limitada à cúpula judiciária; não vincula *ex lege* (nem mesmo se o código assim o disser); não resume ou encerra a interpretação (nem do direito, nem do caso concreto); não tem todas as repostas para as situações futuras. E o que se está a expor vem lastreado em sólido referencial teórico:

Enunciados jurisprudenciais – vinculantes ou não – somente proporcionam a resposta correta ou permitem a construção de respostas corretas quando compreendidos a partir de dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. [...] ementas e enunciados em geral, *prêt-à-porters* predominantes no mundo jurídico, não têm força de lei e não gozam dos requisitos da regra-abstração e generalidade. O problema, pois, é que, ao serem assim utilizados, esses pequenos significantes transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra. Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por mera subsunção. [...] Em síntese, através da ideologia do caso concreto esconde-se exatamente aquilo que se quer mostrar, isto é, o direito é uma questão de caso concreto. O que estamos a fazer, efetivamente, é esconder, metafisicamente, o caso concreto atrás de um verbete (enunciado, súmula, etc.) que não tem a possibilidade – por uma impossibilidade filosófica – de abarcar as diversas hipóteses de aplicação (STRECK, 2011, p. 329-330).

O mais interessante é observar que a crítica indicada, à época, referia-se mais especificamente à utilização de súmulas e ementas de decisões dos tribunais. Contudo, ela pode ser transportada com solidez ao atual cenário da doutrina precedentista, pois as estruturas dos institutos — que cabem dentro do conceito de enunciados jurisprudenciais — acabaram postas em igual dinâmica: (i) os “precedentes à brasileira” tornaram-se teses gerais e abstratas voltadas ao futuro; (ii) o caso concreto decidido e os princípios que sustentam a regra enunciada estão escondidos por trás do verbete; (iii) esses verbetes não possuem os requisitos da regra-abstração e da generalidade que são próprios do comando legislativo; (iv) tais estruturas não têm

condições de abarcar as diversas hipóteses de aplicação e nem de estabelecer respostas corretas aprioristicamente.

Franciso José Borges Motta (2009, p. 165-166) corrobora ao afirmar que uma coisa é invocar precedentes a fim de embasar a tomada de decisões judiciais e manter a coerência jurídica. Outra coisa é a utilização indevida de verbetes da jurisprudência como se fossem fundamentação, sem reconstruir os argumentos decisivos do caso invocado. O primeiro fenômeno é positivo, desde que o precedente seja encarado como um norte formal e represente um acerto institucional, observada a premissa de que nem mesmo em países da tradição de *common law* os precedentes têm força de promulgação, isto é, o juiz, ao aplicá-lo, deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípios necessários para justificar tais decisões.

Lenio Streck confirma sua visão fundamentadamente crítica (2021, p. 149-154) na obra “Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015”, a partir de que se pode extrair, em suma, as seguintes observações pertinentes ao diálogo crítico proposto neste trabalho: (i) precedentes legítimos não ultrapassam o plano da facticidade e seu padrão operacional é sempre do particular para o particular, isto é, de caso concreto para caso concreto; (ii) a doutrina precedentalista acaba por desexistencializar o Direito ao pregar (ou, ao menos, alimentar) a operacionalização do precedente do geral e abstrato para o particular e concreto; (iii) não são precedentes legítimos os que vêm se consagrando no Brasil e estão mais próximos do velho e inconstitucional instituto dos assentos portugueses — foram declarados inconstitucionais em 1993 pelo Tribunal Constitucional Português porque, na prática, a Corte que os emitia dava interpretações pretensamente autênticas da legislação e fixava entendimentos a serem seguidos pelos demais juízes e tribunais, o que implicava o exercício de poderes legislativos no âmbito do Poder Judiciário, não se considerando fonte legítima do Direito — do que do *stare decisis*; (iv) um sistema jurídico capaz de respeitar exigências do ideal de coerência e integridade dispensa a fixação de teses gerais e abstratas pelo Poder Judiciário; (v) as Cortes não têm competência para fixar normas gerais e abstratas e essa postura é inconstitucional.

Se a doutrina convencionar denominar esse fenômeno pregado pela tese precedentalista de padrões decisórios ou de pronunciamentos judiciais de observância obrigatória — que inegavelmente existem, estão exemplificados no rol do artigo 927 do CPC e têm grande utilidade na racionalização da carga de trabalho judiciária —, estar-se-á de acordo com a proposição. Contudo, não se pode admitir seja chamado de sistematização de precedentes, nem mesmo que se tencione a dizer que eles o seriam “à brasileira” — neste ponto específico, discorda-se da conclusão de Ulisses Schwarz Viana (2021, p. 23-24), tendo em vista a completa

e estrutural distorção do instituto no Brasil.

Com essas observações, passa-se a dialogar de forma contrapropositiva às prescrições doutrinárias da tese precedentalista acerca de qual seria o papel ideal ao STF e STJ, isto é, à visão desses órgãos jurisdicionais enquanto Cortes Supremas de atuação prospectiva mediante a formação de precedentes vinculantes.

3.3. Papel do STJ e do STF: nem *Supreme Court*, nem *Bundesgerichtshof*

Até o presente tópico do trabalho, foi possível perceber que a doutrina precedentalista é amplamente prescritiva no tocante ao ideal por ela vislumbrado a uma teoria dos precedentes judiciais: desde o conceito do instituto e suas características até as funções dos órgãos jurisdicionais responsáveis pela sua produção.

Lenio Streck (2021, p. 80-85) alerta para o fato de que o CPC em nenhum momento associa precedente à uma decisão de Tribunal Superior, não contém um sistema de precedentes e muito menos comporta teses gerais e abstratas, de modo que inviável defender uma suposta competência exclusiva do STJ e do STF para formar precedentes vinculantes. Além disso, esclarece que as menções existentes quanto a “teses” estão relacionadas ao julgamento de IRDR, assunção de competência e de recursos repetitivos, bem como à formação de súmulas, sendo inconcebíveis teses autônomas que se despreguem dos casos concretos.

Relembre-se que, nas considerações finais de “Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente”, de Daniel Mitidiero (2017, p. 153), prega-se que o STJ e o STF funcionem como Cortes de Interpretação e de Precedentes, tal como a *Supreme Court* dos Estados Unidos e o *Bundesgerichtshof* da Alemanha. Na mesma obra do aludido autor (2017, p. 109), refere-se notícia de que esses órgãos da cúpula judiciária brasileira foram, respectiva e originariamente, inspirados e moldados à luz do *Bundesgerichtshof* e da *Supreme Court* estadunidense.

É contrariamente a essas prescrições idealizadas e comparações que se passa a dialogar neste último tópico, com o escopo de demonstrar que, sob a perspectiva prática e cultural, aquilo que se está a pregar na doutrina precedentalista parece não encontrar correspondência com características e particularidades relevantes a cada um desses órgãos jurisdicionais.

Nessa ordem de ideias, observa-se que, apesar de a corrente precedentalista defender a atuação do STJ como Corte de Precedentes aos moldes do *Bundesgerichtshof* — que, de fato, possui forte atuação prospectiva —, a Corte Federal Alemã não adota um modelo de vinculação a precedentes judiciais como técnica de julgamento, conforme esclarece Gisele Mazzoni

Welsch (2021, p. 83):

[...] o sistema jurídico alemão, embora não adote o modelo de vinculação a precedentes judiciais como técnica de julgamento, apresenta como diretrizes a preocupação com a uniformidade da jurisprudência (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*) e a preservação da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), as quais consistem em requisitos para a admissão de recursos (*Zulassungsberufung - § 551 (4) ZPO e Zulassungsrevision - § 543 (2) ZPO*) e, portanto, orientam a atuação do BGH (*Bundesgerichtshof*) como corte que exerce destacada função prospectiva. Destarte, percebe-se que na Alemanha, a preocupação com a unidade do Direito permeia o sistema jurídico como um todo, representando verdadeira expressão da sua tradição e cultura. Nessa medida, o sistema alemão constitui importante modelo de inspiração e fonte de contribuição para o processo civil brasileiro, considerando, por exemplo, a função altamente prospectiva desempenhada pelo *Bundesgerichtshof* ao julgar a *Revision*, sem congestionamento nem jurisprudência defensiva, referência importante para o funcionamento mais qualificado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro no contexto de formação de precedentes judiciais.

De fato, a preservação da segurança jurídica e a preocupação com a uniformidade dos padrões decisórios estão no centro dos sistemas processuais contemporâneos. Contudo, da passagem acima transcrita, extraem-se relevantes indicativos de que o grau de funcionalidade, integridade e coerência alcançado pelo *Bundesgerichtshof* decorre especialmente de raízes culturais do sistema jurídico alemão (preocupado com a unidade do Direito), a partir de forte experiência em sua construção jurisprudencial e por intermédio de mecanismos próprios (a exemplo do *Revision*).

A questão é saber se a atuação prospectiva de uma Corte de Vértice, cuja tradição está calcada na jurisprudência, pode ser invocada comparativamente pela corrente precedentalista para justificar a valorização dessa função prospectiva à cúpula judiciária brasileira, que não bastasse a inexperiência no trato com o precedente judicial, tem cotidianamente encarado (e encarnado) o instituto como se correspondesse à mera fixação de teses gerais, abstratas e generalizáveis, enunciadas de antemão a fim de solucionar casos futuros.

O transplante dessa justificação teórica para o panorama processual brasileiro parece — tal defesa não está expressa no referido trecho da obra de Gisele Mazzoni Welsch (2021, p. 83), mas os precedentelistas utilizam essa inspiração para embasar sua proposta —, em tese, não se justificar: (i) jurisprudência e precedentes judiciais são institutos substancialmente distintos, não havendo evidências concretas de que a atuação prospectiva com a primeira funcione adequadamente com os últimos, ainda mais em países cujas tradições são distintas; (ii) a cultura e a formação histórica são determinantes na forma de atuação do Poder Judiciário, de modo que as importações devem ser feitas rigorosa e criticamente, com as devidas adaptações; (iii) se não houver o estímulo à preocupação com a unidade e integridade do Direito como um todo (fim) — aspecto muito mais cultural do que processual —, não é a adoção de novos mecanismos

(meio) que resolverá, por si só, o problema da insegurança jurídica.

Não parece que a prescrição de um papel idealizado de atuação prospectiva ao STJ pela tese precedentalista, tendo como modelo o *Bundesgerichtshof*, seja assertiva. Como se verificou acima, a título exemplificativo, os motivos histórico-culturais para se ter alcançado substancial unidade e segurança jurídica no sistema alemão estão muito além de um modelo de precedentes vinculantes como técnica de julgamento.

Outro aspecto de grande importância que impacta na forma de gerenciamento dos casos e nas funções assumidas pelos tribunais é o número de processos que chegam para apreciação e julgamento. De acordo com o boletim intitulado “STJ em números” do ano de 2018 (p. 02), nota-se que referido tribunal brasileiro recebeu 338.711 novos processos — e não se perca de vista que a sua composição é de, no mínimo, 33 ministros.

De outro lado, consultando a notável pesquisa de pós-doutoramento de Gisele Mazzoni Welsch (2021, p. 67-68), constata-se que o *Bundesgerichtshof* possui composição de 152 juízes, que são distribuídos em 18 senados, sendo 13 civis e 5 criminais, e que naquele mesmo ano de 2018, o número de casos recebidos foi de 6.117.

Existe uma colossal diferença perceptível de plano: o STJ, com 33 julgadores, recebeu 338.711 novos processos, ao passo que o BGH, com 152, teve de lidar com 6.117. Diante dessas circunstâncias, extrai-se outra evidência fática a fragilizar a prescrição de modelos idealizados — a exemplo do que se encontrou na obra “Cortes Superiores e Cortes Supremas” — cujo alicerce é feito de comparações que ocultam as particularidades e as características de cada um desses órgãos jurisdicionais.

Nessa linha de raciocínio, ao menos à luz da distinta realidade judiciária constatada, parece atualmente inatingível o postulado de que o STJ dê enfoque decisório baseando-se na premissa da nomofilaquia interpretativa (função proativa mediante a formação de precedentes vinculantes), se é sufocado pela carga de trabalho processual que o obriga primordialmente a reagir (função reativa) a novos casos cujas dimensões geralmente estão limitadas aos interesses individuais dos litigantes. Observe-se como essas prescrições vêm enunciadas na doutrina como se a assunção do papel de Corte Suprema fosse uma simples questão de percepção institucional:

Ora, na medida em que os tribunais de vértice do sistema de justiça brasileiro *percebam* que o ordenamento jurídico lhes exige primariamente que estabeleçam precedentes (nas matérias respectivamente a eles confiadas) estáveis e coerentes, passa a ficar mais clara a *necessidade de se dedicarem primordialmente a essa tarefa*. Isso não quer dizer que os tribunais de vértice devam abrir mão de efetuar o controle do respeito aos seus precedentes pelos tribunais locais. Mas quer dizer que devem priorizar o fortalecimento à cultura de respeito aos precedentes, o que se obtém com o estabelecimento de precedentes argumentativamente condizentes com a autoridade

que a ordem jurídica confere ao STF e ao STJ. É nessa linha que se defende que o núcleo-duro das funções do STF e do STJ é a formação de precedentes em matéria constitucional e de interpretação da legislação federal e que, portanto, a idoneidade do sistema jurisdicional para a tutela dos direitos depende de serem o STF e o STJ efetivas cortes supremas, de precedentes justificados que permitam confrontação analógica, que adotem uma prática primariamente interpretativa e apenas secundariamente de controle (TRENTO, 2017, p. 1027).

Extraem-se as seguintes questões problemáticas identificadas a partir dessa proposta: (i) assumir o papel de Corte Suprema que exerça primordialmente a função prospectiva mediante a formação de precedentes não depende apenas de um processo de percepção institucional por parte desses tribunais; (ii) a dedicação primordial a essa tarefa está atrelada diretamente à carga de trabalho, de modo que só há como dedicar-se especialmente a algo se isso for viável no plano fático; (iii) a idoneidade do sistema jurisdicional para a tutela de direitos não depende do estabelecimento de um modelo institucional idealizado ao STJ e ao STF como Cortes Supremas — não é demais frisar que nem Taruffo (2013, p. 136-139) prega esse formato —, até porque esses tribunais brasileiros não têm atuado de forma efetiva na formação de precedentes justificados que permitam a confrontação analógica, e sim de teses gerais e abstratas sem facticidade.

É como se a doutrina precedentalista estivesse a apostar na mudança paradigmática no processo decisório a partir da assunção desse papel idealizado de Cortes de Precedentes pela cúpula judiciária brasileira, quando, postas às claras a realidade jurisdicional de cada sistema e tribunal, parece inviável, por exemplo, que o STJ atue como o *Bundesgerichtshof*, considerando que sua carga de trabalho é muito mais elevada e os resultados alcançados pela Corte Federal Alemã em termos de coerência, unidade e integridade decorrem de premissas distintas (preocupação sistêmica e cultura decisória de respeito à jurisprudência).

Eis a questão problema, em suma: como admitir, com rigor científico, a afirmação de que o STJ deve atuar aos moldes do *Bundesgerichtshof* (MITIDIERO, 2017, p. 153), se existe um abismo entre a carga de trabalho dessas cortes e, além disso, a segurança jurídica e a unidade do direito no sistema alemão atingiram patamar de relevância por força de elementos histórico-culturais, e não de um modelo legislativo imposto?

Com plausibilidade, poder-se-ia argumentar que é justamente a implementação de um sistema de precedentes judiciais que permitirá a redução da carga de trabalho (vide justificativas de ordem consequencialista no tópico 2.2 deste trabalho) e a atuação da cúpula judiciária brasileira como Cortes Supremas. Entretanto, pontas soltas na doutrina voltam a se evidenciar: “A unidade do direito contribui para a clareza, atributo indispensável para a orientação da vida social e à previsibilidade. A falta de clareza, compreendida como indeterminabilidade ou

equivocidade dos textos legais, é eliminada pelos precedentes [...]” (MARINONI, 2016b, p. 106).

Perceba-se que a colocação feita pela tese precedentalista é categórica: segundo tal vertente, os precedentes *eliminam* a indeterminabilidade ou equivocidade dos textos legais. E ela assim se confirma: “[...] sendo os enunciados jurídicos potencialmente equívocos antes do processo de interpretação, a norma que dele resulta constitui um enriquecimento do sistema jurídico, servindo o precedente como meio de determinação do direito” (MITIDIERO, 2017, p. 85).

Das passagens acima pontuadas, nota-se que: (i) o enunciado legal, dotado de abstração e generalidade, é visto pela doutrina precedentalista como causa da indeterminabilidade e equivocidade do direito; (ii) de acordo com essa visão teórica, o problema seria eliminado pelo precedente judicial, formado mediante a interpretação (última e melhor) do texto legislativo pelas Cortes Supremas, que extraem a norma jurídica a ser aplicada a casos futuros.

Eis outra questão problema a ser retomada e enfrentada: e se aquilo que vem se firmando como precedente judicial à brasileira for — como tem sido, v.g “Boletim dos Precedentes” do STJ — um enunciado geral e abstrato que não representa a inteireza do caso, isto é, tornar-se um enunciado jurídico potencialmente equívoco mesmo após o processo de interpretação do texto legal? Não se está a voltar ao mesmo problema da equivocidade e da indeterminabilidade que essa doutrina majoritária diagnostica e condena ao tratar da legislação? Não é o enunciado precedentalista fator agravante da equivocidade do Direito?

Em suma, teoria e prática se desprenderam. A tese precedentalista, conquanto bem estruturada do ponto de vista teórico, alimentou a equivocada ideia de que o Brasil ratificou o *stare decisis* e um sistema de precedentes vinculantes cuja função institucional de concretização ficou a cargo de Cortes de Vértice — engolidas pela excessiva carga de trabalho judiciária — que fazem “precedentes” na mesma moldura utilizada pelo Legislador para construir textos legais, com os mesmos problemas estruturais que são condenados pela própria vertente mencionada.

Diante disso, a postulação de um papel idealizado de Corte de Precedente ou Corte de Interpretação ao STJ, aos moldes do *Bundesgerichtshof*, não se sustenta, nem teórica, nem faticamente. Passa-se, na sequência, a dialogar especificamente com a colocação de que o STF deveria inspirar-se na *Supreme Court* estadunidense para funcionar dentro do formato de uma verdadeira Corte Suprema, com o fim de demonstrar que essa premissa também não se justifica, por razões adicionais e complementares às expostas até esta etapa.

Hélio Krebs (2015, p. 107-108) esclarece que, desde a colonização norte-americana,

prevalece o sistema do *case law* em quase todo o território estadunidense e a cultura de utilização do precedente judicial foi herdada do direito inglês, devendo-se considerar, contudo, que o *stare decisis* é mais ameno e relativizado em comparação à Inglaterra, podendo o juiz norte-americano decidir com maior liberdade diante de um precedente. Esclarece também que naquele país o sistema de precedentes é visto como decorrência da própria estrutura do Poder Judiciário e do princípio da igualdade.

Segundo William Pugliese (2016, p. 55-59), em complemento a essas considerações, nos Estados Unidos da América não existe edição legislativa que imponha expressamente ao Judiciário o dever de seguir precedentes, apenas leis que prescrevem a possibilidade de reforma das decisões judiciais. Para o autor, a estruturação do Poder Judiciário estadunidense, à luz da interpretação do artigo 3º da Constituição Americana, permite inferir que as decisões das cortes de ápice devem ser seguidas e difundidas pelos demais juízes e tribunais, e que há semelhança em tal lógica/justificativa em comparação à escolha da CRFB/1988 ao denominar e estabelecer as funções do STF e STJ.

Respeitado o posicionamento daqueles que enxergam nessas semelhanças o argumento para que a doutrina prescreva um formato ideal de atuação ao STF e STJ como Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, tais comparações parecem não bastar para emplacar esse modelo.

Nessa ordem de ideias, retoma-se o problema identificado no tópico 2.3 deste trabalho: vinculação *ex lege* e apriorística não é típica do trabalho com o precedente judicial e, no Brasil, insistiu-se justamente na adoção de um modelo formalmente vinculante pela via legislativa, sem que antes tenha havido a sedimentação cultural da necessidade de se assegurar unidade ao direito, previsibilidade e segurança jurídica, por meios outros.

Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 126-127) esclarece que a teoria do *stare decisis* não é uma imposição legislativa, mas sim uma concepção desenvolvida no exercício da jurisdição e controvertida na doutrina e no âmbito dos próprios tribunais, isto é, inexistente sistematização legislativa com rigor que imponha sua implementação e, ao citar Stefanie Lindsquit e Frank Cross (2005, p. 1156), aponta que se trata de prescrição informal e arraigada, observada por juízes e tribunais, sem uma teoria dominante consolidada.

Com base nessas prévias (porém substanciais) diferenças entre as tradições postas em comparação, pode-se verificar, de plano, que não parece adequado prescrever — como faz a doutrina precedentalista — que o STF funcione aos moldes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Aspectos interessantes são extraídos por Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 128-130) a partir dos escritos de Rupert Cross e J.W Harris (2004, p. 19), no sentido de se observar que

nem mesmo a *Supreme Court* e as demais cortes de apelação dos diferentes estados norte-americanos se sentem totalmente constrangidas por decisões anteriormente tomadas, e também que, nos Estados Unidos da América, não se propõe que juízes e tribunais devam aplicar incondicionalmente os precedentes.

Para o jurista brasileiro, da análise casuística do julgamento *Montejo v. Louisiana*, oriundo da Suprema Corte estadunidense, extrai-se a existência de substancial controvérsia quanto ao modo e conveniência de aplicação dos precedentes: há vários aspectos a serem observados de antemão, como a sua fundamentação, viabilidade, os interesses em questão, e a antiguidade do pronunciamento judicial. Isso permite constatar, segundo ele, que mesmo na *common law* norte-americana as características dos precedentes judiciais e do *stare decisis* são bem diferentes da ideia de força vinculante que auferes espaço na normatização proposta por alguns autores da doutrina brasileira. Acrescente-se que, nem nos Estados Unidos da América ou no Reino Unido, há um ambiente calmo e definido, isto é, inexistente consenso teórico sobre o *stare decisis* ou blocos bem talhados da tradição do *common law* (LOPES FILHO, 2020, p. 130-132).

Michael Gerhardt (2008), segundo citado por Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 136-137), desenvolve interessantíssima análise dos julgamentos da *Supreme Court* entre os anos de 1990 a 2005, para extrair as seguintes conclusões: (i) nesse período, revogaram-se sete vezes mais precedentes do que em todos os anos anteriores desde a independência dos Estados Unidos da América, ou seja, após a consolidação do *stare decisis* na doutrina estadunidense no século XX, mudaram-se mais os entendimentos consagrados em precedentes do que quando ela ainda estava em formação; (ii) a média de estabilidade de um precedente judicial foi de 29,2 anos, muito próxima da média de 30 anos do mandato de um *justice*, a se verificar que os precedentes perduraram enquanto permaneceram os seus julgadores, notadamente porque apenas quatro precedentes foram revogados/alterados sem que tenha havido a modificação dos membros que o editaram.

Disso pode-se notar que a afirmação contida na tese precedentalista de que o STF deve funcionar aos moldes da *Supreme Court* e que houve uma aproximação ou ratificação do *stare decisis* no Brasil consubstancia-se em idealização insustentável. Nem mesmo países de tradição de *common law* encaram os precedentes judiciais com tal pretensa vinculatividade intransponível e apriorística. Além disso, há relevantes indicativos de que a subsistência e integridade dos precedentes estejam ligadas ao lapso temporal de exercício da judicatura pelos *justices* que os editaram.

O sistema jurídico brasileiro é e continua sendo constitucêntrico (STRECK, 2021, p.

71), calcado em uma Constituição escrita, analítica, extensa; há um sistema marcado pela profusão de leis, códigos, decretos, e alguns provimentos jurisdicionais com vetor vinculante, tudo coordenado por uma Constituição normativa e por uma legalidade constitucional, de modo que todo juiz é guardião dessa arquitetura — coautor de uma obra coletiva —, pouco importando se é de piso ou de cúpula, e a responsabilidade política de cada um é indelegável, pelo que nenhum precedente — menos ainda os que pretendem sê-lo por meio de enunciados gerais e abstratos — desonera o juiz do dever e do direito de interpretar.

Convém frisar, como bem pontua Juraci Mourão Lopes Filho que (2020, p. 131):

[...] o Direito fortemente fundado em precedente não propõe nem persegue uma rigidez lógica, fundada em raciocínio formal. Ao contrário, se propõe aberto, inclusive admitindo aplicação retroativa de normas, para bem solucionar o caso posto diante do juiz, de modo a satisfazer a dimensão prática do Direito e não render maiores deferências a juízos abstratos ou raciocínios embasados em silogismos. Já por isso, não se pode aliar um sistema de precedentes – tomados apenas como normas – à previsibilidade e certeza de matiz exegético. Ao se tentar buscar a antevisão mediante a vinculação a julgados pretéritos, se terá como resultado, quando muito, uma previsibilidade artificialmente determinada pelos tribunais superiores, que serão a palavra autorizada a ser repetida pelas demais instâncias judiciárias, sob pena de cassação e punição. Será, pois, algo decorrente de um prestígio ao ato da autoridade e não de alguma característica ínsita dos precedentes. [...] Insistir nisso ocasionará uma frustração ou uma simples concentração de poder na última instância, que terá o único diferencial de ser a palavra final, fazendo que todo o arquétipo surgido tenha como pedra angular puramente a autoridade do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Não se pode admitir isso no constitucionalismo contemporâneo.

Esse processo de deslocamento teórico e idealizado do poder de ditar enunciados gerais, abstratos, prospectivos e aprioristicamente vinculantes às Cortes Supremas, que o vêm fazendo com lastro no substrato doutrinário que lhe foi dado e sem qualquer facticidade, além de inconstitucional e inadmissível no constitucionalismo contemporâneo, evidencia mais uma tentativa de solucionar problemas complexos com simplificações inócuas de aparência sofisticada. Vale lembrar: “[...] soluções aparentes construídas fora do contraditório, da fundamentação, da coerência e integridade da jurisprudência, tendem a voltar como novos problemas” (STRECK, 2021, p. 10).

Apontada a infertilidade da prática decisória que se diz precedentalista no âmbito do STF e STF, restou a essas Cortes de Vértice o poder idealizado pela vertente teórica majoritária para uma finalidade que se mostra inatingível pelos meios pretendidos (teses à brasileira). Essa concentração de poder, consubstanciada no processo de hegemonização judiciária trabalhado no primeiro capítulo, faz com que essas premissas da tese precedentalista tragam à tona velhos problemas que não se compatibilizam com o constitucionalismo contemporâneo, tema que se passa a abordar no próximo e último subitem.

3.4 Ode ao processualismo contemporâneo democrático: conectando pontos teóricos em prol de um (não) retorno ao passado

O processo de hegemonização do Poder Judiciário foi observado, de maneira geral, em diversos tribunais mundo afora, e a sua ascensão no quadro institucional nutriu (e foi nutrida por) teorizações que buscam justificar que a última e melhor interpretação corresponde ao que os tribunais dizem acerca do Direito. Essa perspectiva foi trabalhada no primeiro capítulo para se chegar à crítica à doutrina precedentalista no segundo e terceiro capítulos deste trabalho, de forma contrapositiva à tese de respeitáveis processualistas, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que, além de reforçarem esse panorama de hipertrofia institucional judiciária, foram além ao vislumbrar a necessidade de regulação da vida em sociedade por meio de precedentes judiciais, que seriam sempre obrigatórios e se originariam apenas em Cortes de Vértice.

Em complemento ao diálogo construído ao longo deste texto, cabe salientar que é preocupante a defesa de um papel tão poderoso e amplo às Cortes de Vértice, sem que antes se tenham bem definidos os meios de controle públicos e intersubjetivos dessas normas jurídicas (inclusive de sua qualidade) e uma teoria da decisão jurídica (STRECK, 2021, p. 28).

Nesse ponto, infirmada anteriormente a proposição de que STF e STJ devem funcionar como Cortes de Precedentes e aos moldes, respectivamente, da *Supreme Court* e do *Bundesgerichtshof*, é que há de se retomar a questão problema já antecipada no segundo capítulo: o âmago do precedente consubstancia-se na fundamentação da decisão judicial. Se bem construída, qualitativa e legítima, naturalmente será observada e eventualmente sua *ratio decidendi* acabará identificada e seguida por órgãos jurisdicionais subsequentes que vierem a se deparar com casos de circunstâncias fático-normativas essencialmente semelhantes.

Não se comunga, neste trabalho, do entendimento do respeitável processualista Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 98-99), que encara o medo de outorgar poder às Cortes Supremas como injustificável resquício histórico da formação do *civil law*:

Por outro lado, uma circunstância, própria à origem e tradição de *civil law*, ainda marca a dificuldade de se atribuir autoridade aos precedentes das Cortes Supremas. Estava presente no ambiente da Revolução Francesa o sentimento de que as Cortes Judiciais, especialmente as de vértice, seriam um perigo para o poder revolucionário. Havia Fundados motivos para se imaginar que as cortes poderiam manipular a lei. [...] Curiosamente, porém, a natural evolução — que perpassou vários períodos da história — do poder dos juízes, resultante, inclusive, do desenvolvimento da teoria da interpretação e do impacto do constitucionalismo, não foi suficiente para espantar o receio de se outorgar autoridade às decisões das Cortes Supremas. Ainda se pensa que o poder das Cortes pode rivalizar com o direito produzido pelo parlamento. Não só

isso: há no cenário social a sensação de que as Cortes podem ser instrumentalizadas pelo executivo em detrimento do legislativo (MARINONI, 2016b, p. 98-99).

Há razões bastante plausíveis para justificar o receio de outorga desse papel institucional precedentalista às Cortes Supremas: (i) como antes referenciado por Lenio Streck (2021, p. 28), não estão definidos quais são os meios de controle públicos e intersubjetivos da legitimidade e qualidade dessas normas jurídicas; (ii) consoante estudo de Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 145), o STJ e STF não possuem uma prática decisória de trabalho com o precedente judicial como *principium argumentativo*, e sim um método arraigado de mera transcrição de ementas e julgados sem qualquer comparação fático-normativa; (iii) de acordo com a análise realizada no subtópico anterior, os precedentes judiciais são encarados como teses gerais e abstratas pelo próprio STJ, que divulga os “Boletins de Precedentes” contendo a enumeração de temas e teses, sem facticidade dos casos; (iv) não há no Brasil um panorama histórico-cultural que tenha propulsionado uma preocupação sistêmica com a segurança jurídica e unidade do Direito — interessante notar que esse diagnóstico é feito pela própria tese precedentalista, na obra “A Ética dos Precedentes”, em que Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 103-104), tomando por base o conceito de homem cordial cunhado por Sérgio Buarque de Holanda (2012), defende um sistema de precedentes vinculantes como forma de combater o sujeito individualista que vive da indeterminação do direito e da pessoalidade das relações com o Judiciário na busca de fazer valer seus interesses privados —, de modo que a implementação de técnicas de julgamento (teses à brasileira) não se prestam, por si sós, à consecução de objetivos (segurança jurídica, previsibilidade e unidade) cuja sedimentação se dá por processos pedagógicos e histórico-culturais; (v) a prescrição de modelos idealizados ao STJ e ao STF, da forma como posta na corrente precedentalista, sem que o panorama histórico-cultural brasileiro e a realidade jurisdicional de nossos tribunais guardem efetiva compatibilidade com os daqueles colocados em comparação (*Bundesgerichtshof* e *Supreme Court*), notadamente porque nem Taruffo propôs homogeneização discursiva nesse formato, evidencia mais um discurso vazio do papel institucional precedentalista que essa corrente prega à cúpula judiciária brasileira, do que uma demonstração concreta — de evidências científicas no plano do direito comparado — que justifique a aproximação pretendida.

Cabe registrar, uma vez mais, que não se está a pregar insubordinação hierárquica ou incentivar um estado de insegurança jurídica: o que se busca é um sistema decisório qualitativo, efetivo e que respeite o Estado Democrático Constitucional; é a contribuição para formar uma Teoria do Direito e dos precedentes judiciais que não se ocupe de rearranjos institucionais ou postule papéis utópicos, na tentativa de trazer ares de sofisticação aos tribunais brasileiros e de

implementar, acriticamente, institutos e estruturas dogmáticas do direito estrangeiro.

Lenio Luiz Streck (2021, p. 34-35) assim alicerça as perspectivas defendidas neste trabalho:

A defesa do precedentalismo (permita-me, respeitosamente, assim chamar a tese) é, na verdade, uma teoria normativa da política à procura de uma boa teoria do Direito. Rearranjos institucionais — bem como ponderações sobre o que funciona melhor ou traz melhores resultados — são coisas de teoria política. O papel de uma adequada teoria do Direito é apontar os limites dos rearranjos.

Não parece que as prescrições da doutrina precedentalista estejam a valorizar, da forma devida, o aspecto qualitativo do processo decisório e a fundamentação da decisão judicial. Nem mesmo tendem a se enquadrar como contribuição à uma Teoria do Direito, à vista do rearranjo institucional precedentalista que a vertente propõe.

É preciso que a efetividade qualitativa se sobreponha à quantitativa, e a racionalização de números se renda ao dever de fundamentação jurídica. As justificativas consequencialistas de um discurso não servem para mascarar o frágil processo decisório que se esconde na prática arraigada dos tribunais pátrios em geral, igualmente presente no âmbito das Cortes Supremas.

Assim deve sê-lo porque essas efetividades não se confundem. Segundo Lenio Luiz Streck (2021, p. 38-39), a tese precedentalista prestigia a efetividade quantitativa como solução para o fenômeno da jurisprudência lotérica e da irracionalidade do Direito, caotizando o cenário decisório, pois, ao outorgar às Cortes de Vértice a formulação de respostas prontas, acabadas, padronizadas e superficiais; acaba, na verdade, por estimular a recorribilidade, aumentando a demanda do Poder Judiciário. O autor afirma precisamente que, estivesse o foco na efetividade qualitativa (fundamentação decisória detalhada e individualizada), que é justamente a *ratio* do Código de Processo Civil, o sistema funcionaria melhor.

Eis a suma desse pensamento: “Cumprir à risca o artigo 489 e o artigo 926 oferta, pelo conteúdo, às decisões dos tribunais a função de estabilização de expectativas e a integridade que se almeja” (STRECK, 2021, p. 39-40).

Com efeito, a proposta da tese precedentalista coloca a eficiência e o funcionalismo acima da autonomia do Direito e das características elementares de um Estado Democrático Constitucional ao defender a equivalência da autoridade do precedente à do órgão jurisdicional que o emite. Abordou-se essa questão problema exaustivamente no capítulo anterior.

Precisas as colocações de Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 188) ao estabelecer que: “Na processualidade democrática não é possível que apenas e tão somente um tribunal superior diga qual o sentido correto das normas pela via de um precedente, sob pena de torná-lo não

fiscalizável e abrir margem ao solipsismo dos julgadores”.

Os caminhos a percorrer para alcançar um patamar substancial de unidade, integridade e segurança jurídica não correspondem e nem se enquadram no papel do precedente judicial vislumbrado pela doutrina majoritária, conforme leciona Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 78-79):

[...] a busca por certeza e previsibilidade remanesce. Ainda se tem uma sociedade de mercado que prima por esses dois valores. Naturalmente, passaram a ser buscadas também na atividade jurisdicional. É desde então que se tenta atribuir novo papel aos precedentes no Brasil. As velhas aspirações exegéticas se expressam com roupagem nova, sendo substituído o fetichismo legal por um fetichismo dos precedentes, que passam a desfrutar das características redentoras antes outorgadas à lei do Estado Legislativo. Destaque-se: em razão do quadro instaurado pelo neoconstitucionalismo brasileiro, não se buscou constituir outras concepções de certeza e previsibilidade, simplesmente se reeditou a visão exegética do século XIX e se substituiu a lei pelo precedente. [...] Pode-se perceber nessa lição a mistura de uma credulidade típica do positivismo exegético, apenas substituindo a lei pelo precedente, com um ceticismo em relação às leis próprio do realismo ianque dos anos 1920/30. Não se detecta algo realmente novo ou que parte de uma nova teoria do Direito que tente superar as credences do passado, as quais foram infirmadas já pelo positivismo normativista. Isso representa um paradoxo, pois a causa apontada para essa nova função dos precedentes é atribuída ao novo constitucionalismo.

No constitucionalismo contemporâneo brasileiro, não pode haver espaço para a reedição de crenças típicas do positivismo exegético, superado há muito, no século XX, pelo positivismo normativista, nem do ceticismo à legislação, próprio do movimento realista estadunidense. Não há uma nova Teoria do Direito em construção na doutrina precedentalista. Quiçá nem do Direito ela seja, como bem salientado por Lenio Luiz Streck ao diferenciar teorias políticas e jurídicas (2021, p. 34-35).

Especificamente no tocante ao realismo norte-americano, segundo Ugo Mattei e Laura Nader (2013, p. 157-159), conforme citado por Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico da Sena Horta (2017, p. 23-24) ao se referirem à tentativa de mesclar e reeditar movimentos teóricos superados com a pretensa roupagem precedentalista no Brasil, é entendido como uma abordagem que reconhece que o Direito é resultado/produto de decisões políticas tomadas pelo estrategista político, com origem em sua concepção política da sociedade, de acordo com a qual o jurista atua como engenheiro social para equilibrar conflitos de interesse a partir da criação da estrutura jurídica, com o fim de regular a interação social futura. Em suma, o Direito seria visto como uma preferência política do último tomador de decisões; esclarecem os autores.

Nesse aspecto, fica estabelecida a relação com os movimentos teóricos analisados no primeiro capítulo. Parte da doutrina brasileira — a corrente precedentalista — está alimentando

um fetichismo de decisões judiciais de cúpula, mal fundamentadas e com ares de sofisticação que lhes deram o poder de normar: as teses gerais e abstratas que pretendem regular a vida em sociedade e resolver todos os problemas antes que eles surjam.

A unidade e a integridade do Direito, a segurança jurídica e a previsibilidade não são passíveis de consolidação a partir de fórmulas mágicas, técnicas de julgamento sofisticadas, prescrições idealizadas e rearranjos institucionais ao bel prazer de um movimento teórico que se diz precedentalista, em um país cujas decisões tribunalícias são meramente reprodutoras de ementas e teses, sem comparação do núcleo fático-jurídico dos casos examinados.

Retoma-se o problema da vinculação *ex lege* abordado no segundo capítulo e das fragilidades da proposta teórica em exame:

“[...] em nenhum país em que o precedente faz parte de sua tradição jurídica é necessário que a lei imponha um sistema de vinculação, definindo o que é precedente e impedindo “atos de rebeldia” diante da autoridade do precedente, na medida em que a interpretação da Corte de Precedentes teria “valor em si mesma” (sic – valor em si mesmo quer dizer: *auctoritas nos veritas facit precedent*). Exatamente isso! Ademais, será que em algum país do *common law* a “obrigatoriedade” dos precedentes decorre de lei, como queria Marinoni já na primeira edição do seu livro Precedentes Obrigatórios, no qual apresentava uma “proposta de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes”? É verdade que muitos dirão que, no Brasil, por força do “princípio da legalidade” (artigo 5º, II, CF), somente é possível atribuir força vinculante aos “precedentes” pela via legislativa. Engraçado isso: a lei é necessária para que o precedente seja vinculante, mesmo que ele esteja em desconformidade com a lei! Não teríamos aí uma contradição? (STRECK, 2021, p. 35).

A ideia de formalismo vinculativo ao precedente judicial em razão da autoridade do órgão jurisdicional é considerada normativista e não pode ser entendida como a única válida (e nem a mais adequada) para o enfrentamento do tema. As amarras da tradição normativista brasileira misturam-se a esse projeto de poder de Cortes Supremas e tornam o Brasil campo fértil para a não consolidação efetiva de precedentes judiciais:

a versão normativista sobre o precedente (precedente reduzido à norma), no nível teórico e ideológico, não é a única válida para enfrentar o assunto. O mesmo ocorre com as súmulas. Embora estas venham sendo, inegavelmente, aplicadas como instrumentos legislativos, não significa que essa seja a única maneira existente. Ao contrário, isso deriva muito mais de uma escolha acerca do que se concebe como súmula e precedente do que uma consequência inarredável da fenomenologia jurídica. Basta constatar que, na tradição inglesa, mesmo sem romper com o positivismo normativista, os precedentes não são encarados da maneira formalista com que se propõe na tradição continental e, atualmente, no Brasil de um modo geral (LOPES FILHO, 2020, p. 173).

Daniel Marques de Camargo (2020, p. 202-204), analisando o cenário de incompreensão prática e doutrinária, assevera (i) o mundo não pode ser apreendido no precedente judicial, nem

do aspecto jurídico, nem fático; (ii) em tempos de imediatismo, liquidez e superficialidade, a exigência e o afã de buscar as premissas constituidoras do precedente parecem mais uma utopia do CPC/2015 do que algo alcançável em termos práticos; (iii) na realidade forense nacional, constata-se uma verdadeira desconsideração de questões de fato e de direito, em prol da suposta celeridade processual — nesse diagnóstico, extrai-se, novamente, o quantitativo se sobrepondo ao qualitativo —, e uma míope e autômata aplicação de precedentes, sem qualquer correlação ou pertinência entre as situações submetidas à jurisdição; (iv) a operação de fundamentos determinantes exige base qualitativa e educação pedagógica desde os bancos da graduação, com lastro em raciocínio jurídico efetivo, não em mnemonia.

Essas considerações estão a unir as proposições até esta etapa abordadas: é preciso dialogar criticamente com a teoria precedentalista para evitar um retorno ao passado; a voga de uma doutrina que não se encaixa no escopo de uma Teoria do Direito; as prescrições retóricas e idealizadas de um modelo institucional incompatível com a jurisdição brasileira; o transplante acrítico de institutos de direito estrangeiro que acabaram desfigurados em sua essência; a recriação do juiz boca da lei como juiz boca dos precedentes à brasileira (as teses gerais e abstratas); a concentração demasiada de poder na cúpula judiciária inspirada (e justificada) em um papel institucional pretensamente precedentalista, sem que antes haja a devida estruturação do controle da qualidade da fundamentação da decisão judicial.

É sobre esse último aspecto que calha estabelecer conexão com o processo de ascensão institucional do Poder Judiciário no mundo, percorrido no primeiro capítulo deste trabalho: a partir das hipóteses teóricas trabalhadas com os conceitos de juristocracia por Ran Hirschl e de supremocracia por Oscar Vilhena Vieira, torna-se possível traçar paralelo com o precedente à brasileira das Cortes de Vértice.

A intervenção do Poder Judiciário nas relações humanas e a centralização de poder nos respectivos órgãos de cúpula (STJ e STF) tendem a hipertrofiar ainda mais no Brasil a partir das proposições institucionais estabelecidas na doutrina precedentalista, somadas ao papel de normar por meio da fixação de teses gerais, abstratas, prospectivas e vinculativas *a priori*.

Abordando a proposta de Cortes Supremas da doutrina majoritária, Dierle Nunes, Flávio Quinaud Pedron e André Frederico da Sena Horta (2017, p. 23-24), afirmam que houve uma:

[...] evidente assunção de um perfil altamente ativista da Jurisdição, num modelo de fundo ultraestatalista e avesso a uma postura participativa e dialógica do direito, e sobrelegislativa, uma vez que se situa não só acima dos demais juízes, mas também acima do próprio legislador. Os riscos de assunção de tal concepção criariam a manutenção de um projeto de poder ligado às virtudes não evidenciadas nos tribunais superiores de qualquer lugar do planeta.

Com efeito, inegável a postura ultraestatalista e os riscos advindos dessa concepção para o equilíbrio entre os poderes estabelecidos, ao próprio Estado Democrático de Direito e ao processo decisório constitucional, dialético e participativo. A aposta em supostas virtudes das Cortes Supremas, como bem ressaltam os aludidos autores (2017, p. 22), evidencia tentativa de resolver problemas de ordem funcional atribuindo ares de legitimidade a um projeto teórico antidemocrático e de reforço das elites — agora, além de judiciária, também de cúpula.

Luiz Gustavo Reis Mundim (2018, p. 230-237), examinando os estudos de Roberta Maia Gresta (p. 09-60), concebe a cidadania como um vínculo jurídico-político-constitucional que entende o indivíduo como vetor dos pronunciamentos estatais e partícipe do devido processo constitucional, relacionando-a à efetividade processual, que só será legítima pela integração do cidadão nas instâncias decisórias.

Esses aspectos relacionam-se diretamente com a inadequação das premissas da doutrina precedentalista, que afastam teóricos, advogados, promotores e magistrados do devido processo constitucional participativo, dialógico e democrático, e mais ainda os cidadãos, uma vez que, se os precedentes (que na realidade são teses gerais, abstratas e vinculativas) já contêm todas as respostas prontas, então resta concluir que estão todos — à exceção da cúpula judiciária — alheios ao seu processo de formação, interpretação e aplicação. Parece haver na tese uma exclusão ou, ao menos, um distanciamento da comunidade em relação às Cortes de Vértice.

José Joaquim Calmon de Passos (1999, p. 01-07) escreveu texto intitulado “Cidadania e efetividade do processo”, em que o inicia com a seguinte frase: “A efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica”. E aponta que a efetividade não pode ser considerada um valor em si mesma, sob pena de se deixar de lado a preocupação com a qualidade ou o valor do que foi decidido.

Criticando a falta de legitimidade à tese dos precedentes à brasileira fundados em Cortes Supremas, Luiz Gustavo Reis Mundim (2018, p. 234-237) acrescenta/defende a necessidade de estabelecer equivalência semântica entre segurança jurídica e legitimidade, de modo a evitar a desistencialização do Direito e a mera valorização do ato de poder do magistrado (de cúpula):

O discurso processual, então, torna-se inócuo frente ao prestígio do “ato de poder” e da “autoridade da decisão do magistrado”, vez que o cidadão é excluído do *iter* da construção dos pronunciamentos decisórios. [...] Uma vez, então, que o exercício da Cidadania se dá pela observância da principiologia constitucional e institutiva do processo, necessária sua articulação com a efetividade, a fim de que haja ganho de legitimidade e eficiência sistêmica, além do reconhecimento do povo sujeito constitucional como construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico. Assim, na processualidade democrática, a segurança jurídica deve ser ressemantizada para se figurar como legitimidade [...].

São as seguintes correlações que precisam ser estabelecidas: (i) já se verificou que a tese precedentalista põe o discurso da efetividade quantitativa sobre a qualitativa e que, para ela, mais valem os supostos benefícios de estabilização de expectativas e dos padrões decisórios do que a qualidade da fundamentação da decisão judicial; (ii) esse modelo é contrário ao processo constitucional democrático e exclui não só a comunidade jurídica da formação dos precedentes judiciais, mas também (e ainda mais) os indivíduos, a prejudicar a concepção de cidadania; (iii) em uma processualidade democrática e à luz do constitucionalismo contemporâneo, a segurança jurídica precisa ser entendida segundo a legitimidade, e só haverá legitimidade aos precedentes se sua formação, interpretação e aplicação se derem dentro do escopo de decisões judiciais participativas, dialógicas, qualitativas (artigo 489 do CPC), e que não tenham a pretensão de se tornar teses gerais e abstratas para a apreensão do futuro.

Há algo de novo nos problemas da tese precedentalista à brasileira? Algo que não havia sido diagnosticado — em semelhante panorama — por Ran Hirschl ao analisar o processo de hegemonização judiciária e firmar o conceito de juristocracia? Não se está a verificar uma expansão da cúpula judiciária em detrimento dos demais poderes e instâncias inferiores do próprio Judiciário, aos moldes da ideia de supremocracia cunhada por Oscar Vilhena Vieira, só que agora com nova roupagem e outros agravantes? Tudo está a indicar, concretamente, que é negativa a resposta às primeiras indagações e afirmativa à segunda.

São velhos problemas escondidos em novas roupagens teóricas que buscam se sustentar em colocações de direito comparado carecedoras de concretude e viabilidade prática. O aspecto central da qualidade da fundamentação da decisão judicial é colocado em segundo plano nos debates acadêmicos. Parece haver, no Direito e nas demais esferas das relações humanas, uma busca por fórmulas e prescrições que sejam prontamente capazes de resolver todos os problemas da vida — o básico e essencial em termos de teoria jurídica tornou-se menos importante do que a enunciação de fórmulas idealizadas e sofisticadas, com ares de direito estrangeiro.

O fenômeno da manualização/simplificação/esquematização do Direito há muito vem impregnando os estudos teóricos e a doutrina jurídica. Chegou a vez das decisões judiciais: elas não precisam mais ser lidas; é preciso facilitar. Basta o seu resumo, a ementa, ou a tese geral e abstrata que se fixa a partir do provimento jurisdicional. E o caso concreto? Não se conhece, nem é preciso. O mundo da informação rápida, vazia e de consumo imediato chegou ao quadro institucional do Poder Judiciário brasileiro, com a falsa roupagem de precedente judicial, sob a justificativa de reduzir a carga de trabalho, estabilizar expectativas sociais e uniformizar padrões decisórios, à luz da ingênua pretensão de amestrar o futuro.

Que este trabalho contribua à consolidação de um processo decisório constitucional

democrático, legítimo, dialógico e participativo e, de alguma forma, some à luta travada pela corrente teórica minoritária diante do fenômeno de desistencialização do Direito em falsos precedentes judiciais que, na prática, se revelam como teses gerais, abstratas, prospectivas e pré-vinculativas de Cortes de Vértice. Essa luta é para que o Direito não seja — parafraseando manifestação proferida pelo Ministro Luiz Fux em sessão de julgamento do TSE no REsp 7586-SC — o que as Cortes Supremas dizem que é.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As premissas da doutrina precedentalista calcada em Cortes de Vértice foi submetida às contraproposições do referencial teórico adotado neste trabalho, bem como o respectivo modelo de precedentes (obrigatórios e exclusivamente oriundos dos aludidos órgãos jurisdicionais de cúpula) passou por testagem de viabilidade, adequação e legitimidade, à luz das particularidades e características do sistema jurídico brasileiro, ao fim de que se extraíram as seguintes constatações, lastreadas nas obras e julgados referenciados/citados neste trabalho:

1. Há, no Brasil, desde as primeiras constituições republicanas, uma forte tendência de concentração de atribuições nos órgãos do Poder Judiciário e, mais recentemente, uma construção histórico-social característica do neoconstitucionalismo inspirada por ideais pós-positivistas, que encontraram, notadamente no período de redemocratização, sentimento de Constituição e clamor pela concretização dos direitos e garantias que foram assegurados na CRFB/1988, como forma de atender às novas demandas e expectativas sociais.

2. A relação entre a ascensão do Poder Judiciário no quadro institucional no Pós-Segunda Guerra e os ideais do neoconstitucionalismo verificou-se, de maneira geral, nas demais democracias contemporâneas. Contudo, esse movimento foi ainda mais forte no Brasil, em vista das tendências acima mencionadas e do caldo político presente ao final da ditadura militar, circunstâncias que contribuíram para que a CRFB/1988 atribuísse ao STF funções jurisdicionais que, em comparação aos tribunais constitucionais de outros países, não são tipicamente concentradas em um único órgão jurisdicional, sobrecarregando-o com tarefas e conflitos que poderiam (e deveriam) ser resolvidos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Resultado disso foi (e ainda é) o protagonismo judicial exacerbado, cujos principais fenômenos são amplamente debatidos, há muito, na doutrina.

3. Daí se observa a existência de base política, histórica e cultural que nutre, ainda nos dias de hoje, teorizações que apostam demasiadamente no Poder Judiciário como pacificador de conflitos e gerenciador da vida social, principalmente nos seus órgãos de cúpula, como é o caso da doutrina precedentalista em voga no Brasil, objeto de análise neste trabalho, encabeçada por grandes processualistas — registre-se, uma vez mais, a relevância das obras de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Hermes Zaneti Jr., dentre outros, assim como a admiração deste autor pelos notáveis estudos produzidos por tal vertente teórica —, responsável por fazer importantes considerações de direito comparado e postulações acerca da necessidade de um sistema de precedentes fundado em Cortes Supremas para o sistema jurídico brasileiro, visando garantir segurança jurídica, igualdade, previsibilidade, dentre outros valores e

princípios de estatura constitucional.

4. A utilização dos precedentes judiciais é possível e necessária ao sistema jurídico brasileiro. Entretanto, para que haja concretude, viabilidade e legitimidade ao processo de formação e aplicação de precedentes, inadequado um modelo cuja vinculação se dê estritamente *ex lege* e parta da premissa da autoridade do órgão jurisdicional como alicerce principal ou exclusivo para explicar o fenômeno da vinculação a *ratio decidendi*.

5. As características da prática decisória arraigada em nossa cultura judiciária, inclusive no âmbito das próprias Cortes de Vértice, depõem contra a pretensão de atingir a estabilidade, coerência, integridade e racionalidade, por meio de pronunciamentos judiciais — chamados de precedentes — que pretensamente vinculem pela roupagem formal eleita pelo legislador, tendo em vista a corriqueira utilização de padrões decisórios (citação superficial de ementas de julgados) sem o aprofundamento e a comparação efetiva das circunstâncias fático-jurídicas de cada caso concreto.

6. O processo de valorização e implementação do precedente judicial no ordenamento brasileiro começou pela ordem inversa e de forma atípica, tendo em vista que o mais relevante ao instituto em sua origem na tradição de *common law* é a fundamentação da decisão judicial e o caldo cultural sedimentado ao longo de séculos de experiência jurídica na prática dos juízes e tribunais.

7. É tecnicamente impróprio falar em sistema de precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro, a menos que se reconheça que o emprego da expressão é feito de forma desfigurada em relação ao que originariamente é um precedente judicial, em todos os seus aspectos, fundamentos e características.

8. Mais adequado admitir que o CPC estabeleceu uma sistemática de pronunciamentos jurisdicionais de observância obrigatória, pois a decisão judicial é apenas a roupagem que recobre a unidade fático-jurídica de um caso concreto apreciado e decidido pelo Estado-juiz, e o precedente é o que se extrairá de tal unidade com efeitos normativos, em caráter argumentativo, para a solução de casos futuros e análogos.

9. A sistemática dos artigos 926 a 928 do CPC tem por finalidade racionalizar a carga de trabalho judiciária por meio da aceleração e uniformização de julgamentos, mostrando-se idônea, desejável e útil para a sociedade, em geral.

10. Em termos de justificação teórica, o fenômeno da vinculação ao precedente não pode ser explicado pela mera imposição formal-legislativa, porque não é assim que se opera nem mesmo nos países de tradição precedentalista. Os objetivos almejados pela teoria precedentalista não parecem ser sempre alcançáveis pela aposta inquestionável na função

prospectiva das Cortes Supremas ou Cortes de Precedentes, ainda mais quando o que a comunidade jurídica, de maneira geral, compreendeu — equivocadamente — como precedente não é o que corresponde efetivamente ao instituto em sua origem e tradição.

11. Também por isso, inadequado restringir ao âmbito de Cortes de Vértice a formação do precedente (aspecto funcional do conceito de precedente proposto pela vertente majoritária), se o que lhe sustenta essencialmente é a qualidade e a autoridade da fundamentação fáctico-jurídica integrante da decisão judicial que o contém. Lenio Luiz Streck (2021) alerta que a força do precedente se impõe pelos argumentos de princípios que o sustentaram (caráter argumentativo), não pela autoridade formal do órgão jurisdicional.

12. Não é válido afirmar que houve no Brasil a ratificação do *stare decisis* e a adoção de estruturas dogmáticas do *common law* simplesmente porque existe um movimento de valorização de padrões decisórios no CPC.

13. É necessário consagrar em nosso sistema as premissas da completa fundamentação da decisão judicial (artigo 489 do CPC) antes de se pensar em pronunciamentos judiciais que vinculam em razão de sua roupagem formal. A valorização da fundamentação da decisão judicial deve ser o escopo do trabalho com precedentes judiciais, acima de qualquer outra preocupação. Lenio Luiz Streck (2021), com razão, alerta para a constatação de que, se os artigos 489 e o 926 fossem cumpridos à risca, atingir-se-iam os objetivos propostos pela doutrina precedentalista, em termos de estabilização das expectativas e integridade.

14. No diálogo crítico, desenvolvido especialmente no último capítulo, constatou-se que: (i) existem aberturas terminológicas na doutrina precedentalista que, somadas ao aspecto funcional do conceito de precedente por ela proposto e ao afã de reger os acontecimentos futuros, acabam por favorecer e estimular, no âmbito das Cortes de Vértice, a fixação de teses jurídicas gerais, abstratas, prospectivas e pré-vinculativas, com problemas estruturais semelhantes aos dos enunciados e da própria legislação (mencionados problemas são identificados por Lenio Luiz Streck, 2021); (ii) os precedentes judiciais, notadamente porque distorcidos em estrutura e características no Brasil, não têm a capacidade de assegurar absoluta antevisão de resultado (trata-se de ratificação das conclusões de Juraci Mourão Lopes Filho, 2020); (iii) precedentes legítimos não ultrapassam o plano da facticidade e seu padrão operacional é sempre do particular para o particular, isto é, de caso concreto para caso concreto (ratificação das conclusões de Streck, 2021); (iv) a doutrina precedentalista acaba por desexistencializar o Direito ao pregar (ou, ao menos, alimentar) a operacionalização do precedente do geral e abstrato para o particular e concreto; (v) não são precedentes legítimos os que vêm se consagrando no Brasil e estão mais próximos do velho e inconstitucional instituto

dos assentos portugueses do que do *stare decisis* (idem, Streck, 2021); (vi) um sistema jurídico capaz de respeitar exigências do ideal de coerência e integridade dispensa a fixação de teses gerais e abstratas pelo Poder Judiciário (idem, Streck, 2021); (vii) as Cortes não têm competência para fixar normas gerais e abstratas e essa postura é inconstitucional (idem, Streck, 2021).

15. A fortalecer e convergir com as conclusões de Lenio Luiz Streck (2021) na obra *Precedentes judiciais e hermenêutica*, submetem-se à verificação de coerência, viabilidade e legitimidade, no subcapítulo 3.3, as constatações de direito comparado encontradas na doutrina precedentalista, ao final de que se extraíram as seguintes observações: (i) não estão definidos quais são os meios de controle da legitimidade e qualidade dos padrões decisórios equivocadamente intitulados de precedentes judiciais (idem, Streck, 2021); (ii) o STJ e STF não possuem uma prática decisória de trabalho com o precedente judicial como *principium argumentativo*, e sim um método arraigado de mera transcrição de ementas e julgados sem comparação fático-normativa (ratificação da análise de Alexandre Freitas Câmara, 2018); (iii) os precedentes judiciais são encarados como teses gerais e abstratas pelo próprio STJ, que divulga “Boletins de Precedentes” contendo a enumeração de temas e teses, sem facticidade dos casos; (iv) não há no Brasil um panorama histórico-cultural que tenha propulsionado uma preocupação sistêmica com a segurança jurídica e unidade do Direito; (v) a implementação de técnicas de julgamento (teses à brasileira) não se prestam, por si sós, à consecução de objetivos (segurança jurídica, previsibilidade e integridade) cuja sedimentação se dá por processos pedagógicos e histórico-culturais; (vi) a prescrição de modelos idealizados ao STJ e ao STF, da forma como posta na corrente precedentalista, sem que o caldo histórico-cultural brasileiro e a realidade jurisdicional de nossos tribunais guardem efetiva compatibilidade com os daqueles colocados em comparação (*Bundesgerichtshof* e *Supreme Court*), notadamente porque nem Taruffo propôs homogeneização discursiva nesse formato, evidencia mais um discurso vazio do papel institucional precedentalista que essa corrente prega à cúpula judiciária brasileira, do que uma demonstração concreta — de evidências científicas no plano do direito comparado — que justifique a aproximação pretendida.

16. Por fim, observou-se, chancelando os textos de Juraci Mourão Lopes Filho (2020) e Lenio Luiz Streck (2021), que: (i) a formação de uma *teoria jurídica* dos precedentes judiciais não deve pregar ou se ocupar de rearranjos institucionais (idem, Streck, 2021), e sim de um modelo de formação e aplicação que prestigie a participação dos sujeitos do processo, dos indivíduos em geral e da comunidade científica; (ii) a doutrina precedentalista, da forma como proposta pela corrente majoritária, reanima crenças e concepções de movimentos teóricos

superados (mescla de realismo jurídico com positivismo exegético — idem, Lopes Filho, 2020) e contribui para aumentar a aposta exacerbada no Poder Judiciário como pacificador da vida social; (iii) um modelo de precedentes que coloque a efetividade quantitativa sobre a qualitativa não se adequa ao sistema jurídico brasileiro, nem às exigências de fundamentação da decisão judicial, mostrando-se contrário ao processo constitucional democrático (idem, Streck, 2021); (iv) na processualidade democrática e à luz do constitucionalismo contemporâneo, a segurança jurídica precisa ser entendida consoante a legitimidade (ratificação das conclusões de Luiz Gustavo Reis Mundim, 2018); (v) só haverá legitimidade aos precedentes judiciais se sua formação, interpretação e aplicação ocorrerem dentro do escopo de decisões participativas, dialógicas, qualitativas, e que não tenham a pretensão de se tornar teses gerais e abstratas para a suposta apreensão do futuro; (vi) a doutrina precedentalista majoritária traz velhos problemas escondidos em novas roupagens teóricas (idem, Lopes Filho 2020 e Streck 2021) que buscam se sustentar em colocações de direito comparado carecedoras de concretude e viabilidade prática; (vii) o aspecto central da qualidade da fundamentação da decisão judicial é colocado em segundo plano nos debates acadêmicos, se comparado aos tecnicismos que envolvem o precedente judicial (técnicas de aplicação, distinção e superação, por exemplo); (viii) não se pode permitir que o Direito se torne uma cega busca por fórmulas e prescrições pretensivas, supostamente capazes de resolver todos os problemas da vida; (ix) o básico e essencial em termos de *teoria jurídica* tornou-se menos importante do que a enunciação de fórmulas idealizadas e sofisticadas, com ares de direito estrangeiro; (x) precedente não é tese jurídica; não consiste em prescrição abstrata e generalizante; não tem sua formação limitada à cúpula judiciária; não vincula *ex lege*; não resume ou encerra a interpretação (nem do direito, nem do caso concreto); não tem todas as repostas para as situações futuras (idem, Streck, 2021).

Que este texto sirva, de algum modo, para ampliar o diálogo e o fluxo de ideias entre as correntes doutrinárias do Processo Civil e das Teorias do Direito, em prol da construção de uma teoria nacional dos precedentes judiciais adequada às particularidades de nosso sistema e tradição, capaz de conciliar pontos divergentes e de estabelecer um referencial teórico próprio sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Precedentes judiciais e colegialidade**: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos. 1 ed. Londrina: Toth, 2021.

ARAB, Abhner Youssif Mota. A ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011). *Revista da Defensoria Pública da União (DPU)*. Brasília: n° 50, mar-Abr/2013 - Parte Geral - Doutrina, p. 96-110.

BARBOSA, Claudia Maria. A Juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. Santa Maria, 2019, v.14, n. 02, p. 01-24.

BARBOSA, Claudia Maria. POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil e a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Minas Gerais, v. 01, n. 02, p. 309-334, jul./dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**. Rio de Janeiro: v. 09, n. 33, 2006, p. 43-92.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)**. Rio de Janeiro: v. 02, n. 21, jan./jun., 2012, p. 01-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNDT, Rafael Espíndola. SANTIN JÚNIOR, Walter. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 24, n. 30, p. 39-59, 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller. CALATAYUD, Eduardo Dante. RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do Direito e discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. 1.ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, 1. ed.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). São Paulo: **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, 2004, p. 127-150.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 655.265–DF**. Tema 509 de Repercussão Geral. Recorrente: União. Recorrida: Jaeline Boso Portela de Santana. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 abr. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1.307.386/RS**. Tema 1.141 – Responsabilidade Civil por disponibilização na internet de informações

processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de sigilo de justiça ou obrigação jurídica de remoção. Recorrente: Potelo Sistemas de Informação LTDA-ME. Recorrido: Claudiomiro Fonseca Spiering Junior. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Data de Publicação: 08/06/2021.

BRITO, Jaime Domingues. OLIVEIRA, Flávio Luís de. A convergência do sistema da *civil law* ao da *common law* e a concretização dos direitos. **Revista Intertemas - Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente-SP**. Presidente Prudente, v. 13, n. 13, p. 1-36, 2008.

Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2616>>.

Acesso em: 04/03/2022.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **O homem cordial**. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012.

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

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra. O pós-positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo. **Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico**. Curitiba: v. 02, n. 02, p. 127-148, jul./dez., 2016.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. **RDC**, nº 01, set-out/99. p. 01-07, Parte Geral – Doutrina, disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_01_30.pdf>; acesso em: <14/12/2021>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Daniel Marques. **Decisão judicial e fundamentação: novos horizontes?** Londrina: Toth, 2020.

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

CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 260, out. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.11.PDF>. Acesso em: 04/03/2022

CHICOSKI, David. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)**. Ribeirão Preto: v. 03, n. 01, 2016, p. 254-283.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Interpretação jurídica: algumas teorias, segundo Riccardo Guastini, e sua aplicação a um caso concreto. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 30, n. 64, p. 95-114, jul./dez. 2006.

Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22172419-rpge64livro.pdf>>; Acesso em: 28/07/2021.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2004, p. 19.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: JusPODVM, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>>. Acesso em: 30/07/2021.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes**: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. Londrina: Toth, 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 105-131.

FRANÇA, Leonardo Gomes. O estado democrático de direito e a ascensão do Poder Judiciário na história do constitucionalismo moderno. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ESMAM)**. São Luís: v. 11, n. 12, p. 33-47, jul./dez. 2017.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira. **Uma proposta de superação do paradigma JP – Jusnaturalismo/Positivismo jurídico e de inserção do Direito no paradigma pragmático da linguagem**. 278 f. Tese (doutorado). Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasHCF_1.pdf>; Acesso em: 05/08/2021.

FULLER, Lon L. **Anatomy of the Law**. Westport: Greenwood Press, Publishers. 1968.

GERHADT, Michael. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 267 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR): Curitiba, 2015.

GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 03, v. 1.

GRIS, Anna Christina. RI, Luciene Dal. A função do direito e o pós-positivismo jurídico. **Revista Direito em Debate**. Itajaí: v. 27, n. 49, 2018, p. 03-24.

HACHEM, Daniel Wunder. PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: 2020, n. 121, jul./dez., p. 203-250.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961.

HAYEK, Friedrich August Von. **The Road to Serfdom** (*With the Intellectuals and Socialism*), London, The Institute of Economic Affairs, 2005. Disponível em: <<https://cdn.mises.org/Road%20to%20serfdom.pdf>>; Acesso em: 20/07/2021.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais**: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. Londrina: Thoth, 2021.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 1. ed. Coleção Liebman. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini.

LIMA, Gabriel Meira Nóbrega de. **Criação judicial do Direito**: ascensão institucional do Poder Judiciário, discricionariedade judicial e parâmetros para uma teoria da decisão com base em normas abertas. 141 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba: João Pessoa, 2018.

LINDQUIST, Stefannie; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin's chain novel: studying the path of precedent. **New York University Law Review**. 2005.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento colegiado nas Cortes Supremas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 2 (2016a), nº 05, p. 873-920.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do Direito. **Revista de Processo** | vol. 239/2015 | p. 431 450 | Jan / 2015 DTR\2014\21357.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. São

Paulo: Martins Fontes, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 245, jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o Direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação, 186 f. 2009, PPGD – Mestrado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes**: da vinculação à democratização. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

NUNES, Dierle. PEDRO, Flávio Quinaud. HORTA, André Frederico Sena. Os precedentes judiciais, o artigo 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, vol. 263/2017, p. 335-396, Jan/2017.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; DOS ANJOS, Leonardo Fernandes (Coords.). Ativismo judicial. Curitiba: Juruá, 2010.

OSNA, Gustavo. Os precedentes judiciais e a *ratio decidendi*: o exemplo da ADPF 130/DF. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. v. 15, n. 02, 2020, p. 1-24.

PANUTTO, Peter. **Precedentes Judiciais vinculantes**: o sistema jurídico processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. SANTOS, Lucas Borges. OMMATI, José Emílio Medauar. (Des)semelhanças entre a figura do precedente na tradição jurídica do common law e no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 2. Maio a Agosto de 2021.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: JusPODVM, 2016.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de processo**. vol. 248/2015 | p. 331 - 355 | Out / 2015.

PEZARINI, Gustavo Luppi. PITTA, Rafael Gomieiro. A importância dos precedentes judiciais na evolução do direito brasileiro. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**. Londrina, v.5, n. 1, p. 31-44, jan/jul. 2020.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: Interpretação e Aplicação do

Novo Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen. Filosofia Jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 235-260. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf>. Acesso em: 20/07/2021.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. London: Oxford University Press, 1979. Disponível em: <<http://ndl.ethernet.edu.et/handle/123456789/77486>>. Acesso em: 20/07/2021.

RE, Edward Dominic. Stare Decisis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 31, nº 122, mai./jul., 1994. Traduzido por: Ellen Gracie Northfleet. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>; Acesso em: 20/10/2021.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. 264 f. Tese (doutorado). Centro de Ciências Jurídicas. Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189499/PDPC1360-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03/08/2021.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 115-133.

SOARES, Marcelo Negri; COUTO, Monica Bonetti; COSTA, Jessica Chaves. Dever de fundamentação e precedentes no novo CPC: uma análise à luz do modelo constitucional de processo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 13, n. 2, p. 554-576, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29302>>. Acesso em: 01/10/2021. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369429302>.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. MOTTA, Franciso José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 14, n. 01, p. 54-87, jan./abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e**

Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, v.03, n. 04, Jan-Jun, p. 9-27.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 158-173, Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 20/07/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015.** 3. ed. Salvador: JusPODVM, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas. **Boletim nº 71.** Brasília, 16 a 30/09/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/SiteAssets/Precedentes/boletim-de-precedentes/71_boletim_precedentes.pdf >. Acesso em: 05 de jun de 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ em números: exercício 2018. v. 3. 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/dados_stj_2018_v3.pdf>. Acesso em: 07 de out de 2021.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios.** Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In. TARUFFO, Michele. et al. **La misión de los tribunales supremos.** Madrid: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (RSRJ).** Rio de Janeiro, 2014, v. 21, n. 39, p. 169-185.

TRENTO, Simone. As funções das Cortes Supremas e a decisão de questões probatórias em recursos excepcionais. **Revista de Processo Comparado.** São Paulo, v. 03, p. 01 13, junho-novembro 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RProComp_n.3.09.PDF. Acesso em: 08/05/2021.

TRENTO, Simone. A posição institucional do STF e do STJ com o novo e já alterado Código de Processo Civil: o reforço da opção por cortes de precedentes. *Revista dos Tribunais. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim.* **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015.** Coordenação Dierle Nunes et. al. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017. p. 1021-1033.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: mutação do ônus argumentativo,** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e Cortes Supremas: uma análise crítica. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea.** Rio de Janeiro, v. 01, n. 02, julho-dezembro 2016, p. 122-146.

VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 23, n. 129 Fev./Maio 2021, p. 149-172.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 04, n. 02, jul.-dez. 2008, p. 441-464.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Estado de Direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>>. Acesso em: 20/07/2021.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Precedentes judiciais e unidade do direito: análise comparada Brasil-Alemanha**. Londrina: Thoth, 2021.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculante**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.