



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS
LINHA DE PESQUISA 2 – PROCESSO E GARANTIAS DE DIREITOS NA
CONSTITUIÇÃO**

AMARO BANDEIRA DE ARAUJO JUNIOR

**PRECEDENTES JUDICIAIS E A RECEPÇÃO DO *COMMON LAW* NO BRASIL:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE DECISIONISMO E ISONOMIA NA
CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO**

**NATAL/RN
2019**

AMARO BANDEIRA DE ARAUJO JUNIOR

**PRECEDENTES JUDICIAS E A RECEPÇÃO DO *COMMON LAW* NO BRASIL:
UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE DECISIONISMO E ISONOMIA NA
CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Constituição e Garantia de Direitos.

Nome do Orientador: Prof. Dr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira.

**NATAL/RN
2019**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Araújo Junior, Amaro Bandeira de.

Precedentes judiciais e a recepção do Common Law no Brasil: uma abordagem crítica sobre decisionismo e isonomia na criação jurisprudencial do direito / Amaro Bandeira de Araújo Junior. - 2019.

163f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira.

1. Precedentes judiciais - Dissertação. 2. Processo e garantia de direitos - Dissertação. 3. Common Law e Civil Law - Dissertação. 4. Hermenêutica - Dissertação. 5. Decisionismo judicial - Dissertação. I. Oliveira., Gleydson Kleber Lopes de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca do CCSA

CDU 342.56



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

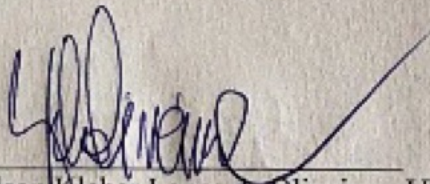
Mestrando: AMARO BANDEIRA DE ARAÚJO JUNIOR

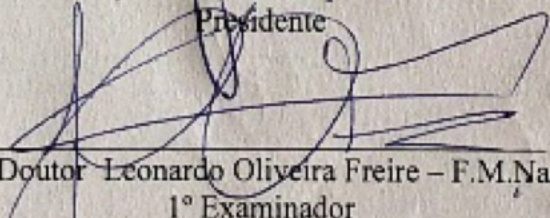
Título: "PRECEDENTES JUDICIAIS E A RECEPÇÃO DO COMMON LAW NO BRASIL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE DECISIONISMO E ISONOMIA NA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO"

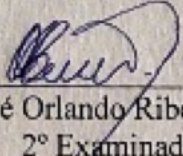
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 09/08/2019.

BANCA EXAMINADORA


Prof.º Doutor Gleydson Kleber Lopes de Oliveira – UFRN
Presidente


Prof.º Doutor Leonardo Oliveira Freire – F.M.Nassau
1º Examinador


Prof.º Doutor José Orlando Ribeiro Rosário – UFRN
2º Examinador

Natal (RN)
Agosto/2019

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Amaro Bandeira de Araújo (*in memorian*) e Maria José de Araujo, que sempre me inspiraram a manter a fé em Deus e seguir firme no caminho do trabalho e dos estudos, ultrapassando barreiras e vencendo desafios, e sem deixar de ajudar e amar o próximo, assim como eles fizeram quando, em meio às dificuldades das secas no sertão nordestino, no sítio Cacimba de Vaca, na cidade de Lucrécia/RN, contra todas as perspectivas, iniciaram a construção de uma história de transformação da realidade social de toda a comunidade, cujos frutos vem sendo colhidos por toda a população de geração em geração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, meu amado eterno e único Senhor e Salvador a quem dedico toda a minha existência.

Agradeço a toda a minha família, avós, irmãos(as), tios(as), sobrinhos(as), primos(as), e cunhados(as), nas pessoas de Vagner, Neidinha, Waltinho, Nova, Corrinha, Berguinho, Egislandia, pela paciência, amor e compreensão, em especial aos meus pais Amaro Bandeira de Araujo (*in memorian*) e Maria José de Araujo.

Agradeço a todos os professores do Programa do Mestrado em Direito da UFRN, nas pessoas dos Professores Dres. Erick Wilson Pereira, Keith de Saboya, Fabiano Mendonça, Fabrício Germano, Maria dos Remédios, Leonardo Martins e Ricardo Tinoco.

Agradeço a todos os amigos alunos do Mestrado em Direito da UFRN 2017-2019.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira e aos demais componentes da banca examinadora, os Professores Dr. Jose Orlando Ribeiro Rosário e Dr. Leonardo Oliveira Freire, pelas brilhantes contribuições para este trabalho.

Agradeço ao ensino público fundamental e médio da cidade de Lucrécia/RN, notadamente das escolas estaduais Josefina Xavier e Joao Onofre.

Agradeço aos amigos e amigas do Grupo de Estudos Jurídicos Gonçalo Brandão nas pessoas de Giovanni, Gonçalo, André, Eduardo, Rosana, Jordana, Louise, João, Érica, Clay e Hélio.

Agradeço ao amigo Dr. Bruno Arruda e sua esposa Alicecília Arruda, pelas lições no escritório Bruno Arruda Advogados.

Também não poderia deixar de agradecer pela força e cordialidade dos amigos Lorena Andrade de Macedo (*in memorian*), Alfredo Rodrigues Rebouças Neto, Francisco Ronaldo Alves dos Santos, Leandro Costa, Cleiton Paiva, Hugo Fortunato, Henrique Batista de Araujo Neto, Victor Rafael Fernandes Alves, Luis Fabricio Zara e Clarisse Serra.

Agradeço aos meus padrinhos Dr. Ferreira e Lúcia Ferreira.

Agradeço a todos os colaboradores do escritório Bandeira de Araujo Advocacia.

Agradeço à UFRN, sua direção e a Secretaria da PPGD, na pessoa da servidora Maria Ligia Pipolo.

Agradeço a todos os amigos e familiares da cidade de Lucrécia/RN e região oeste e a todos os amigos e familiares de Natal e Parnamirim/RN.

Agradeço aos amigos e amigas da Faculdade de Direito da Universidade Potiguar - UNP, e dos estágios em direito do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União no Estado do Rio Grande do Norte.

Agradeço a todos os amigos e irmãos em Jesus Cristo da Igreja Assembleia de Deus em Parque dos Eucaliptos, Parnamirim/RN.

Agradeço à minha namorada Danyella Costa pela paciência e carinho.

Agradeço ao amigo MSc. Marcus Mendonça Gonçalves de Jesus pelas importantes contribuições para a conclusão deste trabalho.

Agradeço, enfim, a todos os que de forma direta ou indireta contribuíram para a conclusão deste Mestrado.

“Um homem, Sr. Macedo, vê um canário em uma gaiola, pendurada em uma loja de quinquilharias. Ao indagar em voz alta quem teria aprisionado a pobre ave, esta responde que ele estava enganado. Ninguém o vendera. O Sr. Macedo perguntou-lhe se não tinha saudade do espaço azul e infinito, ao que o canário perguntou: - “que coisa é essa de azul e infinito”? Então o homem afinou a pergunta: - “que pensas do mundo, oh canário”? E este respondeu, com ar professoral: “o mundo é uma loja de quinquilharias, com uma pequena gaiola de taquara, quadrilonga, pendente de um prego; o canário é o senhor da gaiola que habita e da loja que o cerca. Fora daí, tudo é ilusão”. E acrescentou: “Aliás, o homem da loja é, na verdade, o meu criado, servindo-me comida e água todos os dias”. Encantado com a cena, o Sr. Macedo comprou o canário e uma gaiola nova. Levou-o para a sua casa para estudar o canário, anotando a experiência.

“Três semanas depois da entrada do canário na casa nova, pediu-lhe que lhe repetisse a definição do mundo.

- O mundo, respondeu ele, é um jardim assaz largo com repuxo no meio, flores e arbustos, alguma grama, ar claro e um pouco de azul por cima; o canário, dono do mundo, habita uma gaiola vasta, branca e circular, donde mira o resto. Tudo o mais é ilusão e mentira.

Dias depois o canário fugiu. Triste, o homem foi passear na casa de um amigo. Passeando pelo vasto jardim, eis que deu de cara com o canário.

- “Viva, Sr. Macedo, por onde tem andado que desapareceu?”

O Sr. Macedo pediu então que o canário lhe definisse de novo o mundo. O mundo, concluiu solenemente, é um espaço infinito e azul, com o sol por cima.

Indignado, o Sr. Macedo retorquiu-lhe. –“Sim, o mundo era tudo, inclusive a gaiola e a loja de quinquilharias...”. Ao que o canário disse: - Que loja? Que Gaiola? Estás louco?

Conto “Ideias de Canário” (Machado de Assis).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as principais teorias e correntes doutrinárias que envolvem o debate sobre os precedentes judiciais vinculantes e a criação judicial do direito, em especial as correntes declarativas e constitutivas, na perspectiva de uma nova lógica de ampliação de força normativa da jurisprudência no ordenamento nacional, mormente com o advento de novos instrumentos postos à disposição dos tribunais com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e suas implicações práticas. Discute-se sobre a relativização da coisa julgada e a (in)constitucionalidade dos arts. 525, §12º, 535, §5º, do Código de Processo Civil de 2015 e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Estuda a aproximação entre o *Common Law* e o *Civil Law* no direito pátrio, com ênfase na recepção do *common law* e as fragilizações virtuosas e não virtuosas do *Civil Law* interpretados em paralelo à crítica do ativismo judicial dos juízes Hermes, Júpiter e Hércules de François Ost. Analisam-se os instrumentos e institutos de aplicação e superação dos precedentes judiciais advindos do *Common Law*. Realiza uma reflexão a respeito dos limites e consequências da ampliação do protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido em face da nova dinâmica dos precedentes judiciais vinculantes e suas interferências nas políticas públicas e o ensaio de uma hegemonia do judiciário como agente tipicamente político do Estado. Em conclusão, analisam-se os contornos hermenêuticos de limitação ou autocontenção das decisões judiciais geradoras de precedentes vinculantes, a luz do embate entre as teorias do substancialismo e procedimentalismo, na busca pelo respeito às balizas dos princípios constitucionais da isonomia, separação dos poderes e da segurança jurídica como pilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Processo e garantia de direitos. *Common Law* e *Civil Law*. Hermenêutica. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the main doctrinal theories and currents that involve the debate on the binding judicial precedents and the judicial creation of the law, especially the declarative and constitutive currents, in the perspective of a new logic of expansion of the normative force of jurisprudence. in the national order, especially with the advent of new instruments made available to the courts with the entry into force of the 2015 Civil Procedure Code and its practical implications. It is discussed about the relativization of the *res judicata* and the (un) constitutionality of arts. 525, §12º, 535, §5º, of the 2015 Code of Civil Procedure and the abstracting of the diffuse control of constitutionality. It studies the approximation between Common Law and Civil Law in homeland law, with emphasis on the reception of common law and the virtuous and non-virtuous weaknesses of Civil Law interpreted in parallel with the criticism of judicial activism by Judges Mars, Jupiter and Hercules by François Ost. . The instruments and institutes for the application and overcoming of judicial precedents arising from the Common Law are analyzed. It analyzes the limits and consequences of the enlargement of the protagonism of the Judiciary Power, strengthened in view of the new dynamics of the binding judicial precedents and their interference in the public policies and the rehearsal of a hegemony of the judiciary as a typically political agent of the state. In conclusion, we analyze the hermeneutic contours of limitation or self-restraint of judicial decisions that generate binding precedents, the light of the clash between the theories of substantialism and proceduralism, seeking to respect the beacons of the constitutional principles of isonomy, separation of powers and legal certainty as pillars of the democratic rule of law.

Keywords: Judicial precedents. Process and guarantee of rights. Common law and civil law. Hermeneutics. Judicial discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PANORAMA DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	21
2.1 O CIVIL LAW E SUAS FRAGILIZAÇÕES.....	29
2.2 O SISTEMA DO COMMON LAW E SUAS BASES FUNDANTES	38
2.3 AS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS E A RECEPÇÃO DO COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO	40
3 PRECEDENTES JUDICIAIS E A DOCTRINA DO STARE DECISIS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E SUA ACEITAÇÃO NAS DIVERSAS CORRENTES JURÍDICO-FILOSÓFICAS	46
3.1 CORRENTES CONSTITUTIVA E DECLARATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	51
3.2 A CONCEPÇÃO DE CRIAÇÃO DO DIREITO NAS DIVERSAS ESCOLAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS	55
3.3 PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO.....	60
3.4 NOVA DIMENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....	68
3.5 IMPLICAÇÕES DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO – A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA RESCINDENTE OU DESEFICACIZANTE.....	76
3.5.1 A Relativização da Coisa Julgada: breve histórico.....	79
3.5.2 A (in)constitucionalidade dos arts 525, §12º e 535, §5º do Código de Processo Civil de 2015 e o princípio constitucional da segurança jurídica.....	81
4 TRABALHANDO COM PRECEDENTES JUDICIAIS: A RATIO DECIDENDI, OBTER DICTUM, A APLICAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	94
4.1 O DICTUM E A IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI	98
4.2 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES	103
4.2.1 <i>Distinguishing</i> e suas variantes.....	104
4.2.2 Distinções Inconsistentes	108
4.2.3 <i>Overruling</i> e suas variantes	110
5 PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E O ENSAIO DE UMA HEGEMONIA POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO	120
5.1 DIREITO E POLÍTICA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA.....	124
5.1.1 Política enquanto atividade discursiva da autoridade estatal	124
5.1.2 Direito como <i>jurisprudencia</i> e o direito enquanto emancipação	126
5.1.3 Direito como integrante da política e a politização do Judiciário.....	128

5.2 HERMENÊUTICA E DISCRICIONARIEDADE NOS PRECEDENTES.....	132
5.3 A ISONOMIA ENQUANTO OBJETIVO E CONTROLE HERMENEUTICO DE RACIONALIDADE DOS PRECEDENTES.....	150
6 CONCLUSÃO	154
REFERÊNCIAS.....	159

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição inserida no contexto do Estado Democrático Constitucional de Direito, qualificação em que se almeja enquadrar a federação brasileira, apresenta feição dúplice na medida em que é fator de legitimação do Estado Constitucional e é, ela própria, legitimada justamente pela existência daquele. Há um caráter de indissociabilidade entre ambos os conceitos, de modo que a estruturação da jurisdição, o processo e as respectivas decisões emanadas das cortes judiciais podem e devem ser considerados vetores de legitimação do Estado Constitucional.

Essa prevalência potestativa das decisões dos tribunais vem sendo reforçada ainda mais com a transformação e crise no Positivismo formalista que antes preponderara quase que em absoluto no direito, sendo que o direito posto como conhecemos não se restringe mais apenas à criação pelo Poder Legislativo, passando o Judiciário a ser voz ativa na criação do direito e, portanto, provocando uma reviravolta no que conhecemos tradicionalmente como fontes do direito, em especial no Brasil.

Nessa perspectiva, é indubitável a ascensão do papel institucional do Poder Judiciário na vida política e social do país, papel esse que sofre os influxos da expansão do acesso à justiça.

Nos últimos anos, tem-se verificado no Brasil a tendência e a busca pelo amplo acesso ao Judiciário, como forma de consolidação democrática dos anseios sociais pela cidadania plena insculpidos na Constituição de 1988, bem como tem ocorrido o fenômeno da jurisdição de massa e a intensificação das chamadas ações estruturais que envolvem milhões de litígios replicados em todo o território nacional, trazendo grandes desafios à estrutura judiciária nacional.

Essas transformações tem exigido, para além da tradicional busca pela eficiência do judiciário, a introdução de técnicas e instrumentos jurídico-processuais capazes de permitir uma nova forma de vinculação dos precedentes judiciais, de modo a conferir um maior alcance da força normativa das decisões emanadas dos tribunais superiores, na busca por uniformidade e coerência do sistema jurídico nacional.

Nada mais natural, portanto, que no atual estágio da democracia brasileira, verifique-se uma preponderância axiológica e normativa das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, em especial no processo constitucional de controle concentrado com efeitos vinculantes e erga omnes engendrado perante o

Supremo Tribunal Federal, mormente pela influência do Neoconstitucionalismo apinhado da tônica da força normativa da constituição.

Essa capilaridade da jurisdição brasileira se relaciona diretamente à tendência atual do ordenamento pátrio de nacionalizar institutos do *Common Law*, com a elevação da importância da teoria dos precedentes judiciais.

Nesse pórtico, importa notar que, de fato, tem-se verificado no Brasil um fenômeno de normatização dos precedentes judiciais, que deixaram uma posição periférica de vinculação com efeitos meramente orientativos - situação própria de países submetidos à tradição romano-germânica do *Civil Law* - para passar ao protagonismo do ordenamento pátrio, com a geração de decisões judiciais de cunho normativo, com caráter de generalidade e abstração, havendo uma verdadeira aproximação e influência recíproca entre os dois sistemas do *Civil Law* e do *Common Law* na atual ordem constitucional brasileira.

O entrelaçamento entre os dois mais tradicionais sistemas jurídicos existentes vem ocorrendo no Brasil, principalmente pelo fato peculiar de que o país adotou tanto o sistema estadunidense do controle difuso de constitucionalidade – a partir da constituição republicana de 1891 -, quanto o modelo europeu do controle concentrado, que aplicam valores distintos para a força vinculante dos precedentes, revelando-se em um modelo nitidamente híbrido, que tenta conciliar essas duas tradições distintas.

Teoricamente, no sistema do *Civil Law*, temos a sujeição do juiz somente à lei, sendo essa a única fonte do direito em vigor; de outra banda, no sistema *anglo-saxão* do *Common Law*, tem-se a submissão do juiz ao direito *lato sensu*, com a vinculação de suas decisões ao que já fora anteriormente decidido em casos semelhantes, revelando-se em sistema normativo no qual as fontes do direito são oriundas da jurisprudência, ao lado das fontes tradicionais legislativas provenientes do Parlamento.

Dessa maneira, há de se constatar o fortalecimento de um direito jurisprudencial no Brasil, onde a jurisprudência vinculante passa a ser uma das principais fontes do direito pátrio, mormente quando consideramos que todo o arcabouço hermenêutico – com diversos institutos e instrumentos filosóficos, políticos e morais de aplicação do direito postos à disposição do juiz - pode conduzir a uma decisão judicial vinculante para muito além do texto legal positivado com as considerações, por exemplo, sobre o contexto fático e os eventuais princípios implícitos aplicáveis.

Por outro lado, paradoxalmente, há forte resistência por parte dos juízes e tribunais das instâncias inferiores à obediência dos precedentes judiciais vinculantes oriundos das cortes superiores – talvez em decorrência da própria tradição do *Civil Law* que está arraigada no direito pátrio – motivo pelo qual têm se disseminado as chamadas reclamações em face de descumprimento do entendimento fixado nos precedentes daquelas cortes de instância superior.

Assim, revela-se a problemática das contradições e conflitos existentes na recepção da teoria dos precedentes vinculantes no direito brasileiro, que vem buscando a convivência no bojo do paradoxo metodológico entre o *Civil Law* e o controle concentrado de constitucionalidade de um lado, com toda a tradição decorrente do direito europeu continental, e o *Common Law* e o controle difuso de constitucionalidade, de outro, com toda a lógica de aplicação dos precedentes oriundos da tradição inglesa com as alterações promovidas pelo direito dos Estados Unidos da América.

Some-se a essa problemática, o fenômeno da inserção de elementos morais e políticos, com o avanço do “panprincipiologismo” em decisões judiciais vinculantes cujo julgamento atinge a esfera social e política de toda a nação – em especial os oriundos da Suprema Corte -, que nos leva a importantes reflexões quanto ao ponto de intersecção onde termina a política e começa o direito na atividade jurisdicional e vice-versa, e o grau de discricionariedade existente na substância dessas decisões.

Na perspectiva de uma jurisdição constitucional que passa cada vez mais a normatizar a vida dos brasileiros por meio dos precedentes vinculantes, nunca antes na história desse país se tornou tão essencial o estudo dos métodos de aplicação, superação e interpretação da jurisprudência como autêntica fonte do direito¹.

Nesse contexto, é de interesse notável para o estudo acadêmico o novo papel dos tribunais brasileiros na interpretação da norma constitucional que, em um indisfarçável ativismo judicial, se revela numa construção que transcende, de certa maneira, o âmbito dos debates jurídicos, gerando posições de índole eminentemente políticas, propugnando alterações estruturais na conformação do próprio Estado brasileiro em face da derrocada da legitimidade dos atores políticos tradicionais.

¹ Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 140.

Como veremos, a análise sistematizada dos contornos limitativos da atividade jurisdicional revela um profundo debate entre as correntes doutrinárias do substancialismo e procedimentalismo, e dos constitutivistas e declarativos.

Tais correntes há tempos discutem se a atividade jurisdicional deve se ater às disposições normativas construídas sob as estritas disposições do regime democrático-republicano – para os procedimentalistas - tais como Habermas, Luhmann, Gadamer e Alexy - ou se o juiz ou, no caso, o Tribunal Constitucional – de acordo com os substancialistas, como Dworkin, Bonavides e Eros Grau -, teria a prerrogativa de uma postura ativista e, de certa maneira, inovadora do ordenamento jurídico, com o fim de concretizar valores constitucionais, conferindo um conteúdo material aos princípios constitucionais com fundamentos axiológicos em diversos aspectos morais informadores da sociedade então vigentes, tais como a ética, a política, circunstâncias econômicas ou humanitárias, para além do que estiver positivado na própria Constituição.

Já o debate entre os constitutivistas e declarativos, como veremos, centra-se na atividade do juiz na geração dos precedentes judiciais. Afinal de contas, o direito preexiste à decisão judicial, cabendo ao juiz apenas declará-lo? Ou a tarefa do juiz é eminentemente (re)construtiva, isto é, caberia ao juiz na decisão judicial constituir o direito a partir dos elementos fáticos, valorativos e normativos do direito?

Noutro giro, a força normativa da constituição, a teor do que afirmava Konrad Hesse², em especial na garantia de direitos fundamentais, amplifica-se frente a uma legislação cada vez mais deslegitimada, que acaba sendo criada de forma preordenada a fim de beneficiar interesses de determinados grupos e pretensões pessoais do governante de determinada época ou, como ensina Marcelo Neves³, clarifica-se com a profusão de leis destituídas de relevância social ou eficácia, no que veio a ser denominado pelo citado autor como legislação ou constituição simbólica.

Toda essa problemática deságua na ampliação intensa e desordenada da força normativo-política nas decisões jurisdicionais, mormente o Supremo Tribunal Federal, que por meio de inúmeros novos instrumentos legais, principalmente no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro, criados sob a justificativa de conferir maior celeridade, uniformização e eficiência no julgamento das demandas, passou a ter

² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

³ NEVES, Marcelo. **Constituição simbólica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

amplos poderes legais de vincular e regular milhares de processos judiciais – e, por conseguinte, a vida dos cidadãos - em todo o país, onde há verdadeira incursão do Judiciário nas políticas públicas.

Indiscutível é a vantagem para a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional com os novos instrumentos conferidos ao Poder Judiciário de ampliar a força normativa de suas decisões por meio da teoria dos precedentes, gerando economia de custos para o Judiciário e se colocando como possível solução em face da escalada da judicialização no Brasil neste início de século XXI. Entretanto, é importante que, como qualquer Poder da República, haja parâmetros e limitações de forças, o que pode ser realizado de maneira adequada pela hermenêutica constitucional e as teorias da interpretação aplicadas às bases fundantes dos precedentes.

Nessa balança entre a necessidade de se impor a ampliação da força vinculante e *erga omnes* das decisões dos tribunais de um lado, e a necessidade de limitação do conteúdo e o alcance da interpretação das normas constitucionais do outro, é que se desenvolve e se justifica o presente estudo, de modo a possibilitar, ainda que de forma preliminar, uma análise adequada da legitimidade das decisões na jurisdição constitucional em sua dimensão horizontal de aplicabilidade na sociedade, partindo da nova lógica dos precedentes judiciais e, em especial, quando o ordenamento pátrio é submetido a fortes influências do sistema anglo-saxão do *Common Law*.

Com a nova realidade do ordenamento jurídico pátrio, e a prevalência dos precedentes judiciais, surgem as inevitáveis indagações a respeito do alcance e dos limites da intervenção dos tribunais pátrios na vida da sociedade, mormente com a nova dimensão introduzida pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil brasileiro, que introduziu em 18 de março de 2016 - data em que findou sua *vacatio legis* - novos instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro que se relacionam diretamente com a vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal nos processos de instâncias inferiores.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe de vez a obrigação de que juízes e tribunais observem obrigatoriamente a *ratio decidendi* existentes nos precedentes judiciais decorrentes de súmulas vinculantes oriundas do Supremo Tribunal Federal (STF), os julgados proferidos pelo STF em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, as teses fixadas em sede de repercussão geral, bem

como as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de recursos especiais repetitivos, além de reforçar o microssistema de demandas repetitivas, por meio do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Para conferir efetividade a esse sistema de precedentes judiciais, o novo Código processual previu que, em caso de descumprimento do *ratio decidendi* ou *holding* existentes nos precedentes judiciais, caberia o direito da parte propor reclamação, com o fito de cassar o julgado violador do sistema.

Assim, interessante investigar, por exemplo, quais os limites e adequações necessárias para que os efeitos vinculantes dos precedentes oriundos do processo constitucional sejam devidamente absorvidos pelas instâncias inferiores, por meio das diversas técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais, bem como, sob a apreciação dos contornos hermenêuticos das decisões judiciais, e é essa circunstância que qualifica a presente pesquisa, inserindo-se em um vasto campo de possibilidades cuja necessidade de análise dos institutos do sistema de precedentes se impõe, em especial no que se refere à amplitude da discricionariedade das decisões judiciais.

Por outro viés, considerando a recepção e influência do *common law* na jurisdição constitucional brasileira, é de se analisar os institutos típicos de tal sistema legal e sua aplicabilidade aos precedentes originários do processo constitucional pátrio, por exemplo, os *institutos da ratio decidendi* ou *holding*, o *obiter dictum*, o *overruling*, *overriding* e o *distinguishing*, dentre outros.

Nesse pórtico, é interessante a análise crítica das consequências relacionadas à mutação constitucional perfectibilizada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do processo constitucional em questões sensíveis que podem impactar milhares de processos judiciais.

Como sabido, a mutação constitucional consiste numa evolução hermenêutica que altera a interpretação acerca de determinada norma constitucional, alterando seu conteúdo significativo sem, porém, alterar o texto constitucional positivado, classificando-se doutrinariamente como uma alteração informal da Constituição, estando compreendido no chamado poder constituinte derivado, ao lado das chamadas alterações constitucionais denominadas formais, quais sejam, a emenda e a revisão constitucional.

Dessa forma, por ser uma modalidade de alteração constitucional, com caráter abstrato, *erga omnes* e vinculante, tal quais as emendas constitucionais do legislativo, a mutação constitucional promovida a partir de novas interpretações inseridas nos precedentes vinculantes da Corte Constitucional podem e devem permitir a mesma sindicabilidade sobre sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, assim como ocorre com as demais modalidades de alteração do texto constitucional, como forma de garantir um mínimo de segurança jurídica e o respeito ao princípio republicano da separação de poderes, bem como, ao sistema constitucional de freios e contrapesos⁴.

Aliás, essa sindicabilidade dos precedentes vinculantes deve ser, até mesmo, mais intensa, já que se trata de norma pronta e acabada, isto é, que já fora extraída do texto legal/constitucional e princípios explícitos e implícitos, cujo espectro de verificação com os juízos de valores já foram, em tese, expostos nas razões de decidir, reduzindo mais ainda as possíveis interpretações, diferentemente do que ocorreria com um texto legal positivado com cláusulas abertas, por exemplo.

Nesse passo, há de se verificar a incidência de tal alteração constitucional com força vinculante nos demais processos pátrios, como pode ocorrer, por exemplo, no novo procedimento de cumprimento de sentença previsto no art. 525, § 12º do Novo Código de Processo Civil, em que pode haver a modificação ou desconstituição da sentença transitada em julgado por simples petição de impugnação, caso a parte interessada demonstre que o precedente proveniente do Supremo Tribunal Federal, que engendrou uma mutação constitucional que afete o dispositivo sentencial, ocorreu antes da ocorrência da coisa julgada naqueles autos.

Indagações importantes defluem quando analisado o caso em exame à luz de princípios constitucionais como o da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito que devem ser levados em conta na hipótese de incidência da Decisão proveniente da jurisdição constitucional no caso concreto.

⁴ Sobre o tema Dircêo Torrecillas Ramos explicita que: “Evidentemente a separação dos poderes não é mais a de Montesquieu. A evolução dos fenômenos em vários segmentos não escapou ao direito. Hoje há o que muitos chamam de invasão de poderes e que eu prefiro chamar de permissões constitucionais para um poder exercer função que seria de outro. Haverá invasão, apenas, quando extrapola os limites da permissão concedida.” *In*: RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Política da Judicialização e a Judicialização da Política*. p. 68.

Afinal de contas, pode a incidência da nova interpretação da norma constitucional desconstituir a coisa julgada em procedimento de caráter sumaríssimo ainda que no caso concreto aquela incidência gere violações aos princípios do contraditório, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana, com a ampla relativização da coisa julgada?

Essas e outras indagações surgem quando analisada a quadra histórica do desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro.

Ainda sob análise das consequências práticas que podem advir dos efeitos vinculantes e abstratos dos precedentes provenientes da jurisdição constitucional no Brasil, importa ventilar a respeito do avanço jurídico-político do Poder Judiciário perante as relações sociais e a centralidade do poder político da nação, passando aquele Poder a ser diuturnamente pressionado, como ocorria com os demais atores políticos tradicionais, necessitando, por isso mesmo, reforçar o seu caráter de institucionalidade democrática, mormente em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, cada vez mais se verifica a judicialização da política – ou politização do Judiciário -, de modo que o centro de poder político está, de algum modo, sendo transmutado dos poderes constitucionalmente instituídos para tal mister, quais sejam, os Poderes Executivo e Legislativo, para o Poder Judiciário, de modo que os precedentes judiciais vinculantes do Tribunal Constitucional brasileiro tem se erguido como verdadeiras emanações de poder político, para além do conteúdo técnico-jurídico.

Aliás, a crescente incursão do judiciário no controle e direcionamento abrangente de políticas públicas com decisões vinculantes de forte viés político-ideológico, emanadas sob forte influência da mídia e das redes sociais, revelam uma faceta de incontroversa natureza política na atuação do Estado-Juiz.

Nesse diapasão, importa verificar como se dá a relação entre a política e o direito num importante campo de análise para a busca de elementos limitativos do poder político das Decisões jurisdicionais vinculantes, como forma de aplicar contornos restritivos ao ativismo judicial, com o fim de preservar os princípios constitucionais da isonomia, da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Tal constatação impõe uma análise parcimoniosa da atual quadra do sistema constitucional brasileiro, visto que se por um lado é importante a ascensão do Poder Judiciário como representação da própria força do Estado brasileiro, de outra banda, tal circunstância acaba por gerar uma certa temeridade acerca da possibilidade de

decisões de cunho eminentemente político e que se achem contrárias a própria norma constitucional que se pretende guarnecer.

Desse modo, tendo em vista a atualidade e relevância social da temática escolhida neste estudo, é clarividente a sua importância teórica e prática para a fixação de parâmetros interpretativos de boa adequação dos precedentes da Corte Constitucional brasileira aos demais processos no presente momento do processo constitucional pátrio, verificando sua compatibilidade com os institutos e a cultura jurídica nacional.

A revisão de literatura objetivamente trabalhada buscou situar o problema do estudo frente aos diversos trabalhos existentes sobre a jurisdição constitucional, o processo constitucional e a ascensão dos precedentes judiciais na estrutura normativa brasileira, em especial os estudos dos professores Luis Roberto Barroso e Paulo Bonavides, que foram primordiais para a compreensão da nova dimensão dos precedentes judiciais no Supremo Tribunal Federal e os necessários controles a serem impostos no avanço jurídico-político do Poder Judiciário brasileiro, notadamente das sentenças com força normativa abstrata e vinculante oriundas do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, houve um aprofundamento sobre a maneira pela qual a jurisdição constitucional brasileira vem se comportando em face da clara comunicação entre o sistema normativo pátrio e os influxos provenientes dos sistemas normativos alienígenas do *common law*, baseando-se nesse ponto nos trabalhos desenvolvidos na teoria normativa dos precedentes judiciais desenvolvidos pelo professor Thomas da Rosa de Bustamante.

No que se refere aos efeitos dos precedentes na jurisdição constitucional e os dispositivos inseridos no novo Código de Processo Civil, tem-se que a fundamentação teórica preliminar advinda dos trabalhos desenvolvidos nas obras de Hermes Zaneti Jr. e Marcelo Alves Dias de Souza é de grande valia para a análise sistematizada das inovações trazidas e suas implicações no processo constitucional.

Assim, acredita-se que com a leitura clássica e contemporânea das questões processuais constitucionais, bem como, a análise hermenêutica, são fatores de grande importância para o desenvolvimento da presente dissertação que, afinal, pretende reforçar o estudo acadêmico na perspectiva de uma nova dimensão do que vem a ser a força normativa das decisões no atual sistema processual-constitucional brasileiro.

Dessa forma, o presente estudo busca a análise crítica dos fundamentos racionais das decisões geradoras de precedentes vinculantes, bem como uma abordagem sobre a hermenêutica e a discricionariedade, verificando a dimensão política das decisões vinculantes emanadas do Poder Judiciário.

De outra banda, a presente dissertação intenta apreciar os parâmetros hermenêuticos que possam implementar filtros de controle interpretativo da aplicabilidade das decisões proferidas no âmbito do processo constitucional e suas consequências nos demais processos judiciais pátrios, realizando uma abordagem sobre as bases jusfilosóficas da hermenêutica aplicável à interpretação dos precedentes judiciais vinculantes, identificando a existência ou não da legitimidade democrática das decisões com eficácia normativa oriundas da jurisdição constitucional brasileira e abordar a nova lógica dos precedentes vinculantes no direito pátrio, mormente em face do Novo Código de Processo Civil.

O presente estudo se centra em seis sessões que desvelam as teorias que envolvem a aproximação entre o *civil law* e o *common law*, os precedentes judiciais, possíveis implicações e problemáticas por que passa a jurisdição brasileira com a recepção dos institutos dos precedentes judiciais e sua configuração como um possível ensaio de um Poder Judiciário hegemônico, com os consequentes reflexos na teoria da separação dos poderes e no princípio constitucional da segurança jurídica, a partir de contornos hermenêuticos limitativos.

No capítulo segundo, traça-se um panorama das tradições do *Civil Law* e do *Common Law*, apreciam-se as bases fundantes de cada sistema, a aproximação e o hibridismo dessas tradições no direito pátrio.

O capítulo seguinte analisa as teorias que envolvem os precedentes judiciais e a doutrina do *stare decisis*, seu conceito, natureza jurídica e sua aceitação nas diversas correntes jurídico-filosóficas, analisando a abordagem do precedente judicial como fonte do direito e sua inserção no direito pátrio, sobretudo a partir dos novos institutos do Código de Processo Civil de 2015.

A partir dessas teorias, em seguida, no capítulo quarto, busca-se apreciar os diversos institutos que permitem uma aplicação adequada dos precedentes judiciais no contexto das teorias desenvolvidas no bojo do sistema *Common Law* e suas possíveis formas de superação pelos tribunais, sua classificação, eficácia e a análise quanto à (in)constitucionalidade dos precedentes com eficácia rescindente ou desenficacizante previstos nos arts. 525 e 535 do Código de Processo Civil de 2015.

No quinto capítulo, serão analisados os pontos de intersecção entre o direito e a face política dos tribunais quando da geração de decisões judiciais com força normativa ampla. As possíveis implicações desse ensaio de uma hegemonia do Poder Judiciário na geração de decisões normativas abstratas e *erga omnes* e, por fim, aprecia os possíveis limites e contornos hermenêuticos atinentes aos precedentes judiciais de modo a permitir um equilíbrio de forças no Estado Democrático de Direito, verificando a racionalidade do sistema de precedentes judiciais com base no princípio da isonomia.

Em conclusão, o presente estudo realiza uma análise reflexiva do atual estágio do direito brasileiro com a recepção dos precedentes judiciais e suas possíveis consequências para a paridade de poderes da República, criticando a tentativa de uma hegemonia política do Poder Judiciário, por meio de instrumentos jurídico-processuais geradores de precedentes vinculantes que implicam uma verdadeira imposição de poder e a eventual quebra dos pilares da democracia.

Nessa perspectiva, a metodologia deste trabalho envolve o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento predominante é o monográfico. Trata-se de uma pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, baseada em fontes secundárias, tais quais: doutrina jurídica, Constituição, legislação, jurisprudências, artigos em periódicos eletrônicos e artigos em revistas. A análise dos dados é qualitativa.

2 O PANORAMA DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Os dois grandes sistemas de direito contemporâneo, o *Civil Law* e o *Common Law*, possuem várias semelhanças, em que pesem ser aparentemente distintos e paradoxais.

Ambos os sistemas se centram no método fundante da decisão judicial, havendo utilização em ambos da Lei e dos precedentes judiciais na gênese normativa das Decisões dos juízes. O que há de distinção primordial é uma preponderância da Lei escrita no *Civil Law*, e dos precedentes judiciais no *Common Law*, de modo que em ambos os sistemas coexistem leis e jurisprudência, distinguindo-se apenas quanto à importância normativa em cada tradição.

Como bem anota Thomas da Rosa de Bustamante:

Uma análise mais aprofundada do estilo de redação judicial (*style juridique*) da Inglaterra e da França, que representam os exemplos mais puros dos sistemas jurídicos que podem ser caracterizados como provenientes da tradição do common law e do Direito continental (*civil law*), leva-nos a conclusão de que a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial, embora cada uma das tradições tenha mecanismos intraprocessuais e extraprocessuais diferentes para justificar o *case law*⁵.

De fato, há um amplo debate quanto às semelhanças entre os sistemas. Mas não apenas semelhanças, contemporaneamente, há um verdadeiro entrelaçamento e utilização dos mesmos institutos em ambos os sistemas, no que a doutrina vem a denominar de circulação de modelos jurídicos⁶.

Há um movimento em curso tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, para a criação de mais leis escritas a fim de limitar a discricionariedade judicial e, ao mesmo tempo, há um movimento em países como o Brasil, que tem percebido certo engessamento do direito positivo frente à nova dinâmica social imposta pela sociedade tecnológica do século XXI, gerando incontáveis normas de direcionamento da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, como verdadeira fonte do direito, a ser observada tal quais são os precedentes do direito anglo-saxão.

⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 29

⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 29

Por muito tempo, em especial nos países com tradição positivista e oriundos da tradição romano-germânica do *Civil Law*, os precedentes judiciais possuíram um cunho de mera orientação ou de utilização argumentativa para justificar o entendimento de juízes e tribunais acerca da interpretação e aplicação das normas.

Em países como o Brasil, a Lei escrita – estando, à primeira vista, de acordo com a Constituição - sempre possuiu um enorme papel de protagonismo no sistema jurídico, sendo no mais das vezes a única fonte ou base para a solução de conflitos no caso concreto, sendo a viga-mestra de todo o raciocínio judicial sobre a resolução dos conflitos em sociedade, hegemonia legal essa que se notabilizou pela rigidez interpretativa do direito, sempre em nome da segurança jurídica e da legitimidade democrática da Lei emanada pelo povo, por meio de seus representantes eleitos.

Sendo a Lei emanada do Órgão legislativo competente, formal e materialmente em conformidade com a Constituição, essa teria um poder normativo que resolveria, em tese, todos os casos de conflito de forma justa.

Por óbvio, há bastante tempo, os juristas perceberam que a Lei não é o mesmo que direito, e não seria suficiente para atender a infinidade de conflitos que surgem diariamente, e muito menos seria o único meio adequado para se buscar um ideal de justiça no caso concreto, porquanto, a própria lei escrita seria geradora de conflitos e injustiças, visto que elaboradas por pessoas com todos os seus respectivos defeitos e interesses.

Daí que, em termos simplórios, em busca de um ideal de justiça, fez-se necessário construir técnicas, métodos de julgamento e fortalecer outras fontes do direito, como é a jurisprudência, a fim de permitir a conformação – e até a derrotabilidade - da Lei, para se alcançar decisões judiciais mais justas no caso concreto.

Nessa perspectiva, o *Civil Law* passou por modificações nas sociedades pluralistas contemporâneas, evoluindo para um novo modelo de sistema jurídico fluido⁷, com abertura para novos intérpretes da Constituição, no qual o Estado, enquanto Poder Legislativo, não possui mais a exclusividade de ser a única entidade apta à produção de normas jurídicas, porquanto o Direito passa a ser identificado não mais exclusivamente na “lei”, mas também em princípios constitucionais que podem e devem ser densificados por um Judiciário enquanto sua dimensão genuína de

⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012. p. 94.

garantia de direitos, por meio de análises valorativas e morais coerentemente compatibilizadas com os princípios prevalentes no Estado Constitucional.

Nesse sentido, aliás, esclarece Thomas da Rosa de Bustamante, que esse raciocínio por princípios atingiu tanto o *Civil Law* quanto o próprio *Common Law* :

[...] Tanto no Continente quanto nos sistemas de *common law* o Direito vai ser encontrado menos em *regras* fixadas apoditicamente pelo Código (França) ou pelo Judiciário através de formulações casuísticas (Inglaterra), e mais em *princípios* gerais que, independentemente de passarem por um processo de institucionalização jurídica ao serem incorporados nos textos das Constituições e de tratados internacionais ou normas comunitárias, tem *conteúdo moral* e podem entrar em colisão a todo momento – o que faz com que o foco central da atividade dos juristas se desloque da descrição do sistema jurídico para problemas que surgem na sua aplicação⁸. (grifos do original)

Noutro giro, em um extremo exclusivista da jurisprudência, o atual panorama do *Common Law* foi fortemente influenciado pela teoria “Realista” norte-americana do início do século XX, que consistiu no movimento que, sem formar especificamente uma escola, congregou opiniões intelectuais entre diversos juristas que identificaram que o apego ao formalismo dominante no direito se configurava como incompatível com os anseios da sociedade que buscava mudanças e a atuação judicial que tivesse consequências reformadoras nas instituições.

Dessa maneira, o realismo no âmbito do *Common Law* vem a ser uma corrente jurídico-filosófica que entende o direito como sendo tudo aquilo que decidem os juízes, isto é, o direito seria aquilo que os tribunais determinam que seja.

Em última análise, o realismo identifica que o direito se confunde com os próprios precedentes judiciais fixados pelos juízes, com ampla autorização para que esses, numa busca por transformação institucional para se assegurar os direitos fundamentais, passem a intervir nos outros poderes e na condução de políticas públicas, sociais e econômicas. Como bem explicita Marcus Faro de Castro em relação ao *Common Law* dos Estados Unidos da América:

Consequentemente, o direito estadunidense como um todo, dada a influência do Realismo Jurídico, equipou-se para analisar os programas governamentais (políticas públicas) em todas as áreas e níveis da administração pública e para ajudar a impulsionar a evolução das instituições econômicas (por exemplo, a estruturação e reforma do mercado de capitais, o direito societário, as relações trabalhistas etc.). Com isso, o Realismo

⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 94.

Jurídico estadunidense foi capaz de criticar o formalismo, e explorar na prática novas possibilidades de contribuir para realizar reformas institucionais. Não por outro motivo, os *legal realists* tornaram-se cruciais coadjuvantes na articulação intelectual na reforma de instituições que impulsionaram o New Deal de Franklin Roosevelt⁹.

Dessa maneira, as ideias advindas do *Common Law* impactam fortemente as concepções existentes no *Civil Law*, provocando um grande fortalecimento da jurisprudência como veículo de poder apto a ensejar transformações e evoluções no seio da sociedade contemporânea, por meio de influências do Judiciário em políticas públicas e a geração, por esse mesmo judiciário, de decisões vinculantes como verdadeira forma de eficácia das transformações buscadas pelo entendimento dos juízes e tribunais.

Nesse contexto de fortalecimento da jurisprudência, toma corpo a chamada teoria dos precedentes judiciais, e de forma mais intensa, os precedentes oriundos dos tribunais e cortes constitucionais, com a ascensão da força normativa das normas constitucionais.

Nesse passo, tem-se que a qualificação da jurisprudência como fonte do direito se constitui em algo comum aos sistemas jurídicos ditos ocidentais, variando a importância que lhe é destinada, sua eficácia e a sua operabilidade.

Por outro lado, no *Civil Law* a jurisprudência não é encarada como fonte de criação do direito, sendo no máximo um elemento persuasivo, uma baliza interpretativa e como reforço de argumentação para as decisões futuras.

Tal distinção é tão importante que é justamente o elemento preponderante distintivo entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior nos explica o desenvolver histórico de tais sistemas:

Na França, a força da ideologia liberal ligada aos valores burgueses causou uma crise de ordem econômica e social, derrubando a monarquia absoluta, a aristocracia feudal e os juízes franceses que eram ligados a esta última. Essa crise, conhecida como Revolução Francesa, teve uma ruptura com a ordem política e jurídica da época. Os revolucionários, que lutavam contra o absolutismo, queriam substituir o rei por outro poder absoluto, a assembleia soberana. O parlamento avocou para si a competência exclusiva de criar o direito, de forma que a atividade dos juízes deveria se restringir apenas a declarar a lei. Foi nessa época que Montesquieu elaborou sua tese de que

⁹ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019.

não poderia haver liberdade caso o Judiciário não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo (teoria da separação dos poderes). Para ele, os juízes não poderiam ter poder de interpretar as leis nem de imperium porque, caso contrário, poderiam distorcê-las e assim frustrar os objetivos do novo regime. Nesse cenário que surgiu o sistema civil law que nada mais é que a lei como fonte principal do direito. O parlamento ficou com a atribuição de formular leis claras, objetivas e universais de forma que abrangessem todas as soluções possíveis e imagináveis para os conflitos humanos. Assim, não restaria espaço para interpretação ou criação dos juízes. Nesse sistema buscavam a segurança jurídica exclusivamente nos textos das leis. Já na Inglaterra, berço do sistema common law, o desenvolvimento do sistema se deu de forma contínua e gradativa, produto de uma longa evolução¹⁰.

Nesse pórtico, o sistema do *Common Law* praticado nos países de origem anglo-saxônica se caracteriza pelo direito consuetudinário e primordialmente na força normativa obrigatória conferida aos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais no sistema *Common Law* são consideradas fontes primárias do direito, desempenhando o papel normativo que desempenham as leis positivadas nos países que possuem uma tradição na aplicação do sistema do *Civil Law*.

Apesar dessa distinção, como dito anteriormente, nos últimos tempos, tem-se constatado uma aproximação entre os dois sistemas, e mais precisamente uma inserção dos institutos do *Common Law* nos países que possuem a tradição romano-germânica no direito, como é o caso do Brasil.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso bem aponta as características dessa aproximação:

O tratamento conferido à jurisprudência pelo direito ocidental varia de acordo com dois grandes sistemas de direito: o sistema romano-germânico e o common law . O sistema romano-germânico, que predominou na Europa continental, tem a lei como principal fonte do direito. A norma jurídica constitui um comando geral e abstrato, que se propõe a abranger, em sua moldura, uma variedade de casos futuros. A sua aplicação firma-se em um raciocínio dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular. Neste sistema, as decisões judiciais, geralmente, não produzem efeitos vinculantes para o julgamento de casos futuros e, por isso, afirma-se que, como regra, desempenham um papel secundário como fonte do direito. Podem influenciar a sua compreensão, podem inspirar iniciativas legislativas, mas não geram direito novo, funcionando como fontes mediatas de novas normas. [...]

Esses sistemas não evoluem, contudo, de forma estanque. Ao contrário, há relativo consenso de que se encontram em processo de aproximação. O triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são

¹⁰ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. São Paulo: Juruá, 2012. p. 35.

fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de norma legislada em países do *common law*.¹¹.

Nesse diapasão, nota-se que no Brasil vem ocorrendo um flagrante hibridismo de sistemas, na medida em que são utilizados premissas e institutos de ambos, no que pode ser identificado de um “*Common Law* à brasileira”.

Tal hibridismo revela a formação de um sistema jurídico diferenciado no direito brasileiro – *tertium genus* – em relação aos modelos tradicionais do *Civil Law* e do *Common Law*, sendo talvez um dos maiores desafios dos juristas essa conformação e o estudo da conciliação dos diversos aspectos de tais sistemas de direito ao mesmo tempo.

Dessa forma, estão mantidas as bases do sistema tradicional brasileiro no sentido de preponderância da Lei positivada, mas são internalizados institutos que geram a força normativa dos precedentes, conferindo-lhes caráter de abstração e generalidade, que anteriormente estavam adstritos à Lei.

Em verdade, tais premissas de duplicidade de sistemas jurídicos no Brasil possuem suas bases na própria formação do direito constitucional brasileiro, e se centram na recepção dos sistemas jurídicos europeu e norte-americano, que remetem ao chamado “*constitucionalismo híbrido*”¹².

Conforme anota Hermes Zaneti Jr:

Falar sobre o tema exige ressaltar, mais uma vez, que a Constituição Federal de 1891, primeira Constituição da República, inovou o sistema jurídico nacional ao trazer influências do direito norte-americano, e inseriu peculiaridades que, entre nós, geraram um sistema jurídico híbrido. O *cruzamento* ocorreu entre a tradição do *common law* norte-americano que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a tradição romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal.¹³

Com efeito, a partir dessa dualidade de sistemas conviventes no direito pátrio, são verificadas características de um verdadeiro “*paradoxo metodológico*” em nossa

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, n. 8, p. 09-52, jul./set. 2016.

¹² Expressão cunhada por ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. Salvador: JusPodvim, 2019.

¹³ ZANETI JUNIOR, HermeS. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 40.

tradição processual, como bem explicita Dinamarco¹⁴, cujas características foram mais sentidas quando do fortalecimento da chamada constitucionalização do processo civil, a partir da Constituição de 1988.

Nessa senda, o “paradoxo” revelado pela sistemática contraposição lógica entre as tradições jurídicas, consubstancia-se propriamente pelo fato de que o Brasil adotou, simultaneamente, a tradição constitucional dos Estados Unidos da América (controle difuso etc.) e a tradição processualística da Europa continental, circunstância essa que restou mais visível a partir do “*Código Buzaid*”¹⁵.

O direito norte-americano, por sinal, como autêntico sistema do *Common Law*, é mais vinculado a casos práticos e se desenvolve em cima de problemas postos perante o Poder Judiciário que assim constrói as premissas normativas que conduzirão o julgamento dos demais casos, numa órbita de jurisdição una vinculada a um sistema de *freios e contrapesos*, com a possibilidade do controle judicial dos atos dos outros poderes (*judicial review*).

Por seu turno, o direito continental europeu se centra numa dualidade de jurisdição (como é o caso do sistema Francês) em que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nos assuntos da Administração Pública que, por sua vez, está submetida a uma “Justiça Administrativa” capitaneada pelo Conselho de Estado (contencioso administrativo) e fixa suas bases em leis positivadas.¹⁶

É de se ponderar que os precedentes judiciais ditos vinculantes no *Common Law* diferem substancialmente da sistemática que vem sendo adotada pelo direito brasileiro.

No *Common Law*, todas as decisões judiciais tomadas por cada juiz, vinculam as decisões futuras, visto que cada sentença judicial passa a ser considerada um costume reconhecido pelas autoridades judiciais competentes para criar a norma de decisão, de modo que o costume no *Common Law* já remete à ideia de precedente.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1. p. 176.

¹⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 42

¹⁶ Apesar disso, Hermes Zaneti Junior, aponta que: “[...] atualmente a perspectiva metodológica da Europa continental sofre novos influxos, principalmente pela valorização da jurisdição constitucional, em países como Alemanha e Espanha, sendo notável a doutrina que se forma no entorno aos precedentes dos Tribunais Constitucionais desses países, bem como, os “modelos” que deles exurgem para a aplicação prática. Em certa medida, trata-se de uma ruptura com a moral objetiva e com a razão pura da lei, um retorno à racionalidade da experiência, plasmado pela interpretação constitucional.” ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 44.

Assim, no *Common Law* do sistema Inglês, por exemplo, o juiz buscará uma decisão pretérita, geralmente daquele mesmo juízo ou corte, que tenha solucionado um caso parecido em circunstâncias relevantes ao caso em julgamento, e não em uma decisão normativa e abstrata de onde possam se originar regras específicas para os novos casos, como se Lei fosse.

Já no direito brasileiro, a vinculatividade não decorre de reiteradas decisões judiciais ou da criação judicial, mas sim da própria Lei que fixa quais as hipóteses em que uma determinada decisão judicial passará a se configurar num precedente vinculante, sendo, portanto, uma vinculação *ope legis*.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que os motivos determinantes do precedente vinculante não integram o bloco de vinculatividade, é de se constatar que o sistema processual brasileiro acaba por se assemelhar mais ao sistema francês da *phrase unique* acoplado ao sistema inglês de normatividade dos precedentes.

Na verdade, no Brasil, o que se define como precedente judicial vinculante, sobretudo aqueles oriundos do Supremo Tribunal Federal, tal qual como as Súmulas Vinculantes e a sistemática da Repercussão Geral, reflete máximas abstratas e normativas que desencadeiam os mesmos efeitos – *lato sensu* – que a Lei oriunda do Parlamento.

Saliente-se que essa desfiguração do sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro em relação aos países de tradição consuetudinária não significa, por si só, algo negativo. Na verdade, quando analisamos os sistemas jurídicos até hoje criados no planeta – o *Common Law* e o *Civil Law*, não são os únicos -, constatamos que todos sofrem fortes modificações em cada país. Vale dizer, o *Common Law* britânico é diferente do estadunidense, e o *Civil Law* francês é diferente do italiano, justamente porque são reflexos da própria cultura vivenciada em cada povo, havendo verdadeira modelagem do direito aos diversos sistemas constitucionais e às tradições morais e culturais.

Em que pesem essas distinções com a tradição anglo-saxônica, resta evidente o crescimento da importância dos precedentes judiciais – e a intensificação do estudo da jurisprudência - no direito pátrio. O estudo dos chamados “informativos” jurisprudenciais dos tribunais e sua respectiva proliferação é um bom exemplo de como a lógica de vinculatividade da jurisprudência do *Common Law* vem impactando a rotina dos aplicadores do direito brasileiro.

Vale dizer que os informativos de jurisprudência acabam ganhando posição de preponderância em todas as áreas jurídicas. Sejam em julgamentos, em pesquisas jurídicas ou concursos públicos das carreiras do direito, cujo conhecimento é exigido, muitas vezes, em patamar superior ao próprio texto positivado.

2.1 O *CIVIL LAW* E SUA FRAGILIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA

A expressão “*Civil Law*”, em sentido estrito, se refere à forma como os autores ingleses e estadunidenses se referem ao sistema de direito romano-germânico, em que prevalece a lei escrita como fonte do direito, para o diferenciar do seu *Common Law*, no qual há a hegemonia dos precedentes judiciais.

Nesse sistema romano-germânico, prepondera o pensamento abstrato e dedutivo, fixado mediante premissas com conclusões decorrentes de processos lógicos de aplicação da norma positivada. Além disso, podemos apontar como outras características desse sistema, a exigência de que a regra do direito deverá ser obrigatoriamente abstrata e geral e a adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável.

Esse sistema, apesar de ter sua origem em Roma, sofreu profundas influências em sua evolução, como o do direito comercial, direito canônico, e principalmente com as revoluções burguesas do final da Idade Média, em especial a Revolução Francesa, e é hoje o sistema jurídico mais utilizado no mundo, disseminando-se como o sistema de direitos adotado em toda a América Latina, toda a Ásia (com exceção de alguns países do Oriente Médio) e Europa continental, e de boa parte da África¹⁷.

Foi com o Código romano *Corpus Iuris Civilis* no Século XII, Depois de Cristo, que o sistema romano-germânico teve o seu marco inicial, tendo a preponderância da lei escrita como fonte do direito desde os seus primórdios.

Conforme ensina Bustamante¹⁸, o Direito romano, portanto, acabou sendo a base do ensino jurídico da Europa Continental Ocidental, incluindo a sua ampla difusão em todas as universidades. Houve uma dedicação das universidades europeias no estudo do *Corpus Iuris Civilis*, tendo-o como verdadeiro objeto de

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 108

¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 105.

investigação, o que acabou irradiando sua influência na codificação do direito europeu¹⁹.

Nos séculos XVII e XVIII, o *Civil Law* prepondera e forma uma simbiose com o direito natural nas universidades continentais, que inicia um movimento para positivação desse direito ensinado nos bancos acadêmicos, passando-se à hegemonia das codificações, em especial com o Código Napoleônico na França (1804)²⁰.

Com a Revolução Francesa, a lei e, em especial, a lei codificada, firmou-se como a única e legítima manifestação da vontade do povo, levando à irradiação do sistema romano-germânico para várias codificações em diversos sistemas nacionais.

As principais características do sistema do *Civil Law* são bem explicitadas por André Ramos Tavares²¹, *in verbis*:

- 1) partir de um pensamento abstrato para a solução do caso concreto;
- 2) adotar um sistema dedutivo, no qual são estabelecidas premissas e obtidas conclusões por processos lógicos;
- 3) primazia da lei como fonte do direito e
- 4) modelo codificado.

Mais recentemente, com a crise do positivismo formalista no século XX, o aumento da dinâmica social globalizada e as constantes e rápidas alterações nos sistemas sociais trouxeram uma crise de legitimidade para o sistema, visto que o seu principal pilar, qual seja a lei escrita, passou a ficar cada vez mais obsoleta frente às demandas mais complexas postas para a solução do Judiciário, em que pese o aumento desenfreado da produção legislativa na busca utópica de se prever todas as necessárias regulações na vida da sociedade cibernética.

Nesse contexto, é de se rememorar que a tradição do *Civil Law*, de certa forma, reverbera a atuação de um Juiz “Júpiter”, expressão cunhada por François Ost²², para se referir a um sistema piramidal do direito, num modelo jurídico clássico –

¹⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 43.

²⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 40.

²¹ TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-14, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=212>. Acesso em: 11 jul. 2019.

²² OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, p. 169-194, 1993. Esse artigo encontra-se acessível virtualmente em: OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes**: tres modelos de juez. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acceso en: 22 mayo 2019.

umbilicalmente ligado ao positivismo – na qual o juiz se baseia fortemente no direito escrito, codificado e estabelecido num escalonamento de regras com hierarquia de legitimidade derivada de normas superiores, como tábua de salvação da segurança jurídica e da impetuosidade individualista daqueles que são investidos na magistratura.

No sistema jupiteriano, há uma irrefreável simplificação e racionalização do material jurídico em vista de um nivelamento social, de modo a travestir - por meio do estabelecimento codificado de categorias jurídicas essenciais por aquele que reescreve o direito inserido no código - um verdadeiro “triunfo de um modo de “despotismo ilustrado, de um fenômeno de liberação nacional ou do resultado de um processo revolucionário”²³.

Nesse sentido, explicita François Ost:

A ordenação lógica desta construção mascara bastante mal, em nossa opinião, a teologia política implícita que a inspira. Neste ponto, W . Krawietz pode mostrar que a soberania do legislador (*princeps legibus solutus*) não seria mais que a laicização da suprema *potestas divina*, enquanto que a articulação das normas jurídicas positivas transporia a cascata normativa que, especialmente, santo Tomás estabelece entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex positiva*. Além do mais, o mesmo Kelsen, que jamais cessou de reconsiderar o status da norma fundamental, terminará por admitir que uma norma deve necessariamente expressar o significado de um ato de vontade e não só de uma hipótese intelectual. Supor a norma fundamental significa supor igualmente a existência de uma “autoridade imaginária” que “quer” esta norma. Isto é, sem dúvida, uma ficção, mas uma ficção necessária para a validação positivista das ordens jurídicas em vigor. Se quer-se assegurar a unidade e a validade de um sistema jurídico, far-se-á “como se” algum ser imaginário lhe houvesse dado o impulso inicial. Júpiter não está, decididamente, muito longínquo. A racionalização última deste modelo jurídico (fenômeno que – como recordou Max Weber – estende-se durante séculos) chega às constituições modernas. Impõe-se a idéia de reunir todo o material jurídico em um *Codex* unitário que apresente as qualidades de coerência, completude, clareza, não redundância, simplicidade e manuseabilidade. Não só simples justaposição ou compilação de soluções casuísticas, mas também verdadeira transubstanciação das regras pelo efeito da sistematização de seus conceitos e de seus princípios estritamente derivados de alguns axiomas iniciais²⁴.

Dessa forma, no *Civil Law*, baseado no sistema codificado, o Juiz Júpiter se comporta de modo a desvelar o sentido imposto na lei legitimamente traçada pelo sistema escalonado e piramidal oriundo de normas superiores, sistematicamente

²³ Ibidem, p. 173.

²⁴ OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acceso en: 22 mayo 2019. p. 173-174.

organizado por meio de diplomas unitários que têm na constituição a sua *ratio* legitimadora.

Todavia, tal modelo, mormente inserido no *Civil Law*, submete-se a diversas alterações e crises oriundas justamente da pós-modernidade, conforme resumiu o autor²⁵:

Em resumo, como recorda Pierre Bourdieu²⁶, “a codificação põe as coisas simples, claras, comunicáveis”. Sem dúvida, se é verdade que entramos resolutamente na era da complexidade, pode-se suspeitar que o paradigma da pirâmide e do código entrou em uma profunda crise. Deve-se estranhar nestas condições que alguns, desejosos de desprender-se radicalmente deste primeiro modelo, sigam a via da inversão completa – via da revolução, da qual portanto haveria que pensar que significa também “volta ao ponto de partida”. Seguindo então a “lei da bipolaridade dos erros”, da qual falava Gaston Bachelard, consistente em não abandonar uma posição errônea, senão para ocupar imediatamente a posição oposta, que é igualmente reducionista e compartilha sem dúvida com a primeira um certo número de traços essenciais, certos autores vão fazer do juiz, de cada juiz, o foco exclusivo da juridicidade.

Dessa maneira, o sistema vem passando por profundas transformações, no que a doutrina veio a identificar como fragilização do *Civil Law*, na perspectiva de mudança de parâmetros de sua aplicabilidade racional de (re)corte romano-germânico, baseado no método dedutivo lógico-formal conduzido originariamente a partir da fonte genética da legislação positivada e codificada, às vezes permitindo a evolução do direito pela via dos diálogos entre as leis e os entendimentos construídos jurisprudencialmente – juiz Hermes, como veremos - e outras, aproveitando-se dessa mudança para traçar superpoderes aos juízes – juiz Hércules, como também será explicitado de acordo com a obra de François Ost -, colocando o juiz como “foco exclusivo da juridicidade”, numa visão extremada e antidemocrática.

Essa fragilização do *Civil Law* foi dividida metodologicamente em um par conceitual que engloba dois principais conjuntos de eventos que identificam as mais importantes alterações do sistema, denominadas de “fragilização virtuosa” e “fragilização não virtuosa” do *Civil Law*²⁷.

²⁵ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: trez modelos de juez. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 169-194, 1993.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. Habitus, Code et codification. **Actes de la recherche en sciences sociales**, n. 64, sept. 1986. p. 42 apud OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes: trez modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acceso en: 22 mayo 2019.

²⁷ Par conceitual cunhado por Hermes Zaneti Junior. ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 111. O autor menciona que essa conceituação foi feita em homenagem ao Prof.

A primeira “fragilização” identificada pela doutrina como “virtuosa”, decorre da abertura do sistema legal fechado, em face do progresso e evolução do direito positivado e de sua evidente impossibilidade de preencher todas as lacunas hermenêuticas e de dar vazão à enormidade de dilemas jurídicos postos em julgamento.

A fragilização virtuosa está intrinsecamente ligada ao surgimento dos microssistemas, à constitucionalização do direito e à abertura interpretativa ocasionada pela codificação-aberta e surge em meio à verificação da necessidade de se buscar a evolução do Direito como forma de adequá-lo à realidade social, conforme explicitou Hermes Zaneti Junior, baseado na obra de Natalino Irti:

O ‘mundo da segurança’, em que as ‘regras do jogo’ obedeciam os ditames do código civil, entendido como fonte e ordenador do sistema (papel que hoje é exercido pela constituição), o chamado ‘*mondo di ieri*’²⁸ da codificação oitocentista, começa a se desfazer entre as duas grandes guerras da Europa. O Estado deixa de ser um garantidor passivo das ‘regras do jogo’ para ingressar fortemente na economia, limitar os poderes negociais dos privados, reconhecer a emergência e regular a chamada ‘questão social’.

Como foi expresso, a história passa por uma improvisada e imprevista aceleração. Em algumas poucas décadas, a sociedade não se reconhece mais na tábua de valores e de modelos proposta pela burguesia liberal, isto é, ‘[...] ao reino da imutabilidade e do duradouro sucede a nervosa ‘aceleração da história’.

Surgem, nesse período, as leis especiais, destinadas a render contas à realidade que fugia dos códigos sistemáticos, sem, contudo, quebrantar-lhes a unidade. A doutrina mais atenta fala em hipertrofia do sistema, declínio do ‘estilo legislativo’ das grandes codificações e entende a nova função dos Códigos como de ‘direito comum’, de aplicação subsidiária para o caso de lacunas e de não haver disciplina específica nas leis especiais. Ocorre uma forte aplicação dos princípios gerais no sistema. Essa realidade, que, na Europa, deu-se mais intensamente entre as guerras mundiais, no Brasil, começa a ser notada mais incisivamente apenas na década de 1950²⁹.

Destarte, a fragilização virtuosa do *Civil Law* se qualifica na constitucionalização dos direitos e, por conseguinte, uma ampliação da natureza principiológica da Constituição, de modo que a atividade do juiz nessa nova realidade do *Civil Law* amplia sua responsabilidade na compreensão e boa adequação da norma positiva ao contexto social em que está inserido.

Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p 1-31, jul. 2006.

²⁸ IRTI, Natalini, L’età della decodificazione. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 25 e ss.

²⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 110-111.

Vale dizer, a partir dessa sistemática, a atividade jurisdicional se insere num diálogo circular entre as normas aprovadas pelos representantes do povo e as vicissitudes postas no caso concreto, que permitem uma busca regrada da justiça, com base nos ditames constitucionais, de modo que aos juízes passam a ser instrumentos de densificação dos princípios constitucionais, atravessando a sistemática de separação absoluta de poderes.

Nesse mesmo sentido, explicita Hermes Zaneti Jr.:

Nesse átimo, *surgem* os microssistemas, corpos legislativos dedicados a disciplinar uma determinada categoria de relações jurídicas, de forma ampla, permitindo o recurso da analogia ao código, mas *contendo, em si mesmos, os princípios gerais de orientação* lógica. Os microssistemas são autônomos em relação ao direito previsto nos códigos e estes deixam de ser o direito comum. *As normas reguladas como microssistemas aparecem como direito geral de toda uma determinada matéria.*

Qual função resta aos códigos nesse quadro? Na pergunta de Natalino Irti: ‘*Come salvarei l código civile?*’. A resposta parece passar necessariamente pelo reconhecimento da constitucionalização dos direitos e a consequente principialização da Constituição, somada ao advento da técnica legislativa das cláusulas gerais nos códigos modernos (nosso exemplo, já bastante repetido na doutrina brasileira, é o do Código Civil de 2002). Com isso, o papel do juiz aumenta de responsabilidade e poder. Pois deverá atuar para a densificação desses princípios e cláusulas, rompendo com a estrutura estanque da divisão de poderes anteriormente pensada. O aspecto virtuoso está justamente na potencial adaptação desses novos diplomas e institutos jurídicos à realidade concreta do direito, uma adaptação garantista na realização dos objetivos constitucionais.³⁰

Tal perspectiva de fragilização virtuosa do *Civil Law* se alinha mais ao Juiz Hermes, como figurado por François Ost, a partir de uma rede ou banco de dados, diversamente do juiz Júpiter representado por uma pirâmide, que neste tabalho vinculamos ao modelo tradicional do *Civil Law*, e o Juiz Hércules significado por uma pirâmide invertida, ou um “funil”, mas aproximado ao modelo de *Common Law*, em especial do Realismo Jurídico norte-americano, como veremos mais à frente.

Para o autor, o juiz Hermes se centra na nova complexidade posta pela pós-modernidade, numa múltipla combinação de atores no desenvolvimento do Direito, que não encontra guarida na visão reducionista apresentada nos modelos Júpiter e Hércules (esse último a ser explicitado em linhas posteriores).

O juiz Hermes, significado pelo personagem Hermes da mitologia grega que seria mensageiro dos deuses, estaria simultaneamente no céu, na terra e inferno,

³⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes:** Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 113-114.

sempre em movimento, ocupando o vazio entre as coisas e provocando o trânsito e o diálogo entre umas e outras.

Nessa toada, o *Civil Law* em sua dimensão de fragilização virtuosa, abraça o contexto do juiz Hermes, que se qualifica como um dos atores no bojo da complexidade e intersecção de pontos geradores do direito, sempre tocando e reconstruindo o sentido da legislação e ampliando o diálogo interinstitucional na busca da justiça e construção comunicativa de consensos, conforme, também, aponta a Teoria Comunicativa de Habermas³¹.

Nesse sentido, assim explicitou Façois Ost a respeito do modelo de juiz Hermes:

Se a montanha ou a pirâmide convinham à majestade de Júpiter, e o funil ao pragmatismo de Hércules, por outro lado, a trajetória que desenha Hermes adota a forma de uma rede. Nem tanto um pólo nem dois, nem inclusa a superposição dos dois, mas uma multidão de pontos em inter-relação. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tão logo separados como confundidos, freqüentemente intercambiáveis; uma multiplicação de atores, uma diversificação dos catálogos, uma inversão das réplicas. Tal circulação de significados e informações não mais se deixa conter em um código ou em um dossier; expressa-se sob a forma de um banco de dados. O Direito pós-moderno, ou Direito de Hermes, é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados. Sem dúvida, para tentar descrever estes jogos de linguagem infinitamente complexos e enredados, proporemos alguns aspectos do que poder-se-á chamar uma teoria lúdica do Direito. Finalmente, terminaremos deixando em toda sua radicalidade a questão da legitimidade: pois se Hermes não é nem transcendência nem imanência, mas, uma vez mais, encontra-se entre uma e outra (dialética) ou, melhor todavia, paradoxo (a uma e a outra), então teremos que, igualmente, aprender a reformular nossas respostas à questão do “bom Direito”³².

É de se registrar que essa fragilização virtuosa, em certa maneira acabou por gerar a própria fragilização não virtuosa do *Civil Law*, que, como veremos, é uma versão extremada da primeira.

Na fragilização não virtuosa, tem-se a completa relativização do ordenamento jurídico. Alguns juízes, baseando-se na ausência do parâmetro legal e do seu descrédito democrático (*rectius*: deficit democrático), oriunda de uma vulgar crítica ao positivismo e frente a uma inflação legislativa simbólica, passam a criar informalmente

³¹ Nesse sentido ver HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

³² OST, Façois. **Júpiter, Hércules y Hermes: trez modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acceso en: 22 mayo 2019. p. 172.

seus próprios códigos e procedimentos, desconsiderando por completo o direito legislado e os parâmetros procedimentais insculpidos na constituição, e decidem questões cruciais sem qualquer consulta às partes, resultando no clássico arbítrio presente no Estado de Direito, qual seja, o subjetivismo judicial.

No subjetivismo judicial, tem-se, como bem identificou François Ost, o Juiz Hércules, assim explicitando:

Tomemos o Direito hercúleo. Aqui a efetividade (a irrecusabilidade do fato) é condição necessária e suficiente para a validade; a legalidade da regra e, a *fortiori*, sua legitimidade não se tomam em consideração. O Direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. Mas então é a idéia mesma de validade e, com ela, a de normatividade a que perde pertinência. Não reconhecem os mesmos realistas que suas *real rules* se conjugam em indicativo? Assiste-se aqui não somente a uma atomização do jurídico, disperso em uma multidão de decisões, senão também, e fundamentalmente, a uma dissolução do normativo que se esgota em uma coleção dispersa de manifestações esporádicas de vontade. A decisão, nestas condições, já não guarda nada do normativo da regra (por definição ausente) e se analisa desde agora como “o fato do juiz” que nenhuma regularidade normativa quer validar. Como bem o entendeu um representante desta corrente, J. Brawn, o Direito, em definitivo, não existe em nenhuma parte: não está nem na lei nem nas decisões judiciais, passadas ou inclusive presentes (salvo, no que concerne a estas últimas, para as partes em litígio). Não é nunca outra coisa que devir; seu único lugar de emergência é a decisão singular, mas enquanto aparece, expira³³.

Dessa maneira, na fragilização não virtuosa do *Civil Law*, observa-se a figura do “juiz Hércules”, que deixa a compreensão do direito legislado como sendo o ponto central do sistema jurídico, para passar a ser ele mesmo, em sua pseudosoberania individual acarretada, também, pelo *status* social da magistratura – ainda decorrente dos resquícios dos títulos honoríficos conferidos por Reis na Idade Média – como sendo o eixo basilar do sistema, relativizando todas as normas do ordenamento, a fim de permitir decisões nas quais a opinião pessoal do julgador prepondera, em autênticos arroubos solipsistas.

Nessa perspectiva, o juiz Hércules deixa sua posição técnica imparcial e passa a ser, verdadeiramente, um “engenheiro social”, fixando suas decisões para solucionar problemas político-sociais, como sendo um autêntico agente político que julga o que entende ser correto e socialmente aceito pelo povo – afastando-se da Lei “moralmente deslegitimada”, já que, em sua intuição, os agentes eleitos pelo povo

³³ OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponible: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>. Acceso en: 22 mayo 2019. p. 175-176.

“não os representam”, agarrando-se à crítica vazia e obsoleta de ataques à política, como se essa fosse a causa dos males da sociedade, cabendo ao juiz Hércules a tarefa de representar os anseios da sociedade – como se eles, os juízes, fossem semideuses - assim como ocorria com Hércules na mitologia grega – dispostos a “criar a justiça” no caso concreto.

Mas, os efeitos da fragilização não virtuosa do *Civil Law* não são sentidas apenas no âmbito do Poder Judiciário e nas decisões solipsistas e eminentemente pragmáticas dos juízes, espraiando-se também pelo Executivo, como bem exemplifica e adverte Hermes Zaneti Jr.:

Por exemplo, na ausência do legislador, o próprio Executivo legisla através das medidas provisórias (espécie do gênero decreto-lei, comum a uma série de ordenamentos jurídicos), as quais fazem parte do cotidiano brasileiro como verdadeira legislação elaborada pelo Poder Executivo, não diferentemente do que ocorre em outros países e representam instrumentos, muitas vezes despóticos.

Existe o risco de enormes danos nessa toada, pois a confluência entre excesso de legislação e omissão legislativa é nefasta. Entre a descodificação e a recodificação por meio das cláusulas gerais e por meio da unidade constitucional do ordenamento, por um lado, e a inflação legislativa ou abstinência do legislador, somadas à edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, por outro, há o aumento da insegurança jurídica na sociedade, causando a *erosão do direito positivo* – que é ultrapassado, sem critério, pelos juízes e pelos costumes e práticas dos operadores do direito. Trata-se, em uma palavra, *fragilização não-virtuosa*³⁴.

Assim, a fragilização não virtuosa do *Civil Law* representa um verdadeiro risco à própria legitimidade democrática do ordenamento, porquanto, por exemplo, ao conceder o poder de criar regras procedimentais (*procedural rule-making*) – como ocorre no caso dos tribunais brasileiros - e ao permitir que o Poder Executivo possa editar Medidas Provisórias, sem um critério objetivo, deixando ao seu alvedrio definir

³⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 114

discricionariamente o que se possa considerar como “relevante e urgente”³⁵, abre-se uma porta larga para o abuso e arbitrariedades de toda a sorte³⁶.

2.2 O SISTEMA DO *COMMON LAW*

O sistema do *Common Law* se identifica com o surgimento do direito na Inglaterra, a partir da conquista da ilha inglesa pelos normandos em 1066,³⁷ com a histórica unificação dos sistemas jurídicos antes fragmentários, de modo que se iniciou uma tradição judicial assentada na construção paulatina do direito com base, primordialmente, no que restou decidido pelos juízes.

Ressalte-se que a menção do componente histórico do surgimento do sistema jurídico inglês se faz necessária para se compreender a formação de tal tradição jurídica, que possui uma qualificação historicista que permeia os pilares desse sistema.

Dessa forma, importa frisar que antes do triunfo da conquista normanda, em 1066, o território inglês era dominado por diversas tribos de línguas e costumes diferenciados, contexto que inviabilizava a centralidade do poder político e a formação de uma ordem jurídica unificada. Era inócua qualquer tentativa de imposição de códigos ou leis escritas para os diversos povos ou o estabelecimento de doutrinas religiosas de dominação, em face das distintas culturas existentes.

³⁵ Nesse sentido é consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que foi reafirmada no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 2382, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 14.3.2018. (ADI-2382), ADI 2425, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 14.3.2018. (ADI-2425), ADI 2479, rel. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 14.3.2018. (ADI-2479), divulgado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 894, em 16 de março de 2018, assim restando consignado no trecho do respectivo Acórdão, *in verbis*: “[...] De início, quanto à alegada ofensa aos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias (CF, art. 62), o Tribunal reafirmou jurisprudência consolidada da Corte no sentido de não caber ao Poder Judiciário verificá-los, pois configuram conceitos jurídicos indeterminados que estão situados dentro da discricionariedade política do Poder Executivo para edição de tais atos normativos e do Congresso Nacional para conversão ou não em lei. Apenas em caráter excepcional é possível o controle jurisdicional destes requisitos, quando existir abuso de poder ou a ausência destes pressupostos for evidente. No entanto, essas hipóteses não estão presentes no caso, uma vez que a matéria tratada possui evidente relevância e havia considerável urgência na edição da Medida, por meio da qual se buscou reduzir os inúmeros casos de fraude envolvendo saques de valores depositados nas contas de FGTS dos trabalhadores brasileiros”.

³⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 114

³⁷ DAVID, Réne. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 356.

A forma encontrada pelos monarcas para essas circunstâncias pouco amigáveis foi a imposição de uma ordem jurídica capitaneada por um corpo de juízes de estrita confiança da monarquia absolutista³⁸.

Nesse contexto, a formação da tradição do *Common Law* se configura justamente em um contraponto às tradições fragmentadas do período pré-feudal na Inglaterra, constituindo-se no novo direito comum a toda Inglaterra (*comuna ley*), construído de acordo com as decisões dos juízes durante o passar dos anos.

Fixadas essas premissas históricas, importa salientar que o sistema do *Common Law* se caracteriza pela preponderância do processo adversarial e seu caráter discursivo, com forte importância do debate e influência das partes litigantes na formação do precedente judicial.

No sistema do *Common Law* inglês é dominante a intenção dos juízes em construir, de forma justificada, normas de decisão que serão replicadas posteriormente e, por isso mesmo, promovem um amplo debate no bojo dos autos do processo, levando em conta as bases axiológicas e o contexto político em que a demanda está inserida, conforme bem anota Thomas da Rosa de Bustamante:

No *common law* há uma vontade geral dos juízes de lidar diretamente com a real substância do caso com os valores e opções políticas envolvidos, bem como uma prática de se redigir os julgamentos de forma livre – cada juiz adota seu próprio estilo pessoal – , mas que expressa com clareza os argumentos que suportam a decisão: ‘As *opinions* do *common law* são discursivas, personalizadas, abertas à discussão de valores e políticas públicas e justificadas por argumentações bem desenvolvidas [Taruffo 1997-a:450]. Não há nas decisões judiciais inglesas a predominância de qualquer modo ou padrão único de raciocínio, mas várias formas de argumentação que se complementam, tais como argumentos lógico-dedutivos, argumentos por princípios, por indução e analogia, argumentos consequencialistas, por *reductio ad absurdum* e, especialmente, por precedentes.

[...] Vigora um sistema processual de caráter *adversarial* que, ao longo de todo o processo, dá ênfase à atividade das partes na produção da prova (em contraposição ao modelo continental, em que o juiz é quem dá a diretiva da produção de prova ao presidir o processo) e se caracteriza por uma relativa passividade do juiz³⁹.

Dessa maneira, é de se constatar o *Common Law* concede em sua conformação uma grande importância ao processo. Desde os seus primórdios até hoje – não exatamente da mesma forma – os tribunais da Inglaterra têm em sua atuação

³⁸ DAVID, Réne. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357

³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 43

uma forma peculiar, por intermédio da condução do processo, por meio da instrumentação de uma série de procedimentos específicos que irão culminar com a concessão ou denegação da ordem (*writ*), emitida pelo juiz investido da autoridade do poder real ao seu respectivo funcionário, incluindo uma série de passos ou procedimentos a serem seguidos para o fiel cumprimento da ordem.

Ao contrário do que ocorreu com o *Civil Law* em que o direito foi construído a partir das atividades do legislador e da doutrina fortemente inserida no contexto das universidades de direito do continente europeu, o *Common Law* foi construído especificamente pela jurisprudência, compreendida como o conjunto das decisões dos juízes e tribunais, que possuem um caráter de normatividade e vinculação intrínsecos, centrado na capacidade lógico-dedutiva dos juízes em justificar suas decisões em relação às decisões passadas e já externando a justificabilidade para aplicação daquela decisão como um precedente judicial para os casos futuros com força vinculante.

Por fim, é de ser frisado que, nos últimos anos, no direito brasileiro, tem-se verificado a recepção de institutos do *Common Law*, mormente a partir das influências do direito estadunidense, de modo que a análise da internalização do *Common Law* no direito pátrio é essencial para se compreender os seus institutos nessa nova dinâmica do ordenamento nacional.

2.3 AS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS E A RECEPÇÃO DO *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO

A complexidade das relações sociais no terceiro milênio demanda a busca incessante dos juristas e parlamentos por institutos e experiências sociais de outras culturas como forma de permitir um movimento de regeneração e evolução dos ordenamentos nacionais, com base na prática eventualmente exitosa no direito alienígena.

Nesse contexto, a construção do direito moderno vem sendo permeada pela chamada teoria da recepção jurídica, que se constitui na recepção de diversos institutos de direito estrangeiro na formação dos sistemas jurídicos nacionais e comunitários internacionais.

Tal fenômeno foi intensificado pela globalização, com o avanço dos sistemas e redes de comunicação, conformando-se e promovendo influências recíprocas nos

diversos ordenamentos jurídicos do planeta, revelando-se como verdadeira oxigenação de tais sistemas e, ao mesmo tempo, qualificando-se como elemento essencial na expansão dos direitos fundamentais e do paradigma de garantismo.

Conforme bem explicita Gustavo Zagrebelsky⁴⁰, na atual quadra constitucionalista, mormente em face dos direitos e garantias fundamentais, é possível a consideração da fluidez das normas, na qual há uma sistemática internalização de institutos entre as diversas soberanias nacionais, como primado da expansão dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dúctil do direito, com intensa reverberação no dito direito comunitário.

Assim, a teoria da recepção sob seu particular aspecto de recepção constitucional de institutos de outras culturas jurídicas ganha maior relevo quando verificadas a partir de nossa sociedade da informação, motivo pelo qual a nossa constituição passa a ser, por meio de sua interpretação pelos tribunais superiores, bastante influenciada pelas técnicas geradas “além-mar”.

Sobre tal teoria, assim leciona Hermes Zaneti Junior tomando por base a teoria da recepção aplicada ao direito comunitário europeu:

A recepção constitucional vem sendo analisada modernamente como um rico processo de construção do direito. As instituições não respeitam a teoria e se desenvolvem muitas vezes ao seu alvedrio. A dimensão e importância do estudo desse fenômeno toma espaço na tentativa de unificação do direito constitucional europeu, a ponto de, como que em um retorno na espiral evolutiva da história, ter-se procurado identificar elementos de um direito comum europeu. Trata-se, muito mais claramente, da evolução para um modelo não de direito comum, mas de constitucionalismo garantista global, da expansão do modelo garantista para além das esferas estatais, inclusive para atender as emergências que a globalização econômica e dos mercados provocaram nos últimos anos⁴¹.

Com efeito, a teoria da recepção, apesar de pouco estudada na doutrina pátria, tende a se consolidar como ponto fulcral do direito nos próximos anos, justamente pela maior quantidade de recepções e influências entre os diversos estados globais.

Importa ressaltar, ademais, os diversos tipos e classificações das possíveis formas de recepção elencados pela doutrina de Peter Härbele⁴², quais sejam: a

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Leys, derechos, justicia. Madrid: Trota, 2003.

⁴¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 45

⁴² HÄRBELE, Peter. Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica. In: LUÑO, Antonio-Henrique Perez (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 151.

recepção múltipla, a recepção bumerangue, a recepção concorrência, a recepção cruzada, ou “polinização cruzada” dos conteúdos decisórios, as recepções recusadas, as recepções jurisprudenciais e as recepções textuais.

Na recepção múltipla existem vários processos de recepção ocorrendo concomitantemente no tempo. Nesse tipo de recepção, há a recepção por intermédio de internalização pelo Parlamento, por meio de normas constitucionais criadas com base nos institutos constitucionais do direito estrangeiro e, em seguida, a corte constitucional passa a utilizar o entendimento da jurisprudência sobre tal instituto que vem sendo aplicada pelo tribunal do país originário.

De outra banda, a recepção cruzada ocorre quando a internalização do direito estrangeiro, mormente por meio da inclusão de novas normas constitucionais, não se origina de normas escritas de outro país, mas sim da jurisprudência desenvolvida pelas cortes estrangeiras. Vale dizer que a norma recepcionada se fundamenta apenas na interpretação conferida pela corte estrangeira, gerando, a partir daí, as normas internalizadas.

A recepção bumerangue, termo cunhado por Peter Häberle, refere-se ao fenômeno da recepção em que uma ideia constitucional retorna ao país de onde se originou, reciclada, transformada pela recriação no país receptor.

Quanto à recepção concorrência, tem-se essa quando os exemplos estrangeiros para a solução de um problema constitucional são muitos e, por isso, também estão incluídos no espaço de construção do que será o direito a ser recepcionado.

Já no que se refere à recepção recusada, tal circunstância se evidencia quando, apesar de ter sido internalizada por meio da inclusão do texto normativo no sistema escrito do país receptor, a norma a ser recepcionada restou impossibilitada de prosseguir, sendo, por isso, recriada em virtude de ser superada pela interpretação, o costume e a prática anterior à recepção.

Por fim, Häberle também leciona sobre as recepções jurisprudenciais e textuais, que seriam uma espécie de recepção hermenêutica intensificada pelo diálogo constitucional⁴³ existente entre as cortes constitucionais, que passam a se comunicar e adotar teorias umas das outras no ciclo de oxigenação recíproco no direito pátrio.

⁴³ Nesse sentido: RAMIRES, Mauricio. **Diálogo judicial internacional: O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Frise-se que um bom exemplo dessas recepções jurisprudenciais no Brasil foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 - em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro.

Na ocasião, a Corte Suprema brasileira, ao proferir Decisão vinculante para todo o território nacional, entendeu que o sistema penitenciário nacional vive um “estado de coisas inconstitucional”, teoria essa que os próprios ministros fizeram questão de esclarecer que buscaram da jurisprudência da “*Corte Suprema de Justicia*” da República da Colômbia, que cunhou a pela primeira vez a expressão no ano de 1997, na chamada “*Sentencia de Unificacion (SU)*”⁴⁴.

De outra banda, importa ressaltar que a recepção é parte de um processo maior de recepção cultural geral, no qual a própria teoria da constituição, sob esse viés, abrangerá o aspecto do contexto cultural, de modo que a cultura se perfectibiliza como um fator contextual dessas recepções.

Sob essas premissas, inserem os diversos exemplos de recepção no direito brasileiro, que vem internalizando institutos estrangeiros nas constituições brasileiras desde a Constituição republicana de 1891.

São de se ressaltar dois importantes exemplos de recepções no Direito brasileiro, como bem assinala a doutrina de Hermes Zaneti Junior⁴⁵, iniciando com a Constituição de 1891, que acabou por recepcionar o modelo processual constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, e a recepção traçada no Código de Processo Civil de 1973 que absorveu tardiamente as influências do direito napoleônico e as ideias da tradição romano-germânica moderna, oriunda da Revolução Francesa. A partir dessa dupla internalização, surgiu um verdadeiro “paradoxo metodológico”⁴⁶, na medida em que o direito brasileiro passou a ter um sistema processual

⁴⁴ Sentencia SU-559, de 6/11/1997. No referido processo, diversos professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. Na oportunidade, a Corte colombiana considerou que o descumprimento da obrigação constitucional era generalizado, chegando a um número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. A partir daí, seguindo o que entendeu ser um “dever de colaboração” com os demais, tomou a Decisão ampliando os direitos para outras partes além daquelas que litigaram no processo e declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional”, determinando aos municípios que se encontrassem em situação semelhante que procedessem à correção da inconstitucionalidade em tempo razoável.

⁴⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

⁴⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 49

constitucional cunhado sob o viés do *Common Law* estadunidense, com o controle difuso de constitucionalidade, tendo como característica a atipicidade das ações – “*remedies precede rights* (os remédios precedem os direitos) e os *writs* constitucionais⁴⁷.”

Interessante notar, de passagem, que quando falamos na recepção pelo Direito brasileiro de institutos e da prática do direito constitucional norte-americana em nossa Constituição Republicana de 1891, estamos falando na denominada recepção cruzada⁴⁸, visto que a maior parte dos institutos foram absorvidos em nossa Constituição a partir das conclusões desenvolvidas pela jurisprudência da Suprema Corte daquele país em decorrência do julgamento do famoso caso de “*Marbury v. Madison*”, de 1803.

Nesse contexto, Hermes Zaneti Junior doutrina que:

[...] após 1891, ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana, que no próprio texto constitucional, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que conduziram para a Emenda Constitucional n. 45/2004 à Constituição de 1988, na qual se deu a recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais brasileiros, conferindo maior igualdade, necessária estabilidade ao direito, decorrente das decisões dos órgãos judicantes e fechando o círculo de recepção constitucional começado com a Constituição da República de 1891⁴⁹.

Por outro lado, o sistema normativo brasileiro, ao mesmo tempo, passou a conviver com o atrelamento da ação ao direito subjetivo⁵⁰, com a vinculação do juiz estritamente à lei escrita, de tradição do direito continental europeu do *Civil Law*, colocando a aplicação dos princípios a uma função subsidiária terciária⁵¹, com a singela atribuição de colmatação das virtuais lacunas normativas.

A partir dessa recepção dupla, desenvolve-se no Brasil um sistema híbrido em que coexistem o *Common Law* e o *Civil Law*, em que a aplicação do direito é, ao mesmo tempo, atrelado à lei escrita e essa própria lei fixou, de cima para baixo, a

⁴⁷ Conforme prescreve o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁸ Peter Häberle conceitua como recepções cruzadas “as que se produzem quando o ente constituinte assume o que em outro lugar uma sentença constitucional pioneira havia elaborado de forma incipiente”.

⁴⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 51.

⁵⁰ Como explicitava o art. 75 do Código Civil de 1916: “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

⁵¹ Por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

vinculação do sistema aos precedentes normativos vinculantes oriundos das cortes e tribunais de justiça, em especial com as chamadas Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Tal recepção dupla gerou e gera diversos pontos de atrito, que buscaram ser suavizados com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, marcadamente com a definição de diversos institutos e procedimentos geradores de precedentes vinculantes e elencando taxativamente quais desses precedentes vinculam as demais instâncias e permitem o manejo das chamadas reclamações⁵² contra decisões judiciais ou atos do Poder Público que acabem por violar tais precedentes.

Com efeito, o *Civil Law* brasileiro tem passado por profundas alterações, destacando-se a mudança de paradigma com fulcro no pós-Positivismo, em que os princípios constitucionais, inclusive os implícitos, passaram a ter força normativa, desempenhando papel principal, destacando-se na função de gerar a unicidade da Constituição.

Essa mudança trata-se de uma das principais consequências da recepção da tradição do *Common Law*, relacionando-se ao sistema de freios e contrapesos, na função de servir de instrumento de controle do poder, como existe no sistema de tradição norte-americana do “*judicial control*”, primordialmente para oferecer garantias de aplicação da constituição rígida e permitir sua permanência eficaz na sociedade, sendo um fundamento contramajoritário do Estado Democrático de Direito.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS E A DOUTRINA DO STARE DECISIS: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E SUA ACEITAÇÃO NAS DIVERSAS CORRENTES JURÍDICO-FILOSÓFICAS

O precedente judicial é, sinteticamente, conceituado pela doutrina como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo

⁵² “Código de Processo Civil de 2015. Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência” [...].

ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”⁵³.

É de ser ressaltado, *ab initio*, que os precedentes judiciais são um tema de altíssima importância neste início de século XXI, visto que, evidentemente, os precedentes judiciais se encontram em todos os ordenamentos jurídicos. Estão em todos os lugares sendo o tema central de debate, em especial no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, como pedra de torque do sistema jurídico antes dominado apenas pela Lei positivada.

Dessa forma, tem-se que os precedentes judiciais são aquelas decisões jurisdicionais que servem de parâmetro normativo para as subsequentes decisões, seja do mesmo juízo ou de juízos com subordinação hierárquica processual àquele prolator da decisão.

Tomado sob sua conceituação *lato sensu*, o precedente é designado pela decisão judicial proferida à luz da demanda verificada em um caso concreto, em que “o elemento normativo pode servir de diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” e, em sentido estrito, o precedente judicial pode ser definido com a própria fundamentação ou *ratio decidendi* da decisão jurisdicional que se aplica a decisões posteriores⁵⁴.

Tal sistema de vinculação das decisões judiciais decorre e está umbilicalmente ligado à doutrina do *stare decisis*⁵⁵, e designa o fenômeno da força vinculante dos precedentes aos próprios juízes.

O *stare decisis* é definido pelos dicionários como sendo “a doutrina pela qual as cortes aderem ao precedente em questões de Direito de forma a assegurar certeza, consistência e estabilidade à administração da justiça”⁵⁶.

José Jesus Cazetta Junior apresenta uma síntese da teoria:

Reduzida à sua expressão mais simples, a teoria é esta: (a) todo caso foi decidido segundo uma razão jurídica (*ratio decidendi*), (b) pertinente aos fatos

⁵³ BLACK, Henry Campbell. **Black’s law dictionary**. 6. ed. St. Paul, USA: West Publishing, 1990 apud SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p 41.

⁵⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2016. p 505.

⁵⁵ A expressão sintética do “*stare decisis*” é oriunda do brocardo latino “*stare decisis et non quieta movere*”, que em tradução livre significa “mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido” (Cf. *Stare Decisis*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, maio/jul. 1994. p. 282).

⁵⁶ MERRIAM Webster’s Dictionary of Law. Springfield: Merriam-Webster, 1996. p. 468.

essenciais da causa e (c) que poderá adquirir força vinculante em situações similares, (d) conforme a posição ocupada na hierarquia judicial tanto pelo tribunal em que houve o julgamento como pela corte onde é invocado⁵⁷.

Nessa perspectiva, o *stare decisis* se apoia nos princípios da universalidade e igualdade, máxima ética a qual define que casos semelhantes devem ser tratados de modo análogo pelos julgadores.

A esses princípios são somados outros de caráter sociopolítico, que podem ser assim resumidos: a) conferir natureza racional e previsível aos julgamentos; b) garantir a confiabilidade de que as decisões prévias tenham gerado, incluindo, a confiança quanto à imparcialidade do sistema judiciário e c) permitir a focalização de questões novas pelos tribunais⁵⁸.

Assim, os precedentes judiciais, como dito anteriormente, desenvolvem-se historicamente no bojo do sistema do *common law* inglês, a partir da teoria do *stare decisis*, que se conceitua como a doutrina em que se busca o respeito à força normativa das decisões judiciais, significando uma espécie de ordem: mantenha-se, não se moleste o que está decidido, também sendo denominada na Inglaterra de *doctrine of binding precedent*.

Um dos principais casos ingleses que clarificou de forma assentada essa doutrina foi o caso *London Tramways Company v. London Country Council*, no ano de 1898, quando a Câmara dos Lordes inglesa não apenas tratou e reafirmou o efeito autovinculante do precedente, mas igualmente declarou a sua eficácia vinculativa externa para os demais juízos hierarquicamente inferiores, denominada de eficácia vertical do precedente⁵⁹.

Avaliando os aspectos práticos da doutrina do *stare decisis* também é perceptível que essa está calcada no princípio da uniformidade e coerência, de modo a impedir a ocorrência de decisões judiciais conflitantes que não guardem um mínimo

⁵⁷ CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 193.

⁵⁸ CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 187

⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 161

de coerência com os entendimentos tomados em decisões anteriores e com o próprio sistema jurídico, ressaltando um viés nomofilático⁶⁰.

Por outro lado, também é de se ressaltar que há uma evidente busca pela dinamicidade do direito, e a geração de efeitos nitidamente prospectivos, já que uma vez estando decidido em definitivo um caso difícil (*hard case*), por exemplo, impede que haja a sua rediscussão *ad eternum*, permitindo que o Direito “ande para frente”, e não mais perca tempo com o que foi decidido.

Por outro lado, importa frisar que, a rigor, os precedentes judiciais não se confundem com as definições do que sejam a jurisprudência e as súmulas.

Enquanto que o precedente judicial é a decisão judicial que, por força de lei ou da tradição, é tomado como parâmetro ou fundamento para o julgamento de casos futuros, em que há o transbordamento dos seus fundamentos para além das partes litigantes no caso concreto, a jurisprudência possui um sentido mais largo, abrangendo o que sejam os próprios precedentes, as decisões isoladas e, também, as reiteradas decisões dos tribunais, bem como, as súmulas de jurisprudência⁶¹. Essas, por sua vez, representam a consolidação ou materialização do entendimento formado pelo tribunal a partir da jurisprudência dominante, permitindo o conhecimento geral, objetivamente, de qual o posicionamento do referido tribunal a respeito daquela determinada matéria.

Assim, os precedentes judiciais são decisões judiciais que, em face da sua reiterada ocorrência, sedimentam entendimentos interpretativos, consolidando as conclusões ao ponto de lhes conferir força normativa perante outros órgãos jurisdicionais, com base, evidentemente, nos ditames constitucionais.

Conforme explicita Hermes Zaneti Junior:

Os precedentes judiciais [...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso atual, se extrai a *ratio decidendi* ou holding como *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. **La relatividad del concepto de accion**: Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1961. p. 140.

⁶¹ Hermes Zantei Jr. faz a ressalva de que as decisões judiciais tomadas reiteradamente não são, por si só, precedentes, sendo apenas uma jurisprudência persuasiva, sendo certo que, para o referido autor, não é equivocado falar-se em “precedentes persuasivos” no Brasil, visto que as decisões judiciais não vinculantes não podem ser considerados precedentes judiciais, se enquadrando, como dito, apenas na jurisprudência persuasiva. ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 327-329.

argumentativamente pelo interprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts somados* a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual. Por esta razão, não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão (ou decisões) do tribunal com respeito à matéria. De outra sorte, não se confundem com a jurisprudência porque obrigam o próprio tribunal que decidiu, sendo este responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade [...]⁶².

Dessa maneira, é de se constatar que o precedente judicial analisado em sua dimensão técnica de vinculatividade, em especial no bojo da tradição do *Common Law*, acaba revelando-se, diversamente do que corre com a mera jurisprudência persuasiva do *Civil Law*, como verdadeira fonte do Direito.

É de se frisar ainda que a doutrina do *binding precedents* é trabalhada sob duas dimensões distintas: a) dimensão horizontal⁶³, que revela a necessária observância de um precedente judicial para a própria corte que o criou, estando diretamente ligada ao aspecto do exercício de criar normas de caráter geral e de proteger sua vigência, defendendo a norma criada (nomofilaxia) e b) vertical, que significa a força vinculante do precedente para os tribunais e juízes de menor hierarquia⁶⁴.

Nesse sentido, saliente-se que Marinoni adverte que essa divisão entre *stare decisis* na dimensão horizontal e vertical encontra certa polêmica na doutrina:

De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de precedent, como Frederik Schauer, para quem, "tecnicamente, a obrigação de uma corte de

⁶² ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 324-327

⁶³ Quanto ao aspecto Horizontal do *Stare Decisis* nos Estados Unidos, José Jesus Cazetta Junior apresenta algumas distinções: a) embora demonstre, na prática, uma forte tendência a mantê-los, a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre se atribuiu muita liberdade para a desconsideração dos seus precedentes, especialmente em questões constitucionais; b) as Cortes de Apelação consideram-se vinculadas, em princípio, aos próprios precedentes (ainda que atuem de um modo bastante pragmático e não tão formalista quanto as Cortes inglesas); c) em todos os Tribunais que estão no nível mais baixo da hierarquia judiciária, justamente porque não lhes compete criar normas gerais, não há essa dimensão horizontal do *stare decisis*". CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 189.

⁶⁴ CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 188.

seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* (...), e o termo mais abrangente *precedent* é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior.⁶⁵

Nessa toada, é certo que tal divisão é de ser utilizada com parcimônia, visto que o aspecto horizontal da doutrina do *stare decisis* se clarifica como ponto razoavelmente assente, mesmo por uma questão de lógica dos julgados, afinal de contas, um tribunal não pode julgar casos análogos utilizando-se de dois pesos e duas medidas, sendo essa talvez uma circunstância que deflui inequivocadamente do próprio princípio da igualdade substancial, e não necessariamente de uma doutrina de vinculação dos precedentes judiciais – mas um reforço a sua importância -, apregoando a própria defesa do direito objetivo utilizado pelo tribunal e da norma de decisão criada nos julgamentos dos casos anteriores.

A respeito do tema, assim escreveu Eduardo Cambi e Vinicius Gonçalves Almeida:

O sistema de precedentes vinculantes encontra fundamento no art. 5.º, caput, da Constituição Federal, devendo o tratamento isonômico significar tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A igualdade garantida pela Constituição Federal projeta-se sobre o Direito Processual Civil, onde os litigantes, por meio de um contraditório equilibrado e efetivo (arts. 9.º e 10 do CPC), têm assegurado oportunidades equivalentes de influenciar a formação do convencimento judicial, sem prejuízo da adoção de técnicas processuais diferenciadas que possam promover o tratamento igualitário, com atenção à medida das desigualdades, para provimento do equilíbrio necessário à efetivação do direito ao justo processo. A aplicação de precedentes judiciais está assentada nesse equilíbrio isonômico, que assegura às partes os meios processuais indispensáveis à promoção de seus interesses, mas, ao mesmo tempo, incentiva a distribuição racional do ônus do tempo do processo, para evitar defesas abusivas ou meramente protelatórias, que postergam indevidamente a tutela jurisdicional. Com efeito, é preciso tratar os casos parecidos de forma parecida (*treat like cases alike*). Isso impõe aos sujeitos processuais os ônus argumentativos de um processo democrático no qual os direitos fundamentais vinculam também os seus intérpretes⁶⁶.

Já quanto à ideia da vinculação em termos verticais, surgem amplos debates, sendo esse talvez o aspecto mais controvertido no âmbito dos precedentes judiciais

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Direito Jurisprudencial. **Revista de Processo**, v. 248, out. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boj_2006/RPro_n.248.13.PDF. Acesso em: 11 jul. 2019.

advindos do *Common Law*, mormente em relação à doutrina do *stare decisis*, visto que nessa dimensão, o mero julgamento de um caso concreto pode gerar regras abstratas que atingem todo o sistema jurídico nacional, como ocorre no sistema fixado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade oriundo do desenvolvimento jurisprudencial do Direito norte-americano.

Dessa maneira, para a devida compreensão do funcionamento da doutrina de precedentes judiciais no bojo do *stare decisis*, importa analisar as correntes declarativa e constitutiva sobre a criação do direito e a aceção dos precedentes nas diversas doutrinas jurídico-filosóficas.

3.1 CORRENTES CONSTITUTIVA E DECLARATIVA

No que concerne à natureza jurídica, os precedentes judiciais são tradicionalmente debatidos por duas teorias: a teoria ortodoxa (ou declarativa) e a teoria constitutiva⁶⁷.

Para a teoria declarativa, a existência do direito precede a decisão judicial, de modo que o direito – seja consuetudinário ou legislado – é independente da decisão judicial, que apenas e tão somente declara ou prova sua existência.

Por outro lado, a teoria constitutiva – dominante nos Estados Unidos da América – reconhece que o direito é, de fato, “criado” pelas decisões judiciais, no que se consolidou na teoria do *judge make law*⁶⁸.

A teoria constitutiva nasceu justamente a partir de críticas à teoria declarativa e se refere à lei feita pelos juízes - conhecida como lei comum ou *Common Law*, em inglês – constituindo a norma que tem sua gênese proveniente de sentenças proferidas em juízo, em especial nos temas que não tenham sido solucionados por leis oriundas do parlamento.

Para os constitutivistas é equivocada a aceção dos autores filiados à corrente declarativa de que o direito “sempre existiu” e que cabe ao juiz somente declará-lo.

Na verdade, a corrente constitutiva, considera que muitas das soluções jurídicas inseridas nas decisões jurisdicionais cuidam de temas nunca antes imaginados no passado, de modo que o direito nelas retratado possui regras que só

⁶⁷ SOUZA, Alves Marcelo Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 42.

⁶⁸ Numa tradução livre: lei feita por juízes.

são encontradas nas decisões dos tribunais, não podendo ser afirmado que essas questões de direito já preexistiam no âmbito do direito comum.

Os debates sobre qual teoria possui mais razão são intensos, mormente quando trazidas ao prisma de confluências entre o *Civil Law* e o *Common Law*. No Brasil, por exemplo, Arruda Alvim assim lecionou contrário à teoria constitutiva:

Afigura-se-nos assim, pelo que dissemos e principalmente tendo em vista que o juiz, decidindo mercê de autênticos juízos analíticos, mesmo no caso de lacunas da lei, será sempre um explicitador do sistema. Dessa forma, mesmo 'criando' o juiz uma norma, estará, em certa medida – parece-nos – limitado, pelo seguinte: 1º) em primeiro lugar, pela própria estrutura constitucional; 2º) em segundo lugar, pelo sistema jurídico infraconstitucional, em geral, no sentido de que a norma que venha a se 'criar' não pode desconhecer ou ser incompatível com os princípios albergados pelo mesmo sistema. Constatase, assim, que é grande a limitação existente para o juiz, mesmo em casos tais, em que, aparentemente, ter-se-ia conferido a ele autêntico poder legislador. Este, curialmente, entre nós, seria manifestamente impossível, diante da separação dos poderes, e impossibilidade de delegação legislativa ao Poder Judiciário.

Assim, nos casos de aplicação analógica de um dispositivo legal ou dos princípios gerais de direito, em que, lacunosa a lei, mas não lacunoso o sistema, que é, por definição, pleno, (a plenitude lógica do ordenamento jurídico) há o juiz de explicar, dentro do sistema, a maneira e a forma, mediante a qual dever-se-á solucionar o caso concreto. No entanto, o trabalho do juiz, ao invés de se basear numa lei, identificada à luz dos fatos jurídicos que lhe foram trazidos, constituir-se-á, diante da lacunosidade da lei, o de buscar no sistema qual o meio mediante o qual se constata que o sistema é íntegro. Diz-se, normalmente, mas com imprecisão, que se constituem tais meios em formas de integração do sistema jurídico, mas, na verdade, afiguram-se-nos meios ou modos de evidenciar a já precedente integridade do sistema jurídico. Efetivamente, quem falar em forma de integração de um sistema, pressupõe que, de fora do mesmo, agrega-se-lhe algo, quando, na realidade, pelo exame feito da natureza da atividade jurisdicional, o que ocorre é, apenas, que – por este ou aquele meio – o mesmo é íntegro e que, *in casu*, aplica-se aquela ou esta dada forma, para resolver o caso concreto controvertido, não subsumível, a uma norma preexistente. Trata-se de um caso que há de ser acomodado no sistema⁶⁹.

Marcelo Alves Dias de Souza, por sua vez, inclinando-se para a corrente constitutiva, contra-argumenta o raciocínio acima exposto, afirmando que a criação judicial do direito não pode ser elidida em face da teoria da separação dos poderes, visto que para ele tal teoria não possui tanta rigidez ao ponto de “impedir totalmente o exercício, por um dos poderes do Estado, de função, em regra atribuída a outro Poder”⁷⁰. De modo que, mesmo no constitucionalismo brasileiro, os exemplos do

⁶⁹ ALVIM, Arruda. **Sentença no processo civil**: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. São Paulo: RT, 1995. (Coleção estudos e pareceres). p. 289-290.

⁷⁰ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 48.

exercício atípico por um Poder de uma função típica de outro são bastantes conhecidos.

Em reforço a essa posição, importa mencionar também os ensinamentos de Hermes Zaneti Junior, que baseado nas lições de Paulo Bonavides, assim leciona:

Muito embora a separação de poderes seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio da evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos 'pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo.'

Nesse senso, ocorrendo uma disfunção política no uso das atribuições de cada poder, deveres-poderes, poderá a questão ser levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito. Devendo respeitar a Constituição e as leis no ato decisório⁷¹.

Outro argumento rebatido por Marcelo Alves Dias de Souza é o de que o precedente judicial não pode ser considerado Direito, porquanto é corriqueiro existirem precedentes que vinculam um tribunal de hierarquia inferior ao tribunal de onde se origina a Decisão judicial vinculante, contudo, não obriga os tribunais posicionados hierarquicamente acima daquele que proferiu a Decisão, de modo que: ou o tribunal estaria agindo acima do direito, ou o precedente seria um Direito com dois pesos e duas medidas. Para superar tal argumento, assim explicita o Autor:

Primeiramente é algo que decorre da própria natureza das coisas: a hierarquia dos tribunais é fundamental para o funcionamento da teoria do *stare decisis*, assim como a hierarquia das normas legais, com a supremacia da Constituição, é fundamental para o funcionamento do ordenamento jurídico de qualquer país. Ademais, o fato de uma norma ser aplicável aqui, mas não alhures, é fenômeno que se dá, também excepcionalmente, com a lei. Basta ver, como simples exemplos, as imunidades diplomáticas, as parlamentares ou as imunidades e isenções tributárias. Basta ver determinadas prerrogativas que certos agentes públicos detêm. São distinções que, se não decorrem da própria natureza das coisas, fizeram parte do juízo de conveniência para o bom funcionamento do sistema jurídico-político como um todo⁷².

⁷¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes:** Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 233.

⁷² ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes:** Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 49.

Por fim, o argumento de Arruda Alvim sobre a plenitude do ordenamento jurídico que impediria o papel criativo do juiz, explicitado em linhas anteriores, é também contestado por Marcelo Alves Dias de Souza que, discordando, afirma que, mesmo em nosso ordenamento jurídico, o Direito permanece em contínua evolução, de modo que, mesmo com a criação judicial do Direito, o sistema continua pleno, uma vez que nele devem ser encontradas as soluções para as questões jurídicas postas em análise, “apenas, com a nova decisão judicial, sobretudo aquela que recai sobre tema ainda não legislado, criou-se uma nova norma, criou-se o *Direito*”⁷³.

Nesse contexto, Thomas da Rosa de Bustamante, em reforço à corrente constitutiva assim leciona:

O Direito não é um objeto estático e invariável, que sempre tem a mesma estrutura química, como a água. Ele não pode ser completamente entendido a partir da perspectiva do observador. Apenas os que participam do discurso jurídico podem discutir racionalmente acerca do conteúdo de sua normas. O conteúdo do Direito não é algo previamente dado em normas inequívocas, algo para ser descoberto, mas uma prática construtiva e interpretativa de formação de significados por meio da argumentação. A prática do Direito é uma prática comunicativa, ou seja, um processo de troca de atos de fala que geram sentido para os textos normativos⁷⁴.

É de se constatar que tanto os argumentos dos constitutivistas quanto aqueles expressados pela corrente declarativa revelam as dificuldades de se trabalhar com o sistema de precedentes judiciais vinculantes, mormente sob o prisma dos princípios ainda arraigados em nossa cultura oriundos da Revolução Francesa e das ideias iluministas que provocaram uma ruptura e um certa desconfiança daqueles que exerciam a jurisdição, sendo a lei positivada vista como uma forma de emancipação e de segurança contra os arbítrios do “Rei” que anteriormente nomeava e, muitas vezes, era o próprio juiz.

Se por um lado, a criação do Direito pelo juiz ou tribunal, com base em princípios constitucionais e as vicissitudes do caso concreto, permite uma evolução e combate aos abusos sentidos na era do positivismo metodológico (paleojuspositivismo), em que as leis eram cegamente seguidas e cabia ao juiz ser apenas “a boca da lei” (Montesquieu) - qualificando a corrente constitutiva como uma verdadeira alternativa conjugada ao neoconstitucionalismo, como forma de se

⁷³ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 49.

⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 290.

prevenirem os abusos vivenciados na 2^o Grande Guerra Mundial; por outro, a partir da teoria constitutiva, corre-se o risco de se considerar que o direito legislado democraticamente pelos representantes do povo no parlamento, que possui na constituição escrita e rígida um marco maior da segurança jurídica dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos - como no caso da Constituição de 1988 no Brasil -, fique relegada a segundo plano frente aos entendimentos da “cabeça” e do entendimento discricionário (e decisionista) de alguns juízes que passam a criar “Direitos” e “princípios” como possam lhes convir.

Nessa linha tênue – entre argumentos fortes das teorias constitutivista e declarativa - é que se desenvolve a teoria dos precedentes judiciais no âmbito do *Common Law* acoplado ao sistema de justiça constitucional na República Federativa do Brasil, motivo pelo qual importa analisar como se dá a aceitação e o papel dos precedentes judiciais na formulação do direito dentre os vários exemplos de correntes jurídico-filosóficas, como forma de facilitar a compreensão de como deve se dar a integração de tal sistema ao direito pátrio.

3.2 A CONCEPÇÃO DE CRIAÇÃO DO DIREITO NAS DIVERSAS ESCOLAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS

Iniciemos a abordagem sobre a compreensão da natureza das decisões judiciais pela Escola do Direito Natural⁷⁵. Para essa corrente, a existência de um Direito concebido no mais íntimo da natureza humana e fundado em compreensões profundamente inseridas no sentimento transcendental individual ou coletivo das pessoas deve ser aceito como preexistente ao Direito gerado pelos homens ou pelo Poder Estatal.

Partindo-se da premissa de que há um Direito que antecede ao Direito criado pelo Povo ou pelo Estado, como Direito Positivo, os defensores dessa corrente não consideram que o precedente judicial possa gerar Direitos, mas apenas revelar o Direito ou declarar o que já existe.

Cabe frisar que, apesar de ser filiado à corrente jusnaturalista, Ronald Dworking possui uma concepção um pouco diversa sobre as teorias da decisão judicial,

⁷⁵ Em suas muitas variantes, a Escola do Direito Natural possui diversos representantes, dentre eles, pode-se citar Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, Hugo Grotius, São Tomás de Aquino, Rousseau, John Locke.

vinculando o juiz mais aos ditames do direito legislado e, apenas excepcionalmente, autoriza-lhe a criação do Direito, assim afirmando o jusfilósofo norte-americano:

[...] as teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam a julgamento à sombra da legislação. Os contornos principais dessa história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem, as vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema⁷⁶.

Dessa maneira, para a maioria dos jusnaturalistas, à exceção das ressalvas feitas por Dworkin, o papel dos juízes não é o de criar o Direito, mas sim o de descobrir o Direito, tendo como norte os princípios do Direito natural e da razão.

Por outro lado, para a corrente do Positivismo jurídico, de um modo geral, independentemente da tendência a qual se filie, os juspositivistas⁷⁷ entendem que é a lei, formal e materialmente, a única fonte geradora do Direito, preocupando-se apenas com a verificação dos pressupostos lógico-formais de sua vigência.

Dessa maneira, para a Escola do Positivismo, há certo consenso quanto ao objetivo da atividade jurisdicional, que é o de manter a coerência e a integridade do Direito posto. Todavia, existe uma grande polêmica entre os juspositivistas em relação à definição se os precedentes judiciais desempenham um papel de criador ou de simples revelador do Direito.

De acordo com Kelsen, representante maior da corrente juspositivista normativista:

[...] uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou jurisdição ('declaração do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral e aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo⁷⁸.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128-129.

⁷⁷ Podemos citar, por exemplo, Hans Kelsen, Thomas Hobbes, John Austin.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 255-256.

Dessa forma, Kelsen, ao contrário do que muitos pensam, não defendeu um apego cego do juiz à letra fria da Lei, reconhecendo que, até mesmo na verificação de qual norma geral positiva a ser aplicada ao caso concreto, o juiz está criando Direito, para além do texto positivado.

Já para outros representantes do Positivismo, na perspectiva da Escola da Exegese, originada do Código de Napoleão, esse Código significava a única fonte do Direito. Assim, o jurista deveria “pesquisar o Direito vigente tão-somente nas regras esculpidas no *Codex*, que seria um todo perfeito e sem lacunas. Negavam aos julgadores a liberdade de recorrerem a outras fontes na busca de soluções para os casos concretos”⁷⁹.

Assim, para a corrente positivista – à exceção do próprio Kelsen⁸⁰ - a tarefa dos juízes quando da prolação das decisões judiciais, porque calcadas nas disposições da norma, possui um papel de descobrir o sentido do texto positivado, de modo a declarar o Direito ali positivado.

De outra banda, a Escola Histórica⁸¹, cuja gênese ocorreu na Alemanha – contemporaneamente à Escola da Exegese na França -, surge como oposição ao Jusnaturalismo, porquanto desconsidera a existência de um direito preexistente pronto e acabado, e também como contraposição à visão do positivismo de um sistema codificado, em regra, infalível.

De acordo com essa Escola, inexistente um Direito eterno e universal e tampouco vinculado a um dogma da onipotência do legislador, mas sim instituições jurídicas que se amoldam aos fatos e circunstâncias de um dado lugar e momento histórico, sendo, portanto, produtos da história e dos costumes de determinada sociedade.

Dessa maneira, para a Escola Histórica, a tarefa do juiz ao emitir suas Decisões é de interpretação das normas jurídicas conformando-as às demandas específicas da sociedade de determinado período histórico e lugar, acabando o precedente judicial por assumir uma postura eminentemente constitutiva de criação do Direito.

⁷⁹ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1995. p. 155.

⁸⁰ Para Kelsen: “uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ (declaração do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 255-256.

⁸¹ Tem como representantes, dentre outros, Puchta, Gustav Hugo e Savigny.

Nessa perspectiva, registre-se que o desenvolvimento do *Common Law* no sistema jurídico anglo-americano se qualifica como um Direito criado no transcorrer histórico de consolidação do entendimento veiculado em reiteradas decisões judiciais no passar dos anos, oriundos de costumes perfectibilizados em precedentes judiciais historicamente aceitos e, por isso, vinculantes.

Ademais, na análise da criação jurisdicional do Direito, é possível destacar duas outras Escolas nascidas nos Estados Unidos da América: a Escola Sociológica Americana e o Realismo Jurídico Americano.

Para a Escola Sociológica⁸² (*sociological jurisprudence*), o Direito, em especial o *Common Law*, constitui-se pelas normas criadas pelos juízes, a partir de casos concretos, sendo que o Direito deve se portar funcionalmente como ponto de equilíbrio entre a maximização das demandas da sociedade e minimização das tensões e custos sociais, cumprindo ao juiz, nessa trilha, buscar utilizar os preceitos legais, não como moldes inflexíveis, mas como um “guia” para a obtenção de resultados socialmente justos.

Já o Realismo Jurídico Americano, desenvolvido a partir da virada do século XIX para o século XX⁸³, compreende o direito como um método empírico baseado na experiência e na realidade concreta das coisas, rejeitando comandos ideológicos, e se funda no protagonismo judicial na criação do Direito, relegando as disposições legais a um papel secundário.

⁸² Possui como autor proeminente, dentre outros, Roscoe Pound, que em sua obra “*The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*” (1912), citado por SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 30 (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim), resumiu o pensamento da Escola Sociológica nos seguintes pontos: 1. Eles confiam mais no funcionamento do Direito do que em seu conteúdo abstrato; 2. Eles consideram o Direito como uma instituição social que pode ser melhorada por esforço humano inteligente e sustentam sua missão de descobrir os melhores meios de favorecer e direcionar tal esforço. 3. Eles dão maior ênfase aos objetivos sociais a que o Direito serve do que à sanção. 4. Eles acentuam que os preceitos legais devem ser considerados mais como guias para resultados que são socialmente justos e menos como moldes inflexíveis. 5. Suas opiniões filosóficas são diversas.

⁸³ Marcelo Alves Dias de Souza explica que o Realismo se desenvolve em duas fases, sendo que na virada do Século XIX para o XX verifica-se a primeira fase do Realismo capitaneada, dentre outros, pelo *Justice* Holmes e John Chipmarn Gray; e, após, ocorre a segunda fase a partir dos anos 1930 com as obras de FRANK (FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Coward-McCann Bretanos, 1930 e FRANK, Jerome. **Courts on Trial**. New Tork: Atheneum, 1971) e de LLEWLLYN (LLEWLLYN, K. N. **The Bramble Bush**. New York: Oceana Publications. Inc, 1960). SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 32

Marcelo Alves Dias de Souza⁸⁴, citando Cooper⁸⁵, explicita que essa corrente tem como figura-chave o “famoso” *justice* Oliver Wendel Holmes Jr, que cunhou a ideia central da Escola Realista nessa época, em seu livro “*Common Law: a existência do direito não tem disso lógica; tem sido experiência*”.

Em crítica às demais Escolas do Direito, o *Justice* Holmes, leciona Cooper, citado por Souza:

rejeita a ideia de que o Direito fosse alguma ‘onipresença formada no céu’ que pudesse ser descoberta através da razão pura. A vida do Direito, disse ele, é experiência. Holmes afirmou que estudiosos da jurisprudência analítica foram culpados da falácia da forma lógica; aqueles do método histórico enfrentam a ‘armadilha da arqueologia’; e os filósofos do Direito Natural estavam operando ‘naquele estado ingênuo do pensamento que admite o que é familiar e aprovado por eles e seus vizinhos como algo que deve ser aceito por todos os homens de todos os lugares’. Entretanto, ao contrário dos estudiosos da jurisprudência sociológica, Holmes estava menos preocupado entre o dever moral ou social e o ‘ser’ legal. ‘As previsões sobre o que as cortes decidirão de fato, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por Direito.’^{86/87}

Assim, para o Realismo Jurídico, a criação do direito se consubstancia numa construção exclusiva dos juízes, que reiteradamente decidem e elaboram o direito a cada apreciação do caso concreto.

Dessa maneira, os precedentes judiciais se inserem numa imbricada gama de contextualizações absorvendo as normas criadas no caso concreto.

3.3 PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO NO BRASIL

Existem inúmeras correntes doutrinárias a respeito das fontes do direito, amplamente conhecidas, mormente aquelas que consideram a Lei como única fonte primária do direito, enquanto que a jurisprudência, sobretudo no Brasil, teria um caráter persuasivo, secundário, de reforço teórico, mas não vinculante, como seria a Lei, sendo, portanto, uma fonte secundária que não cria o direito.

Considerando a cientificidade do tema, é de se registrar epistemologicamente que a concepção de fonte do direito está sendo aqui tomada na acepção formal, como

⁸⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 31

⁸⁵ COOPER, Philip J. **Public Law and Public Administration**. 3. ed. Atasca: F. E Peacock Publishers, 2000. p. 58-59.

⁸⁶ Ibidem, p. 31-32

⁸⁷ Op. Cit., p. 58-59

origem onde o direito é criado e veiculado, diversamente das fontes materiais que se configuram nos fatores sociais, reais, fenomênicos, que motivaram a gênese da norma.

Em que pese ser tema de interesse notável, o estudo e classificação das fontes do direito não é o foco do presente trabalho, motivo pelo qual passemos à apreciação apenas quanto à questão de ser o precedente judicial fonte formal, primária – ou não – do direito na atual quadra histórica brasileira.

No sistema jurídico brasileiro, em face da forte influência do Positivismo jurídico e das reminiscências dos ideais iluministas e do Código Napoleônico, por muito tempo houve um certo consenso de que a única fonte primária do direito seria aquela institucionalizada pelo Estado, proveniente do Parlamento, formado por representantes do povo, qual seja, a Lei, em que pese a existência de ensaios anteriores no direito pátrio conferindo alguma dose de força normativa aos precedentes judiciais desde os antigos assentos portugueses.

Contudo, fortemente afetada por força do pós-Positivismo, a Lei perdeu sua posição central do sistema, que passou a ser a Constituição e sua força normativa abrangendo as regras positivadas e princípios constitucionais implícitos, com forte teor moral e humanístico, cuja busca pela sua concretização perpassa necessariamente por uma construção jurisprudencial, porquanto permeados por conceitos jurídicos abertos, indeterminados e programáticos, que exigem a atuação do órgão jurisdicional na sua conformação aos fatos, que passou assim a ser voz ativa na construção da norma aplicável.

A par disso, o fato é que existe grande polêmica no direito brasileiro acerca da qualificação da jurisprudência como fonte primária do direito.

De fato, é de se ressaltar que toda decisão judicial cria o direito no caso concreto, isto é, a partir da análise do caso concreto, o juiz fixa as premissas e pressupostos de aplicabilidade da legislação e dos princípios, decidindo à qual das partes conceder o bem da vida.

Invariavelmente, ao julgar o caso, o órgão julgador acaba por construir uma norma individual de decisão que se aplica especificamente à demanda travada no processo, permitindo às partes ter acesso a uma justificativa concreta para que aquela decisão fosse tomada naquela situação.

Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. Oliveira bem esclarecem os contornos da criação da norma de decisão pelo juiz:

Daí se dizer que a sentença é um ato jurídico do qual decorre uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Para formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço a crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Quando dá uma interpretação à lei *conforme a Constituição* ou reputa a lei inconstitucional, o juiz cria (reconstrói) uma *norma jurídica* para justificar sua decisão. A expressão “norma jurídica” aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado em linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas a norma jurídica entendida como resultado da interpretação do texto e do controle de constitucionalidade exercido pelo magistrado⁸⁸.

Destarte, eis que na decisão judicial surge o direito em sua acepção final e acabada, ou seja, ocorreu toda a formação normativa, desde a gênese da lei no Parlamento, a subsunção dos fatos ocorridos no mundo fenomênico à norma prescritiva e a adequação argumentativo-racional, tomada processualmente em contraditório numa pretensão resistida, com a final aplicação dispositiva pelo Estado-Juiz.

Nesse caso – tomado numa decisão específica de um dado processo judicial – surge uma norma de decisão, mas não podemos ainda afirmar que existe a criação do direito, enquanto norma *lato sensu*, porque não houve uma criação de uma norma geral e abstrata, de observância obrigatória por todos. As razões de decidir somente são aplicáveis ao caso em debate, isto é, a decisão jurisdicional não possui poder normativo vinculante, sendo inviável dizer que a jurisprudência, nesse caso, seria fonte primária do direito.

Ocorre que com o passar dos anos, muito em decorrência das ideias decorrentes do Neoconstitucionalismo do pós-Guerra, com a aproximação entre o *Civil Law* e o *Common Law*, o preconceito e a desconfiança existentes no Brasil

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 529.

quanto à criação jurisprudencial do direito com força vinculante – que em nossa história constitucional vinha ocorrendo timidamente apenas em relação ao controle de constitucionalidade exercido no âmbito do Supremo Tribunal Federal - cedeu lugar à teoria da força normativa dos precedentes judiciais espalhando-se por todos os tribunais pátrios e, a reboque, houve uma recepção dos institutos do *Common Law* no direito nacional.

Esse fenômeno da internalização da força normativa dos precedentes ocorreu também por diversos fatores no Brasil, dentre os quais podemos elencar exemplificativamente: a) *deficit* democrático do direito legislado; b) a facilitação e ampliação do acesso à justiça; c) a ocorrência da chamada jurisdição de massa com relevante multiplicação de processos repetitivos; d) a busca pela racionalidade, celeridade e economia processual; e) a necessária eficácia dos direitos fundamentais; f) o aumento vertiginoso da quantidade de advogados que, inarredavelmente, acarreta o crescimento do número de demandas propostas no judiciário; g) a gratuidade judiciária, que permitiu a diminuição dos riscos advindos do processo judicial; h) a necessária filtragem da relevância dos recursos endereçados às cortes superiores, e mais recentemente, i) a jurimetria e a inteligência artificial.

Esses e outros fatores acarretaram uma verdadeira explosão da quantidade de processos postos em litígio, o que obrigou o Poder Judiciário a buscar mecanismos de celeridade, economia, coerência e uniformidade em seus julgados, de modo a permitir uma evolução dinâmica da jurisdição e a resolução coletiva das demandas, por meio de precedentes judiciais vinculantes, com verdadeira força de lei perante os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, tendo as Súmulas Vinculantes como marco maior representativo dos precedentes judiciais no Brasil.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, como protagonista dessa mudança paradigmática na tradição do *Civil Law* pátrio, já vinha há algum tempo utilizando alguns mecanismos de geração de precedentes vinculantes, tais como a já citada Súmula Vinculante e as decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Essas últimas, aliás, como sabido, já possuíam força vinculante e *erga omnes*, como tradicionalmente ocorre na tradição do direito continental europeu do *Civil Law*.

Ocorre que nos últimos anos foram criados outros mecanismos de ampliação da força normativa dos precedentes oriundos daquela Corte Suprema, por exemplo, o caso dos julgamentos tomados sob sistemática dos recursos extraordinários

repetitivos, além de se inspirar na sistemática dos *writ of certiorari* que filtram a maioria dos recursos propostos perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, de acordo com sua relevância política, econômica ou social, de modo a permitir que o futuro precedente oriundo da decisão proferida em sede de repercussão geral possa ter relevância para uma gama maior de setores da sociedade, já abrindo margem para a sua absoluta generalidade e abstração na aplicação aos casos futuros.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, sem qualquer modificação constitucional formal, promoveu uma mutação constitucional na interpretação do art. 52, X, da Constituição de 1988, nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ de relatoria da Min. Rosa Weber, inserido no informativo 886, para definir que tal qual ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, as suas decisões tomadas em sede de controle difuso passam a ter caráter vinculante e *erga omnes*, de modo que o Senado Federal, ao contrário do que afirmara expressamente aquela norma constitucional, somente tem o papel de, mediante publicação, informar a decisão do Supremo.

Assim, apenas para fixar nos exemplos dos precedentes vinculantes oriundos do Supremo Tribunal Federal, resta claro que os precedentes judiciais no Brasil passaram a ter efeitos vinculantes, gerais e abstratos, configurando-se em verdadeira fonte primária do direito nacional.

Evidentemente, é de ser salientado que a jurisprudência em si não pode ser considerada fonte do direito, haja vista que não possui força obrigatória, nem geral, apesar de construir uma norma no caso concreto. Todavia, os precedentes judiciais vinculantes – ou como alguns denominam, jurisprudência qualificada - nos casos especificados na Constituição e nas leis, especialmente o Novo Código de Processo Civil, podem sim ser considerados como fonte imediata do direito, porquanto geram normas gerais, abstratas, imperativas e com observância perante todos, até mesmo perante o Poder Legislativo, em relação à sua função atípica de Administração Pública.

Destaque-se, nesse ponto, que existem casos em que os precedentes judiciais vinculam, de certa maneira, até mesmo o Parlamento, como ocorre no caso do precedente judicial oriundo de controle concentrado de constitucionalidade em que haja a declaração de inconstitucionalidade de determinada Lei.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal deixou claro na ADI 5105/DF⁸⁹, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 1/10/2015 (Info 801), que a eventual “reação legislativa” por parte do Congresso que, porventura, aprovasse lei em que ele, o Supremo, já tivesse decidido como conteúdo eivado de inconstitucionalidade, acarretaria uma pressuposição da inconstitucionalidade da lei aprovada, por contrariedade ao precedente vinculante, que seria facilmente derrubada em uma nova ADI contra a nova lei de mesmo conteúdo inconstitucional.

Desta feita, em se tratando de reversão jurisprudencial engendrada por meio de lei ordinária, a nova lei que afronta a jurisprudência do STF já é gerada com presunção relativa de inconstitucionalidade, motivo pelo qual caberá ao próprio legislador o ônus de demonstrar, por meio de argumentação, que a alteração ou evolução do precedente, possibilitada pela lei, se constitui numa correção legítima.

Por via de consequência, a nova legislação que colida frontalmente com a jurisprudência (*inconstitucionalidade “in your face”*) se subordina a um “escrutínio mais rigoroso” de controle de constitucionalidade, nos termos do que decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Frise-se, *ad cautelam*, que o fato de tais precedentes judiciais possuírem exceções em cuja eficácia vinculante não se aplica – a exemplo da inexistência de vinculação do parlamento em sua típica função legislativa - não retiram o caráter como fonte imediata do direito, ao contrário do que alguns doutrinadores argumentam, visto que, até mesmo a Lei em sentido estrito, possui circunstâncias em que não se aplicam, por exemplo, as leis excepcionais, temporárias e aquelas que somente valem para determinado ente federativo, mas nem por isso deixam de ser leis e, portanto, fontes imediatas do direito.

Aliás, o entendimento de que a jurisprudência é considerada fonte formal estatal do Direito já vinha sendo consolidada na doutrina, como ensinou Maria Helena Diniz, antes mesmo do surgimento das Súmulas Vinculantes:

São recursos ordinários e extraordinários do Supremo Tribunal Federal que vão estabelecendo a possível uniformização das decisões judiciais. Tais recursos são atos processuais pelos quais a decisão de um juiz ou tribunal é submetida a outro tribunal de categoria superior, com competência para reformá-la ou anulá-la; em regra, a uniformização recursal compete ao Supremo Tribunal Federal, que coordena e organiza sua jurisprudência mediante enunciados normativos que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões. As *súmulas* do Supremo Tribunal Federal, não são

⁸⁹ STF - Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal 01/10/2015, Rel. Min. Luis Fux.

simples repertórios de emendas de acórdãos, mas normas jurisprudenciais a que a Corte subordina os seus arestos. O mesmo se diga das súmulas do antigo Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior do Trabalho (Lei n. 7.033/82 e Resolução Administrativa n. 102/82), do Superior Tribunal Militar, do Tribunal de Contas da União e dos tribunais de alçada.

A jurisprudência é, portanto, nas expressivas expressões de Miguel Reale, a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Logo, é fácil perceber que a fonte formal é o processo ou atividade jurisdicional do Estado no exercício da função de aplicar o direito, que se expressa na jurisprudência. A obra dos tribunais, havendo uma série de julgados que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal do direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob a denominação de jurisprudência⁹⁰.

Interessante notar que essa perspectiva de jurisprudência da Professora Maria Helena Diniz ao se referir aos recursos submetidos ao Supremo Tribunal Federal se aproxima bastante da teoria dos precedentes assim considerada no sistema do *common law* do direito anglo-saxão, na qual a reiteração das decisões, no passar dos anos, geram o caráter o sentimento social de obrigatoriedade, construindo-se a norma jurisprudencial costumeira como autêntica fonte formal do direito.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr., também há bastante tempo já se filiava a essa corrente doutrinária, conferindo aos precedentes judiciais a qualificação de fonte formal de direito

As fontes do Direito Processual Civil são as mesmas do direito em geral, isto é, a lei e os costumes, como fontes imediatas, e a doutrina e jurisprudência, como fontes mediatas. Em razão do caráter público do direito processual, é a lei, sem dúvida, sua principal fonte. Não obstante, não raros são os problemas que surgem no curso dos processos que não encontram solução direta na lei, mas que o juiz tem de resolver. Daí o recurso obrigatório aos costumes judiciais, à doutrina e à jurisprudência. Mesmo diante de textos legais expressos, não é pequena a contribuição da jurisprudência para a fixação dos conceitos básicos do direito processual. A incoerência do legislador, a obscuridade dos textos normativos, a imprecisão terminológica, com falhas naturais de toda criação humana, são frequentemente superadas pelo trabalho criativo e aperfeiçoador da doutrina e da jurisprudência. Diante, principalmente, do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais, por meio das súmulas vinculantes e do encargo conferido aos tribunais de preencher in concreto os conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), cada vez mais utilizados pelo legislador, impossível recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito⁹¹.

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 265.

⁹¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 31.

Por outro lado, Fredie Didier Jr., Paulo S. Braga e Rafael A. Oliveira esclarecem, inclusive, que a normatividade das decisões jurisdicionais pode ser aferida, até mesmo, nos casos em que não há uma qualificação de vinculação geral conferida pela Lei ou pela Constituição:

Perceba, então, que a normatividade da decisão jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão).

O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio de produção de norma jurídica. Sucede que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes. O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial. (destaque do original)⁹².

Assim, a normatividade das decisões judiciais quando inseridas num legítimo sistema de precedentes judiciais, pode ser verificada em qualquer decisão jurisdicional que, em face dos princípios da isonomia e segurança jurídica, acaba por gerar duas normas de decisão: aquela que soluciona o caso concreto e a *ratio decidendi* que pode ser transportada para solucionar casos semelhantes futuros, por meio de uma abordagem de legitimação de cunho lógico-argumentativo, revelando-se, em consequência, como verdadeira fonte formal do direito no atual momento histórico brasileiro.

Desta feita, é inarredável a conclusão de que os precedentes judiciais, sobretudo os precedentes vinculantes, configuram-se em autêntica fonte primária do direito na atual quadra histórica do ordenamento pátrio, mormente com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, é interessante notar que, apesar do reconhecimento da força normativa dos precedentes judiciais vinculantes a partir do Novo Código Processual, a maioria dos juízes brasileiros permanece reticente em segui-los.

Nesse pórtico, foi constatado em estudo⁹³ realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, que os juízes brasileiros não são afeitos a seguir a

⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 540.

⁹³ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados do Brasil, 2018.

jurisprudência e nem se sentem obrigados ao cumprimento dos precedentes judiciais das cortes superiores.

Dos resultados dessa pesquisa, por exemplo, constatou-se que 52% dos juízes de primeiro grau têm o entendimento de que não devem se pautar pela jurisprudência e que “o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação” (Questão 55 da pesquisa).

Até mesmo os próprios ministros das cortes superiores de onde provêm os precedentes vinculantes no direito pátrio são desconfiados com a aplicação do sistema de precedentes vinculantes em voga no direito nacional. Dos 20 ministros entrevistados, 55% “concordam” que o magistrado deveria possuir a prerrogativa de decidir “sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”.

Apesar disso, a grande maioria dos magistrados “concorda pouco ou muito” que “o sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário” (Questão 56).

Em suma, no contexto da pesquisa entabulada no judiciário brasileiro, restou claro que a novel sistemática de precedentes vinculantes seria um “mal necessário”, porquanto, apesar de gerar grandes desconfianças por parte dos juízes ditos vinculados às decisões das cortes superiores – mormente pelo fato de que as cortes superiores são preenchidas por indicação política do chefe do Poder Executivo -, acaba por permitir uma maior celeridade e economia processual no saturado sistema de justiça pátrio.

3.4 NOVA DIMENSÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

A teoria dos precedentes judiciais foi definitivamente introduzida no direito pátrio de forma explícita com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que em seu Livro III, Título I, Capítulo I, trouxe a disciplina legal dos precedentes judiciais formalmente vinculantes⁹⁴.

⁹⁴ Expressão cunhada por ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

O citado Código Processual inovou em seu art. 927 conjugado com o art. 988, trazendo um rol explícito de hipóteses geradoras de precedentes judiciais formalmente vinculantes, permitindo, ressalte-se, com que o intérprete possua certa segurança sobre qual decisão judicial terá a força vinculante.

Em que pese ser um rol expresso de precedentes judiciais com força vinculante, esse não é taxativo, tendo em vista que o próprio Código de Processo Civil inseriu no art. 926 o dever dos tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, dando a entender que, além das hipóteses previstas na lista do art. 927, qualquer decisão dos tribunais acaba por ter uma força autovinculante para o próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados.

Não é por outra razão que assim restou afirmado no Enunciado nº 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto no §9º do art. 1.037 e §4º do art. 927”.

Saliente-se que a ressalva feita pelos processualistas do disposto no §9º do art. 1.037 e §4º do art. 927 refere-se ao dever que os tribunais e juízes submetidos ao sistema de precedentes vinculantes possuem de efetivamente justificar a aplicação ou a distinção do caso sob o julgamento em face dos precedentes judiciais paradigmas.

Ademais, além dos arts. 926 e 927, também é possível identificar, por exemplo, comando legal qualificando os precedentes judiciais em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado oriundos do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhes – como veremos em tópico próprio – uma força formalmente vinculante com eficácia desenfocizante ou rescindente.

Assim, o art. 927 prescreveu que os juízes ou tribunais obrigatoriamente observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Interessante notar que o caráter vinculante dos precedentes judiciais indicados no art. 927 do Código de Processo Civil não se revela por si só, isto é, sua eficácia não é garantida apenas por estar incluso no rol dos precedentes judiciais ditos vinculantes, gerando a possibilidade de pretensões recursais em caso de sua violação. Se assim fosse, ou seja, se o descumprimento do precedente vinculante insculpido no art. 927 tivesse como consequência a simples possibilidade de interposição de recurso, não seria possível dizer que existiria força vinculante no precedente, mas uma mera decisão judicial com força persuasiva.

Para expressar de forma clara e incisiva a força normativa do precedente, o Código de Processo Civil previu expressamente no art. 988, nos incisos II, III e IV, que além da possibilidade de pretensão recursal contra a decisão judicial violadora do precedente vinculante, abre-se à parte ou até mesmo ao Ministério Público a possibilidade direta do ingresso de Reclamação perante o Tribunal de onde se originou o precedente, com o fim de cassar a decisão violadora e preservar a autoridade de sua decisão.

Compreendidas essas premissas, faz-se necessário analisar de forma mais minudente as hipóteses do art. 927.

De acordo com o art. 927, I, verifica-se a imposição aos juízes e tribunais de observar “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Verifica-se que se trata de dispositivo que qualifica os precedentes judiciais oriundos de processo de controle concentrado de constitucionalidade da Corte Constitucional vinculantes com eficácia obrigatória para os demais juízes e tribunais.

É essencial ressaltar que o referido inciso traz como inovação, não a eficácia *erga omnes* da coisa julgada advinda de processo objetivo de controle de constitucionalidade – que já era previsto há tempos no art. 102, §2º, da Constituição de 1988 – mas sim a vinculação da *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em ação de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF, etc.).

Conforme bem esclarecem Didier Jr., Sarno Braga e Alexandre de Oliveira:

Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada. As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10 §3º, Lei 9882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade. Mas é possível haver vinculação, também, à *ratio decidendi* desse julgado, que também gera precedente – exatamente no que se refere o inciso I do art. 927 do CPC⁹⁵.

Dessa forma, a partir do art. 927, I, do Código de Processo Civil de 2015, é possível afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade possui duplo efeito vinculante, ou seja, possui em seu dispositivo o tradicional efeito vinculante em decorrência da eficácia *erga omnes* da coisa julgada e o efeito vinculante do precedente judicial originário da decisão, qual seja, a *ratio decidendi*, que caracteriza assim uma verdadeira transcendência da eficácia da motivação determinante das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito da Corte Suprema brasileira.

Todavia, em que pese à expressa determinação legal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em Acórdão proferido em 19/11/2015, veiculado no Informativo de Jurisprudência STF nº 808, nos autos da Reclamação 8168/SC, foi expresso em não admitir a teoria da transcendência dos motivos determinantes, consoante a seguinte Ementa:

RECLAMAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM VENCIMENTOS. ADI 1.770. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. I - É improcedente a reclamação que trate de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante. III - O acórdão prolatado na ADI 1.770 não decidiu sobre a possibilidade de empresa pública despedir, ou não, empregado público após sua aposentadoria, nem, caso despedisse, se a consequência seria reintegrar o empregado, ou garantir-lhe as verbas rescisórias. IV - Reclamação julgada improcedente⁹⁶.

Dessa maneira - em inusitada contrariedade ao disposto no art. 927, I - para a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal antes - é bom que se diga -

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 529.

⁹⁶ STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015 (Info 808).

da entrada em vigor⁹⁷ do Código de Processo Civil de 2015, a *ratio decidendi* das decisões proferidas no controle de constitucionalidade não possui efeito vinculante, restringindo-se a eficácia vinculante tão somente ao dispositivo da decisão, alinhando-se, portanto, à teoria restritiva⁹⁸ do aspecto objetivo⁹⁹ dos efeitos da decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

À primeira vista, o principal motivo para que o Supremo Tribunal Federal não adote a transcendência dos motivos determinantes no bojo das ações de controle de constitucionalidade é de ordem meramente político-administrativa: os Ministros temem ter que julgar um grande volume de reclamações.

Destarte, considerando que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admite a teoria da transcendência dos motivos determinantes é anterior ao Código de Processo Civil de 2015, é de se esperar que haja uma superação de tal entendimento para considerar a vinculação da *ratio decidendi* em controle concentrado, consoante previsto no art. 927, I.

Aliás, essa modificação jurisprudencial já dá ares de que irá se concretizar, porque cresce no Supremo Tribunal Federal a corrente da adoção da teoria extensiva da teoria dos motivos determinantes, consoante vem ocorrendo em sinais de alteração jurisprudencial em trechos dos debates dos ministros nas ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.697 e 4.762:

Vossa Excelência [ministro Gilmar] foi um dos que defendeu a eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir essa posição, depois retrocedeu com relação a essa posição, mas, agora, o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que cabe reclamação e uma das hipóteses é a de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade, aí vem, Ministro Gilmar, o parágrafo quarto e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, de cabimento de reclamação pela não-observância da decisão em ADI compreende a aplicação indevida da tese jurídica e sua não-aplicação às hipóteses que a correspondam, portanto, o que **o que produz vinculação é a tese jurídica** [...]. (Sem grifos no original).

Ademais, o próprio Supremo já cuidou de limitar a aplicação da “intranscendência dos motivos determinantes” aos julgados proferidos apenas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, consoante o seguinte julgado:

⁹⁷ Entrou em vigor em 18/03/2016, consoante decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

⁹⁸ A teoria restritiva se contrapõe à teoria extensiva, que assinala que a *ratio decidendi* das decisões do STF em controle concentrado também possui força vinculante.

⁹⁹ O aspecto objetivo se centra na apreciação de que partes da decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade possuem força vinculante.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/1990 E CPC/1973. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E OS PARADIGMAS INVOCADOS.

1 De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões às reclamações ajuizadas na vigência do CPC/1973. Precedentes da Primeira Turma e do Plenário em casos análogos.

2. Ainda que superado este óbice, inexistente relação de aderência estrita entre acórdão de Tribunal de Contas que julgou contas de gestão de Prefeito municipal e os precedentes firmados nas ADIs 849, 1.779 e 3.715. Tampouco seria o caso de invocar como paradigma a decisão proferida no RE 848.826, Rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em repercussão geral (Tema 835), por força do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, que exige o esgotamento das instâncias ordinárias.

3. A reclamação não se presta à mera análise de suposta desconformidade de ato com o direito objetivo, sob pena de desnaturar-se em substitutivo de recurso.¹⁰⁰

4. Agravo interno desprovido.

Dessa maneira, é de ser aguardada a oportunidade em que o Supremo irá dar cumprimento, em sede de Reclamação, ao disposto nos arts. 927, I, e 988 do Código de Processo Civil de 2015.

Por outro lado, o art. 927, do citado Código Processual apresenta em seus incisos II e IV precedentes vinculantes oriundos de enunciados normativos de súmula, deixando claro que os juízes e tribunais devem observar os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, incluindo os enunciados de súmula vinculante, a teor do art. 103-A, da Constituição de 1988, em matéria constitucional, e os enunciados de súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Já o inciso III, do art. 927, prevê a necessária observância dos precedentes gerados a partir de incidente em julgamento de tribunal oriundo de casos repetitivos ou de assunção de competência, que vem sendo denominado pelos processualistas civis de microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

É de se ressaltar que esses mecanismos – incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas e julgamento de recursos extraordinários ou especial repetitivos – são algumas das principais apostas do novo Código para tentar desafogar o Judiciário, frente à grande judicialização de massa enfrentada nos últimos anos.

¹⁰⁰ Rcl 11473 AgR/CE. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. DJ: 17/03/2017. 1ª T

E por fim, o inciso V do Rol do art. 927 prescreve que os juízes ou tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

À primeira vista, a inclusão de tal inciso se tratou de um certo preciosismo do legislador, uma vez que a vinculação nele perseguida já está devidamente delineada no art. 926.

Assim, o citado inciso V, do art. 927, revela uma pretensão de escalonamento vertical, interno e externo, de todo o sistema do Poder Judiciário brasileiro, visto que os juízes e tribunais passam a ser vinculados aos precedentes do respectivo tribunal e dos tribunais superiores a que estejam vinculados, culminando, no ápice da pirâmide, com os precedentes gerados pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a partir das inovações trazidas no Código de Processo Civil de 2015, é de se verificar que a normatividade das decisões ganha papel de destaque, haja vista que, como vimos, a “nova lógica” dos precedentes no direito brasileiro revela uma força normativa com alto grau de vinculatividade e obrigatoriedade.

Nesse contexto, Luis Roberto Barroso e Patricia Perrone Campos Mello, em artigo sobre o tema, permiti-nos verificar a distinção entre a antiga concepção dos precedentes judiciais no direito pátrio e a nova dimensão dos precedentes como sendo precedentes normativos em sentido forte, ou seja, vinculante:

Há, primeiramente, os precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com essa eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito. Há, no outro polo, os precedentes normativos em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do *common law*, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos *binding precedents* é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação.

E continuam os autores:

Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma eficácia intermediária. Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual. Abriga, por isso, decisões judiciais com eficácia heterogênea que produzem efeitos impositivos em diferentes graus¹⁰¹.

Destarte, conforme deflui do estudo dos citados Autores, os precedentes judiciais podem ser classificados, conforme sua eficácia ou força normativa.

Os precedentes amplamente conhecidos em nossa tradição do *Civil Law* são aqueles que possuem uma eficácia meramente persuasiva, na qual há apenas uma força sugestiva e argumentativa, para que aquela interpretação e solução do conflito no caso concreto possa ser utilizada de forma facultativa pelo juiz, sendo, portanto, uma fonte secundária do direito.

Já os precedentes judiciais vinculantes possuem uma força normativa em sentido forte, que correspondem aos julgados ou precedentes judiciais vinculantes que, em regra, são oriundos dos tribunais constitucionais e devem ser observados pelas demais instâncias, porquanto determinado por lei e decorre da própria lógica de que cabe ao tribunal constitucional a última palavra, a última interpretação – em significância hierárquica – quanto às normas constitucionais e, portanto, tal interpretação em forma de julgado gera a vinculação para todas as demais decisões.

Interessante notar que, como bem explicitado no texto acima colacionado, no Brasil, ao contrário do que ocorre em países com a tradição do *Common Law*, somente podem ser classificados como precedentes vinculantes em sentido normativo forte aqueles cujo descumprimento permite a interposição de Reclamação.

Dessa maneira, a doutrina processualista considera que somente poderíamos falar em legítimo precedente judicial vinculante no Brasil, em sentido forte, quando estivermos defronte a uma das hipóteses de decisões judiciais, cuja violação autorize

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, n. 08, p. 09-52, jul./set. 2016.

a propositura de Reclamação, a teor dos arts. 927 e 988 do Código de Processo Civil de 2015.

Por outro lado, também se verificam no Brasil os precedentes judiciais que não possuem uma eficácia normativa em sentido forte, pois não permitem a interposição da Reclamação, mas, por outro lado, vinculam não apenas as partes envolvidas no processo, mas possuem eficácia vinculativa para um grande número de outros casos, como se observa nas ações coletivas.

Destarte, convém lembrar a crítica feita por Lenio Luiz Streck e George Abboud¹⁰² para quem não se pode falar na adoção de precedente judicial no Brasil, porque, aqui, a eficácia atribuída às decisões judiciais decorre de lei, em sentido amplo, enquanto que a eficácia do precedente judicial, no *Common Law*, é histórico-concreta, ou seja, constrói-se a partir dos costumes reiteradamente produzidos pela tradição.

Nessa perspectiva, interessante verificarmos algumas implicações de ordem prática para essa nova lógica dos precedentes judiciais no Brasil.

3.5 A SEGURANÇA JURÍDICA E ALGUMAS IMPLICAÇÕES DA VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – EFICÁCIA RESCINDENTE OU DESEFICACIZANTE

A partir das alterações constitucionais e infraconstitucionais engendradas nos últimos anos, mormente no âmbito da constitucionalização do processo civil pátrio, o Supremo Tribunal Federal passou a editar verdadeiras normas gerais, abstratas e vinculantes, a partir do julgamento de casos concretos, em especial com o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 que entrou em vigor em 18 de março de 2016, no que a doutrina veio a denominar de decisões manipuladoras ou normativas do controle de constitucionalidade.

Dentre as hipóteses apresentadas pelo CPC/2015 sobre precedentes judiciais oriundos da Suprema Corte brasileira que vinculam os demais órgãos jurisdicionais, a norma inserida no art. 525, §12, também reproduzida no art. 535, §5º, coloca-se como um importante objeto de estudo, visto que incluiu expressamente a possibilidade da

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto** - O precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

desconstituição ou ineficácia da coisa julgada inconstitucional, tema esse que vinha sendo debatido pela doutrina e jurisprudência na vigência do Código Processual anterior.

Aliás, a referida norma já existia - embora com uma abrangência mais restrita - no Código de Processo Civil de 1973, prevista nos arts. 475-L e 741.

Em que pese estar displicentemente inserida como um dos meios de defesa do executado na fase do cumprimento de sentença, a norma pode passar despercebida, mas trouxe profundas consequências práticas sobre o que se concebe como segurança jurídica proveniente das decisões judiciais.

É que um dos fundamentos basilares para aqueles que litigam judicialmente em um Estado Democrático Constitucional de Direito é um mínimo de segurança jurídica de que o que restar decidido pelo órgão julgador poderá ganhar ares de definitividade, com a coisa julgada, após o escoamento de todos os prazos recursais. Não por acaso, como sabido, a coisa julgada é alçada à categoria dos direitos e garantias fundamentais da República, no art. 5º, inciso XXXVI.

Afinal de contas, se houve todo o demorado processo judicial, com todos os recursos, manobras e artifícios existentes, com um direito reconhecido por lei e com a confirmação desse direito declarado pelo Juiz competente, o mínimo que se espera é que tal direito reconhecido por Lei e pelo Estado-Juiz possa ser validamente executado e usufruído pelo cidadão.

Conforme os ensinamentos de Enrico Túlio Liebman, a “coisa julgada é a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”. Segundo ele, a imutabilidade da sentença consiste na sua existência formal e ainda nos efeitos dela provenientes.

A coisa julgada se qualifica na órbita da dupla consequência dos efeitos sentençiais irrecorríveis, quais sejam, a imutabilidade e coercibilidade.

A proteção constitucional à coisa julgada possui tanta intensidade que nem mesmo um ato estatal consensual dos representantes democráticos do povo, por meio de Lei em sentido estrito ou, até mesmo, uma Emenda Constitucional, podem ferir tal atributo das sentenças proferidas pelo Estado-Juiz, de modo a conferir estabilidade à solução dos conflitos, imprimindo confiança e segurança jurídica aos que submetem suas pretensões ao Poder Judiciário.

Todavia, na contramão dessa segurança jurídica, as referidas normas processuais apresentam a inusitada possibilidade de que o executado, em sede de cumprimento de sentença, possa arguir a inexigibilidade de título executivo judicial,

ou ingressar com ação rescisória, na hipótese em que a Sentença exequenda esteja fundada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

O detalhe trazido pela norma adjetiva intensifica a tendência de abstrativização do controle *incider tantum* de constitucionalidade existente nas decisões da Corte Constitucional brasileira, permitindo *ope legis* que o precedente do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade como prejudicial de mérito, em sede de um simples e isolado recurso extraordinário, por exemplo, vincule e permita a desconstituição de decisões judiciais, inclusive, transitadas em julgado, em todo o país, sem que haja as garantias constitucionais existentes no processo objetivo de controle abstrato.

Não é novidade para ninguém a existência dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* advindos da declaração de inconstitucionalidade em decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo essa, talvez, a característica que define com maior clareza tal instituto desde os seus primórdios, mas o que se questiona, e esse é o objeto de estudo do presente trabalho, é a ampliação desses mesmos efeitos para o controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de procedimento de cumprimento de sentença no âmbito do processo civil.

Frise-se que os efeitos *erga omnes* que exsurgem de decisões do STF proferidas em sede de controle abstrato das normas, em processo objetivo, possuem regras claras e objetivas de debates e verificação, já se levando em consideração a natureza amplíssima da decisão que poderá afetar todo o ordenamento jurídico nacional. Por outro lado, as decisões tomadas pelo STF no controle difuso, que possui natureza de processo subjetivo, a toda evidência não está devidamente aparelhada para a geração de efeitos *erga omnes*, porquanto não possui os mecanismos atinentes aos processos objetivos de controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, as normas inseridas nos arts. 525, §12, e 535, §5º, do novo Código de Processo Civil de 2015, traz à luz o necessário debate acerca dos contornos hermenêuticos a que devem estar adstritos os precedentes judiciais vinculantes, porquanto a criação normativa pelo Supremo e a irradiação da aplicação interpretativa para todo o país, a partir de um caso concreto, sem que tenha havido o contraditório dos milhões de jurisdicionados atingidos, gera a necessidade da

verificação prévia dos pressupostos fundantes dos precedentes, a fim de que haja uma higidez não apenas das conclusões, mas principalmente dos fundamentos de onde se originam as decisões judiciais, permitindo que haja uma lógica e coerência no sistema constitucional.

O presente trabalho propõe-se a debater sobre o citado dispositivo processual, analisando inicialmente as consequências práticas, a gênese da norma e os aspectos hermenêuticos que envolvem a apreciação dos precedentes judiciais vinculantes, estudar a necessária higidez metodológica das bases fundantes dos precedentes, por fim, busca explicitar as razões acerca da inconstitucionalidade material da regra inserida no novo Código de Processo Civil em contraponto ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 611.503, que julgou pela Constitucionalidade dos dispositivos processuais em questão.

3.5.1 A Relativização da Coisa Julgada: breve histórico

Não é de hoje que os juristas debatem quanto à relativização da coisa julgada quando essa afronta as normas constitucionais, na medida em que, para parcela da doutrina, a coisa julgada oriunda de sentença violadora da norma constitucional já nasce inválida, de modo que deve sim ser extirpada do sistema, assim como as normas que subsidiaram a decisão jurisdicional.

De forma atípica, sem previsão expressa na lei, a doutrina e jurisprudência desenvolveram duas categorias de relativização da coisa julgada: a) a coisa julgada inconstitucional e b) coisa julgada injusta inconstitucional.

Na categoria da coisa julgada inconstitucional, busca-se o afastamento da imutabilidade da sentença quando essa se basear em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto que na coisa julgada injusta inconstitucional seria aquela em que o caráter imutável da sentença irrecorrível deveria ser relativizado quando tais decisões gerem grande injustiça, violando claramente valores constitucionais basilares do Estado de Direito.

No Código de Processo Civil de 1973, nos arts. 475-L e 741, bem como no art. 884, §5º, o ordenamento pátrio positivou tal instituto, fixando:

Código de Processo Civil de 1973:
Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

[...]

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 884 [...]

§5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Todavia, sempre pairou a polêmica quanto à forma de aplicação da coisa julgada inconstitucional, mormente em face da segurança jurídica relacionada às decisões do STF tomadas em controle difuso de constitucionalidade, uma vez que os citados dispositivos do Código de Processo Civil revogado e também da CLT não deixavam claro se sua aplicação se destinava tanto às declarações de constitucionalidade em sede de controle concentrado quanto às decisões tomadas no controle difuso.

Pela lógica do sistema constitucional vigente, como sabido, as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de controle difuso não possuíam força de precedente vinculante *erga omnes* e efeitos *ex tunc* – qualidades essas que estavam adstritas às decisões oriundas do processo objetivo de constitucionalidade (art. 102, §2º, da CF/1988) -, dependendo condicionalmente de uma Resolução do Senado da República (art. 52, X, da CF/1988) para que a lei tida como inconstitucional em Recurso Extraordinário deixasse de vincular apenas as partes naquele processo subjetivo subjacente e passasse a vincular todos os demais processos no território nacional com a suspensão da norma declarada inconstitucional.

Ocorre que começou a surgir uma corrente de abstrativização do controle difuso no âmbito do STF, especialmente capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que passou a considerar que, mesmo em sede de controle concreto de constitucionalidade, os Acórdãos do STF possuíam força normativa como precedentes vinculantes e efeitos *ex tunc*, de modo que decidiram os Ministros – numa autêntica viragem solipsista - que as suas decisões, ainda que tomadas em processo

subjetivo, não necessitariam da Resolução do Senado para surtirem efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Ocorre que o art. 52, X, da Constituição de 1988, é claro justamente em sentido contrário, de que as decisões do STF necessitariam sim da chancela democrática dos representantes dos Estados da República para surtirem efeitos de maneira geral, com um comando deontico fechado, não permitindo qualquer outra interpretação.

A solução encontrada pela Corte Suprema para esse impasse – já que não havia abertura para uma interpretação diversa do art. 52, X - foi a de alterar o próprio dispositivo constitucional, nos autos das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, declarando que, na ótica dos ministros, tal norma constitucional sofreu uma “alteração informal”, qual seja, uma mutação constitucional, passando a ser tido que a competência constitucional do Senado da República nessa hipótese seria apenas a de divulgar à nação a decisão do STF, relegando aquela Casa Legislativa, *data venia*, à mera função de relações públicas do Supremo Tribunal Federal, em questionável manobra para aumentar o próprio poder normativo do STF.

Assim, a partir dessas decisões polêmicas do STF, foram concretizadas as aspirações da Corte Suprema pela abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, aspirações essas que foram definitivamente positivadas com a inserção da redação dos arts. 525, §12, e 535, §5º, do Código de Processo Civil de 2015, transformando completamente os efeitos das decisões da Corte Constitucional tomadas na análise de casos concretos, de modo que, na prática, foram extintas as diferenças de efeitos das decisões, no âmbito do STF, quanto ao controle difuso concreto ou abstrato de constitucionalidade sem, contudo, alterar os procedimentos objetivos e subjetivos, que permanecem distintos, acarretando, como veremos, sérias inseguranças jurídicas ao sistema jurídico nacional.

3.5.2 A problemática dos arts 525, §12 e 535, §5º do Código de Processo Civil de 2015 e o princípio constitucional da segurança jurídica

Para situar o leitor sobre a problemática envolvida nos dispositivos em análise, consideremos, desde já, a seguinte situação hipotética.

No Brasil, as ações judiciais contra a Fazenda Pública são tradicionalmente demoradas, de modo que muitas vezes somente os herdeiros do autor da demanda é que chegam ao fim da lide. O jurisdicionado acaba por permanecer durante décadas

litigando contra o Poder Público, mormente em face das prerrogativas processuais dos órgãos públicos com os prazos em dobro, duplo grau obrigatório, dentre outros.

Imagine-se que após décadas litigando contra a fazenda pública, o autor de uma demanda em que se busca a condenação de um órgão público na obrigação de pagar, finalmente tem o trânsito em julgado da decisão favorável, na esteira de milhares de outras decisões judiciais Brasil afora que confirmaram de forma pacífica o direito autoral, depois de passar anos despendendo valores com advogados, perícias, deslocamentos, contadores, etc.

Após o trânsito em julgado, é emitido o competente Instrumento de Precatório para o pagamento dos valores, sendo então incluído na fila de precatórios do respectivo órgão público que, geralmente, está com um atraso de vários anos nos pagamentos. Depois de décadas aguardando o pagamento do precatório, já no fim da vida, o autor finalmente é intimado para receber o valor que lhe é de direito em face do citado precatório.

Ocorre que, assim como o autor da ação, milhares de outras pessoas ingressaram com demanda se baseando na mesma norma, e em apenas uma dessas ações, em outro Estado da Federação – sem que o autor, em nosso exemplo, tivesse conhecimento da ação - houve um Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal que, com base naquele caso concreto específico, declarou incidentalmente inconstitucional a norma em que se baseara o direito do autor.

A partir dessa nova Decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso, a Fazenda Pública ingressa com uma ação rescisória no prazo de 2 anos, com fulcro no art. 535, §5º, do CPC/2015 e o autor da demanda é surpreendido, após muitos anos do trânsito em julgado da Sentença, com a sua desconstituição e o cancelamento do precatório, perdendo, assim, todos os recursos e tempo investidos no citado processo, sem ter, ao menos, a chance de se manifestar na demanda específica em que se deu a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Essa situação hipotética – e absurda – é o que pode ocorrer com milhares de casos no Brasil, com o advento dos arts. 525, §12, e 535, §5º, do CPC/2015, que atribuiu efeitos *erga omnes* e *ex tunc* a decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, fixando de vez a abstrativização do controle incidental de constitucionalidade no direito pátrio.

Vejamos a redação dos dispositivos do CPC/2015:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

[...]

§12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

[...]

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Da leitura dos dispositivos, é perceptível a preocupação do legislador em incluir, de forma redundante, a mesma norma em dois artigos diversos do CPC/2015 – assim como fizera nos arts. 741 e §1º, do art. 475-L do CPC/1973 -, incluindo inicialmente no art. 525, § 12, a possibilidade da desconstituição do título executivo no bojo do cumprimento de sentença “comum” e, depois, utilizando-se da mesma redação para o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, no art. 535, §5º, já prevendo a possibilidade de questionamentos quanto à aplicabilidade da citada sistemática aos procedimentos de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Destaque-se que as principais alterações entre o disposto no CPC de 1973 e o novo CPC de 2015 foram a expressa previsão de que o prazo da ação rescisória (2 anos) conta-se da decisão do STF que declarar a norma inconstitucional, bem como de que a decisão paradigma de onde exsurge a inexigibilidade do título executivo judicial pode ser tomada em controle difuso de constitucionalidade.

Assim, não importa se o prazo da ação rescisória do processo originário já se encerrou, é possível que haja a desconstituição da coisa julgada *ad eternum*, inclusive, em controle difuso de constitucionalidade, dependendo apenas de que haja uma nova decisão do STF declarando a norma inconstitucional em sede de um mero processo individual.

Saliente-se que, conforme fixado na Constituição de 1988, art. 5º, XXXVI, a Lei não prejudicará a coisa julgada, de modo que é de ser defendido que tais novidades do Código de Processo Civil – em especial a inclusão da possibilidade da propositura da ação rescisória a partir da data da Decisão do STF – somente poderá valer para os processos propostos após a entrada em vigor do novo Código, não afetando os processos cujas sentenças transitaram em julgado antes do dia 18 de março de 2016, data em que entrou em vigor o novo Código Processual brasileiro.

Ressalte-se que os citados dispositivos processuais foram causa de muitas polêmicas no Projeto de Lei que originou o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em especial no que tange à ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada em controle concreto.

Aliás, o próprio parecer do Senado Federal na tramitação do projeto do novo Código de Processo Civil já buscava excluir da norma a sua aplicação em relação ao controle difuso de constitucionalidade, a fim de privilegiar os contornos constitucionais do controle concentrado, no Tópico 2.3.2.160, *in verbis*:

Em prestígio ao controle concentrado de constitucionalidade e à abrangência de seus efeitos, devem-se rejeitar o §10 do art. 539 do SCD e o §5º do art. 549 do SCD, para restabelecer os seus correspondentes no PLS, com um ajuste meramente de redação útil a sua clareza, qual seja, a subdivisão em incisos. Por essa razão, não se acolhe a sugestão contida no Ofício 101/SGCS/AGU no sentido da manutenção do controle difuso de constitucionalidade como suficiente para configurar como inconstitucional e inexigível um título executivo.¹⁰³

Esse entendimento esposado na justificativa constante da redação original do Projeto de Lei do CPC/2015 é o mais coerente com o que se expressa na Constituição de 1988, porquanto reafirma que a configuração de inconstitucionalidade de um título executivo judicial somente poderia ocorrer com a decisão do STF em sede de controle abstrato, em processo objetivo, no qual existe um debate mais adequado e a análise abrangente de suas consequências para o sistema jurídico nacional.

Ademais, essa redação do Projeto de Lei preservava a competência constitucionalmente deferida ao Senado para suspender no todo ou em parte lei

¹⁰³ BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1.624, de 2010**. Da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Diário do Senado Federal: Brasília, DF, 7 dez. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1553282790199&disposition=inline>. Acesso em: 11 jul. 2019.

declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme insculpido no art. 52, X, da Constituição de 1988.

Tal redação também estava coerente com a Lei 9.868/1999 que regula o procedimento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, limitando no §2º do art. 102, cumulado com o parágrafo único do artigo 28, o efeito vinculante das decisões tomadas pelo STF somente ao julgamento em controle concentrado.

Todavia, atendendo aos apelos da Advocacia-Geral da União e de alguns membros do Supremo Tribunal Federal, o Projeto de Lei foi modificado, por meio de um destaque do Senador Eduardo Braga, a fim de manter a redação que havia sido aprovada na Câmara dos Deputados, no sentido de incluir as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade como causa de inexigibilidade ou de rescisão das sentenças judiciais em todo o território nacional.

Ocorre que o texto que restou positivado no CPC/2015 acabou por vulnerar o princípio constitucional da segurança jurídica, na medida em que permitiu a relativização desproporcional da garantia constitucional da coisa julgada, facilitando em demasia a desconstituição – para alguns, ineficácia - da decisão judicial.

Nesse contexto, Liebman bem leciona quanto à abrangência do princípio da coisa julgada:

[...] se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser¹⁰⁴.

A observância obrigatória da dimensão vinculante da autoridade da coisa julgada representa importante efeito da própria ordem constitucional, que qualifica, dentre diversos princípios dela decorrentes, o princípio da segurança jurídica.

Apesar da previsão contida nos §§13 e 14 do referido dispositivo processual, no sentido de permitir a modulação de efeitos, “em atenção à segurança jurídica”, o fato é que tal norma abriu uma fenda enorme por onde é possível à parte sucumbente

¹⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Efficacia ed Autorità della Sentenza**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 85.

na demanda, mormente a Fazenda Pública – com base no art. 535, §5º do CPC/2015 – arrastar as demandas judiciais por décadas, trazendo uma forte insegurança jurídica para aqueles que têm para si uma Sentença favorável do Estado-Juiz.

Dessa forma, as novas normas inseridas no CPC/2015 violam frontalmente os princípios constitucionais da segurança jurídica, da coisa julgada, da proteção da confiança e da própria dignidade da pessoa humana, na medida em que impedem o encerramento do processo judicial sem que haja um mínimo de previsibilidade sobre a certeza do direito julgado pelo Estado-Juiz.

Nesse pórtico, importa trazer os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho:

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ – legislativo, executivo e judicial¹⁰⁵.

Os dispositivos processuais em estudo acabam por abrir a grande possibilidade de existirem processos “eternos” no Judiciário brasileiro, porquanto não há qualquer limitação temporal sobre a eventual declaração de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal, visto que, como dito alhures, até mesmo o prazo para o ingresso da ação rescisória passou a ser contado a partir do julgamento emitido por aquela Corte Constitucional, nos termos dos arts. 525, §15 e 535, § 5º do CPC/2015.

Vale dizer, com base nas referidas normas processuais, que não há qualquer garantia ao jurisdicionado de que a sentença proferida pelo Estado juiz, mesmo com trânsito em julgado, poderá lhe promover a satisfação com a entrega do bem da vida buscado, pois a qualquer momento, sem que ele tenha sequer conhecimento, o

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Supremo Tribunal Federal poderá declarar a inconstitucionalidade da norma que subsidiou a sentença em processo oriundo de qualquer Estado do país em sede de controle concentrado, em que o contexto, a causa de pedir e o pedido possam ser completamente diversos.

Nesse sentido, é o alerta de Araken de Assis:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, 'a priori', barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo naturalmente justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou àquele princípio constitucional. Para combater semelhante desserviço à Nação, urge a intervenção do legislador, com o fito de estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia de coisa julgada não opera na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retratá-la [...]. Este é o caminho promissor para banir a insegurança do vencedor, a afoiteza ou falta de escrúpulos do vencido e o arbítrio e os casuísmos judiciais¹⁰⁶.

Ademais, a possibilidade do ingresso da ação rescisória a partir da decisão do STF em sede de controle difuso atenta contra a própria natureza jurídica da coisa julgada, visto que amplia desproporcionalmente e sem um marco temporal seguro o prazo da rescisória, que deveria ser contado, tal qual é engendrado no sistema processual pátrio, a partir da formação da coisa julgada no processo específico onde se busca a rescisão.

Nesse sentido, assim explicitou José Frederico Marques:

Passando em julgado a sentença ou acórdão, há um julgamento com força de lei entre as partes, a que estas se encontram vinculadas imutavelmente. Permitido está, no entanto, que se ataque a 'res iudicata' [...], principalmente através de ação rescisória. [...]. Esse prazo é de decadência e seu 'dies a quo' se situa na data em que ocorreu a 'res iudicata' formal. [...].

¹⁰⁶ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. Tomo 1. p. 280.

Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa 'soberanamente' julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória¹⁰⁷.

Ou seja, após o biênio decadencial transcorrido a partir do trânsito em julgado da decisão, a coisa julgada torna-se soberana, vinculando as partes "imutavelmente".

Aliás, o próprio STF, por diversas oportunidades, defendeu a autoridade da coisa julgada, sem se atentar muito quanto ao quesito de constitucionalidade da decisão, sobretudo em face do Poder Público. Conforme, por exemplo, o seguinte julgado:

O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL

A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de 'impeachment'), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios). (RTJ 167/6-7, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Além disso, a análise da norma ganha maior complexidade, a partir do entendimento firmado no âmbito do STF sobre a ausência de vinculação da "fundamentação" dos precedentes vinculantes, levando à conclusão de que o parâmetro de análise de constitucionalidade envolvendo o precedente se centra exclusivamente no dispositivo das decisões, como citado em tópico anterior.

Assim, a Suprema Corte brasileira não acolheu a tese da transcendência dos motivos determinantes, somente admitindo que a eficácia de irradiação de suas decisões vinculantes alcancem apenas o que ficar escrito em seu dispositivo, deixando de lado a *ratio* ou os fundamentos de onde se originaram as conclusões, no caso, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma.

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2003. p. 98.

Com isso, chegamos à possibilidade de que haja a aplicação ilimitada de uma decisão do STF no controle difuso, desconstituindo Sentenças transitadas em julgado, sem que haja sequer identidade entre o fundamento do precedente vinculante e a Sentença desconstituída.

Todavia, os precedentes vinculantes não podem ser vistos sem que haja a imprescindível análise de seus fundamentos e de sua compreensão hermenêutica, a fim de impedir a proliferação de desconstituições injustas de Sentenças judiciais e a violação das garantias processuais constitucionais.

O estudo dos precedentes vinculantes oriundos das Cortes Constitucionais ou de um direito jurisprudencial não pode perder de vista a compreensão do caráter do direito como uma “prática social” de natureza hermenêutica, em que se depura o espírito do agir humanamente num contexto de sociedade, cuja gênese da norma abrange a própria interpretação e aplicação do direito posto, consoante balizas pressupostas.

Dessa forma, os precedentes vinculantes oriundos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade devem ser aplicados de forma parcimoniosa, sempre buscando a construção argumentativa no bojo de cada processo judicial, cuja sentença transitada em julgado seja atingida pelas normas fixadas nos arts. . 525, §12º e 535, §5º do CPC/2015.

Nesse contexto, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em controle incidental pelo STF, não pode ser aplicada de forma indistinta, como se norma positivada fosse, aos processos judiciais onde se operou o trânsito em julgado, apenas com base no caráter vinculante *erga omnes*.

É necessário que haja uma contextualização e a perfeita comparação entre os fatos e a *ratio decidendi* do caso concreto no processo paradigma e o processo em que se busca a desconstituição da coisa julgada, mormente quando se tratar de uma decisão de inconstitucionalidade tomada em sede de controle difuso.

Contudo, tal adequação hermenêutica entre o processo paradigma e o processo cuja decisão estaria viciada de inconstitucionalidade encontra óbice de ordem prática de aplicação imposta pelo próprio STF, visto que aquela Corte Constitucional, como dito anteriormente, entende que em suas decisões não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Dito de outra forma, para o STF, o que vincula em suas decisões é apenas a parte dispositiva do julgado, sendo irrelevantes as razões e fundamentos fáticos utilizados para se chegar à conclusão.

O que nos leva à perplexa situação de que, além de haver a possibilidade, *ad eternum*, da desconstituição da coisa julgada, a “sentença imutável” pode ser modificada até mesmo com base numa decisão tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade, cujas razões de decidir sejam completamente distintas.

Sob esses aspectos, chega-se à inarredável conclusão de que os arts. 525, §12º e 535, §5º do CPC/2015, sobretudo no que concerne às decisões de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, são materialmente inconstitucionais, por violar diretamente os princípios constitucionais da coisa julgada, da segurança jurídica e da própria duração razoável do processo, visto que existe a possibilidade de que a mesma questão seja debatida durante anos a fio.

Ademais, em que pese o entendimento do STF nos autos da ADI 3406/RJ, que declarou a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição de 1988 – que conferia ao Senado o papel de atribuir eficácia suspensiva *erga omnes* às decisões do STF tomadas em controle difuso de constitucionalidade – o fato é que tais dispositivos também violam o referido dispositivo constitucional.

Eis a redação do art. 52, X, da Constituição de 1988: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Nos autos da ADI 3406/RJ, o STF decidiu que o art. 52, X, sofreu uma mutação constitucional em ordem a prever que tal “competência” constitucional deveria ser interpretada apenas como sendo uma competência de ser “informado” da decisão de inconstitucionalidade da Lei, numa interpretação, *data venia*, visivelmente forçada e *contra legem*.

Para além dos debates sobre a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 – que não é o foco da presente obra - o fato é que o Constituinte originário fixou sim a competência constitucional do Senado, de forma clara e objetiva, de atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do STF em controle de constitucionalidade concreto, suspendendo a execução da Lei em todo o território nacional, talvez já prevendo o necessário respeito à segurança jurídica de terceiros que, porventura, fossem prejudicados por aquela decisão tomada entre as partes de um caso concreto no âmbito do STF.

Vale dizer que o constituinte originário entendeu que cabe ao Senado, casa parlamentar onde se dão abertamente debates e discussões de interesse da sociedade civil como um todo, a competência para decidir se confere ou não os efeitos *erga omnes* às decisões do STF em sede de controle concreto de constitucionalidade, sob uma perspectiva dialética e, por que não dizer, habermasiana na busca democrática da construção de consensos.

Em que pesem opiniões de relevância, como Fredie Didier Jr., o qual aduz que o STF, ao julgar um processo em sede de controle de constitucionalidade difuso, após a análise da repercussão geral, está na verdade julgando abstratamente a constitucionalidade das normas em debate no caso concreto, é de se entender que as conclusões dos ministros estão, seguramente, contaminadas pelos fatos e pessoas envolvidas no processo subjacente à questão constitucional.

Assim, os citados dispositivos processuais também violam o disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988, uma vez que interferem no próprio debate democrático fixado no referido sistema constitucional, quanto à eficácia das decisões do STF nessas hipóteses, violando a competência constitucional do Senado Federal.

Dessa forma, a desconstituição da coisa julgada, nessas hipóteses do arts. 525, §12º e 535, §5º do CPC/2015 – em especial no que concerne ao julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo STF – poderia acarretar conseqüências lesivos às relações intersubjetivas e sua estabilidade e à certeza e à segurança jurídica decorrentes do Estado Democrático de Direito, como, inclusive, já decidiu o STF em diversos julgados daquela Corte Constitucional .

A desconstituição da “*auctoritas rei judicatae*”, que vem sendo expressamente garantida pela ordem constitucional desde a Constituição de 1934, sem a devida discussão na decisão paradigma do STF e a necessária análise de sua vinculatividade aos demais processos, sem uma averiguação quanto à *ratio decidendi*, implicará verdadeira afronta ao devido processo legal e à garantia da segurança jurídica, princípio basilar do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Apesar disso, o STF, no Recurso Extraordinário 611.503, da Relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado no final do ano de 2018, reafirmou que “são constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do §1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º”.

No referido julgado, o STF deixou passar uma grande oportunidade de buscar uma interpretação mais consentânea das normas processuais com o princípio constitucional da coisa julgada, baseando-se unicamente em conceitos abertos e frágeis como a “harmonização”.

Desse modo, resta ao intérprete, enquanto não modificado o entendimento do STF, buscar a análise hermenêutica dos precedentes judiciais em sede de controle difuso de constitucionalidade, a fim de impedir a desconstituição indiscriminada de sentenças judiciais transitadas em julgado.

Nesse sentido, Thomas da Rosa de Bustamente bem explicita a tarefa do aplicador do direito na interpretação dos precedentes judiciais:

A atividade do aplicador do Direito, nesse terreno, é uma atividade reconstrutiva, uma atividade de interpretação das decisões judiciais para o fim de aplicá-las como precedentes na solução de casos futuros.(...) Quando passamos da análise reconstrutiva das decisões judiciais – para delas extrair normas – para o problema da determinação do peso das normas jurisprudenciais na argumentação jurídica já não estamos apenas descrevendo ou reconstruindo as premissas normativas de uma decisão já tomada por uma autoridade judicial, mas nos encontramos diante da necessidade de decidir acerca da força argumentativa que deve ser atribuída à *ratio decidendi* que pretendemos utilizar como um elemento de justificação de um caso ainda não solucionado.

É de se destacar que, como qualquer decisão judicial, os precedentes vinculantes, em especial aqueles originários das Cortes Constitucionais, estão sujeitos, como está sujeito o próprio texto da Constituição, às fortes influências dos fatores reais de poder, mormente em face das diversas dimensões em que se manifestam os citados precedentes sem seu caráter geral, abstrato e normativo.

Daí que a análise dos fundamentos, historicidade e juridicidade de cada decisão geradora de precedentes vinculantes e do grau de discricionariedade nela inseridos passam a ser fundamentais para garantir a sua própria legitimidade, dando-lhe limites e impedindo que descambem para o autoritarismo, arbitrariedades e a expressão de uma ditadura do Judiciário.

Nesse pórtico, a inconstitucionalidade material dos arts. 525, §12 e 535, §5º do CPC/2015, quanto à sua aplicação ao controle incidental de constitucionalidade no STF, por violação aos princípios constitucionais da coisa julgada, do devido processo legal e da segurança jurídica é clarividente.

A ampliação desordenada da força normativa do STF poderá acarretar justamente a violação dos princípios que os precedentes vinculantes buscam

proteger, gerando decisões injustas e, mais que isso, atentando contra os próprios pilares do Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da separação de poderes e dos freios e contrapesos.

Destarte, enquanto tais dispositivos continuarem vigentes, somente restará aos juízes e as partes lançarem mão da análise dos contornos hermenêuticos dos precedentes vinculantes em sede de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e dos institutos de superação ou de adequação de precedentes judiciais provenientes do *Common Law*.

Com efeito, vivenciamos uma nova lógica dos precedentes judiciais no Brasil, em que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ganha preponderância em detrimento dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da coisa julgada, numa relativização que poderá gerar inevitáveis conflitos e decisões injustas, na medida em que permite a permanência da litigância *ad eternum*.

Talvez ainda esteja cedo para concluir se a opção do STF em retirar a competência do Senado Federal para suspender as normas declaradas incidentalmente inconstitucionais irá trazer bons fluidos ao ordenamento jurídico pátrio, com a dinamização da justiça, levando segurança jurídica e coerência aos julgados, ou se será somente mais um instrumento de concentração de poder político nas mãos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O debate está aberto, cabendo aos operadores do direito buscar as balizas necessárias, em especial na hermenêutica jurídica, a fim de conferir os limites que irão legitimar democraticamente a desconstituição das decisões judiciais imutáveis, bem como, apreciar os institutos construídos no âmbito do *Common Law* que permitem uma aplicação adequada e sua eventual superação, como veremos no tópico seguinte.

4 TRABALHANDO COM PRECEDENTES JUDICIAIS: A *RATIO DECIDENDI*, *OBTER DICTUM*, A APLICAÇÃO E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

No estudo dos precedentes judiciais, mais especificamente a partir do contexto da doutrina do *stare decisis*, quando se determina que os juízes e tribunais devam seguir os precedentes vinculantes, na realidade, a vinculação está atrelada mais à razão de decidir que fundamenta aqueles precedentes, consistindo na *ratio decidendi*.

Nesse contexto, importa analisar quais as técnicas e forma de se trabalhar com os precedentes judiciais, a partir dos métodos já evidenciados no direito alienígena, em especial o direito norte-americano.

Registre-se que, conforme ensinado por Fredie Didier Jr., os precedentes judiciais são compostos basicamente por três elementos: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão”¹⁰⁸.

Nessa perspectiva, é de se constatar que os precedentes judiciais possuem como eixo central a apreciação da *ratio decidendi* (ou *holding* para os americanos), que nada mais é que a fundamentação, a razão de decidir, a essência motivadora da conclusão individual no caso concreto, a compreensão hermenêutica inserida na sentença, que é o elemento que realmente possui eficácia obrigatória ou persuasiva no âmbito externo ao precedente.

Marcelo Alves Dias de Souza apresenta cinco definições de *ratio decidendi* oriundas da doutrina jurídica inglesa¹⁰⁹:

- a) A regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para a justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito no caso

¹⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p 505.

¹⁰⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 126.

A partir de todas as definições sobre o que seja a *ratio decidendi*, é perceptível inicialmente que se trata de uma regra e, por outro lado, revela uma norma criada judicialmente para a solução do caso concreto.

Como dito em linhas anteriores, no contexto dos precedentes judiciais, o Tribunal ao decidir um caso concreto acaba por criar normas jurídicas para solucionar um processo judicial específico, extraíndo-se dessa decisão, ao menos, duas normas jurídicas distintas.

A primeira norma jurídica gerada possui um caráter geral, que pode ser aplicada a outros processos judiciais assemelhados, e se refere à compreensão hermenêutica dos fatos postos em debate e sua conformação ao direito positivo, em especial à Constituição Federal, que é especificada na fundamentação do julgado, construída por meio de um raciocínio lógico-normativo e indutivo, cuja ausência é causa de nulidade da decisão.

A segunda norma que se extrai de um precedente, partindo-se de um raciocínio lógico-dedutivo, possui caráter individual e consiste na solução individualmente tomada para a decisão no caso concreto, permitindo a solução da questão jurídica posta em debate no processo, sendo que sua ausência vem a ser causa da própria inexistência da decisão, e é essa norma jurídica que possui aptidão para possuir eficácia de coisa julgada

Nesse contexto, leciona Daniel Mitidiero:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações.

Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo, é causa de *inexistência* da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*) é causa tão-só de *nulidade* da decisão – que, a rigor, existe, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.

Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial da enseja a dois discursos: o primeiro, para a solução de um

determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia erga omnes, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele¹¹⁰. [Destques no original].

Tomemos, por exemplo, o art. 8º, IV, da Constituição de 1988, que prescreve:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

A chamada contribuição confederativa foi por diversas vezes¹¹¹ questionada e impugnada em processos que chegaram até o Supremo Tribunal Federal, mormente pelo fato de que o dispositivo constitucional foi omissivo em afirmar se a contribuição seria obrigatória para todos os trabalhadores ou apenas para aqueles filiados aos sindicatos das categorias profissionais representativas.

A partir do julgamento dos casos concretos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a referida contribuição somente poderia ser exigida dos trabalhadores filiados ao sindicato respectivo, extraído-se a norma geral que foi transformada na Súmula Vinculante nº 40, com a seguinte redação: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Destarte, sempre que um juiz ou tribunal tiver de decidir sobre a cobrança das referidas contribuições desses sindicatos contra os trabalhadores, deverá tomar por

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 206, p. 61-78, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_precedente_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_-_Revista_de_Processo_206?auto=download. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 61-69.

¹¹¹ Precedentes do STF: RE 495248 AgR Publicação: DJe nº 166 de 26/08/2013; AI 731640 AgR Publicação: DJe nº 162 de 28/08/2009; AI 706379 AgR Publicação: DJe nº 113 de 19/06/2009; AI 654603 AgR Publicação: DJe nº 107 de 13/06/2008; RE 176533 AgR Publicação: DJe nº 88 de 16/05/2008; AI 672633 AgR Publicação: DJe nº 152 de 30/11/2007; AI 657925 AgR Publicação: DJe nº 101 de 14/09/2007; AI 612502 AgR Publicação: DJ de 23/02/2007; AI 609978 AgR; RE 461451 AgR Publicação: DJ de 05/05/2006; AI 476877 AgR Publicação: DJ de 03/02/2006; AI 499046 AgR Publicação: DJ de 08/04/2005; RE 224885 AgR Publicação: DJ de 06/08/2004; RE 175438 AgR Publicação: DJ de 26/09/2003; RE 302513 AgR Publicação: DJ de 31/10/2002; AI 351764 AgR Publicação: DJ de 01/02/2002; AI 339060 AgR Publicação: DJ de 30/08/2002; AI 313887 AgR Publicação: DJ de 08/06/2001; RE 193174 Publicação: DJ de 09/06/2000; RE 195885 Publicação: DJ de 27/08/1999 Republicação: DJ de 17/09/1999; RE 196110 Publicação: DJ de 20/08/1999; RE 222331 Publicação: DJ de 06/08/1999; RE 171905 AgR Publicação: DJ de 22/05/1998; RE 173869 Publicação: DJ de 19/09/1997; RE 198092 Publicação: DJ de 11/10/1996.

premissa a *ratio decidendi* sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, que emana o comando deôntico, a *contrario sensu*, de que é proibida a cobrança da contribuição sindical com desconto em folha de pagamento, de que trata o art. 8º, IV, da Constituição de 1988, contra os trabalhadores não filiados ao sindicato da categoria.

Outro exemplo bastante interessante é o trazido por Fredie Didier Jr, a respeito do entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca das ações monitórias:

O art. 700 do CPC permite o ajuizamento de ação monitoria a quem disponha de “prova escrita” que tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é um termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da Súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da Súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Norte que a formulação desses enunciados sumulados não possui conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto a sua incidência.

Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o julgador termina por criar uma norma que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 700 do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela decorre da fundamentação do julgado porque é com base nela que o juiz chegara, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo¹¹².

Nesse contexto, tem-se que a norma extraída do precedente judicial – a *ratio decidendi* - pode ser entendida como uma autêntica regra - e não como um princípio como muitos pensam que é, inclusiva, aplicável por subsunção¹¹³.

Saliente-se que o princípio pode até ser fundamento de um determinado caso concreto, sendo a *ratio* utilizada pelo Tribunal. Ocorre que, quando exsurge tal situação, aquele princípio utilizado como fundamento é, previamente, de forma lógica, concretizado numa regra geral que dele decorre, motivo pelo qual essa regra geral é que será o fundamento essencial da decisão¹¹⁴.

¹¹² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 506.

¹¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012., p. 106

¹¹⁴ No mesmo sentido: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p. 516

Vale dizer que, ao gerar precedentes judiciais com base em princípios, o julgador, invariavelmente, acaba por criar uma regra para a solução daquela questão jurídica, de modo que o juiz ou tribunal acaba por construir uma norma específica para o caso concreto, cuja *ratio decidendi*, como regra gerada, pode ser aplicada por subsunção aos demais casos assemelhados, uma vez que as normas-princípio permanecem num plano mais teórico-reflexivo do ordenamento, interferindo na construção de outras normas, contudo, sem poder para ser, em definitivo, a norma de decisão do caso, que será, inarredavelmente uma regra, dividida em regra geral do caso - *ratio decidendi* – e regra individual que soluciona o caso e que se encontra no dispositivo como decorrência lógica da regra geral.

4.1 O *DICTUM* E A IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

O *dictum* ou *obter dictum*¹¹⁵ se refere a argumentos, considerações, comentários, debates, notas, engendrados de passagem¹¹⁶ pelos julgadores na fundamentação da decisão, revelando-se em juízo acessório, dispensável, prescindível para a solução da controvérsia, sendo inserida pelo juiz “incidentalmente”, mas que pode, dependendo do caso, permitir um reforço argumentativo adicional às razões de decidir.

Fredie Didier Jr. explicita outras importantes funções presentes nos *obter dictum*:

[...] O *obter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obter dictum*, como dito) tem a sua relevância para que se aplique a técnica de julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito e da ação rescisória, cujo resultado não seja unânime, na forma do art. 942 do CPC, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

Dessa forma, em que pesem as importantes funções do *obter dictum*, em verdade, sua alteração ou a superação dos parâmetros nele veiculados não modificam as conclusões do julgado e nem a sua fundamentação, que permanecerá intacta.

É de se registrar que o *obter dictum* não se confunde com a *ratio decidendi*, essa sim parte essencial do precedente judicial. Todavia, na análise dos precedentes

¹¹⁵ Em sua forma plural, “*obter dicta*”.

¹¹⁶ Do direito norte-americano: “By The Way”.

judiciais, a tarefa de se diferenciar o que seria *obiter dictum* e o que se qualifica como *ratio decidendi* se revela por demais complicada e consiste em tarefa das mais importantes para os operadores do direito, como bem assinala José Jesus Cazzeta Junior:

Por isso, um aspecto fundamental na atividade dos práticos consiste em verificar se uma proposição jurídica abstrata, presente em uma decisão, realmente integra sua *ratio decidendi*. Esta nunca é a decisão do caso concreto, mas uma ‘regra geral sem a qual [...] teria sido decidido diferentemente’. Logo, qualquer raciocínio judicial que seja estranho àquele núcleo do julgamento é, por definição, um mero *dictum* ou *obiter dictum*, apto eventualmente a persuadir e na prática dotado de enorme influência, mas incapaz, por si, de obrigar quem quer que seja¹¹⁷.

Em face disso, diversos juristas, em especial os norte-americanos, desenvolveram métodos para se identificar a *ratio decidendi* no âmbito dos precedentes judiciais, diferenciando-a dos *obiter dicta*.

Nesse contexto, importa analisar a quem compete fixar o que é fundamental e o que é dispensável num precedente, de modo a averiguar se quem define qual seria a *ratio decidendi* de um dado precedente vinculante seria o juiz que julgou o precedente ou se seria o juiz de um outro caso posterior que iria aplicar o entendimento consubstanciado no precedente, sendo que a resposta a essas perguntas se encontram na apreciação dos sentidos prescritivos e descritivos de *ratio decidendi*, como bem explicou Marcelo Alves Dias de Souza:

[...] O sentido descritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou quer saber, tão-somente, do “*modus*” como o juiz do precedente chegou a sua decisão. Já o sentido prescritivo de *ratio decidendi* põe em relevo ou identifica a proposição jurídica, derivada do precedente, que vincula ou obriga a decisão do caso posterior; em outras palavras, identifica a proposição de Direito prescrita pelo caso anterior ao caso posterior e que, neste caso, deve ser seguida¹¹⁸.

Dessa maneira, segundo a doutrina prevalecente é de se constatar que a *ratio decidendi* é identificada pelo juiz do caso em julgamento, a quem compete avaliar e

¹¹⁷ CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 193.

¹¹⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 134

interpretar as *prescrições* oriundas do precedente judicial anteriormente formulado, dele extraindo as proposições a serem obrigatoriamente observadas.¹¹⁹

Por outro lado, existem muitas outras teorias que analisam profundamente a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, destacando-se as Teorias de Wambaugh, Oliphant e Goodhart.

Para a Teoria Clássica desenvolvida por Eugene Wambaugh, a *ratio decidendi* de um determinado caso concreto se consubstancia na proposição ou regra sem a qual a demanda jurídica teria solução diversa, de modo que a *ratio decidendi* se trata de uma proposição ou *conditio sine qua non* para a conclusão lógica do precedente judicial que, caso contrário, seria julgado de outra forma.

Já para a Teoria de Oliphant, desenvolvida pelo Professor Herman Oliphant, como representante da Escola do Realismo Jurídico, a *ratio decidendi* de um dado precedente não possui qualquer vinculação com o raciocínio do julgador para se chegar à sentença, de modo que os pensamentos e a atividade mental do juiz que consta da decisão são irrelevantes e devem ser totalmente ignorados.

Para essa Teoria, quando os fatos são levados ao órgão julgador são qualificados como estímulos em busca de uma solução, de uma resposta, que se consubstancia na decisão do caso, sendo que essa combinação estímulo/resposta – fatos/decisão – se configura na *ratio decidendi*.

Para *Oliphant*¹²⁰ citado por Souza¹²¹ não interessa ao deslinde do feito a opinião dos juízes, mas, na verdade, de que forma eles decidem os casos, e isso é o que será levado em consideração como a “matéria dominante de qualquer estudo verdadeiramente científico do Direito”.

Por fim, dentre as teorias mais proeminentes que revelam métodos de verificação do que seja a *ratio decidendi*, destaca-se a Teoria de Goodhart¹²².

O citado Autor critica duramente ambas as teorias de Wambaugh, juntamente com seus colegas Salmond e Gray, e de Oliphant, afirmando que a primeira teoria

¹¹⁹ Nesse sentido: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 134.

¹²⁰ OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal – ABAJ**, New York, v. 14, n. 2, feb. 1928. Available in: https://www.jstor.org/stable/25707348?seq=1#page_scan_tab_contents. Access in: 11 jul. 2019.

¹²¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 128.

¹²² Veiculada em sua obra “The Ratio Decidendi of a Case” (1930).

peça pela vagueza e generalizações¹²³ e quanto à segunda, afirma que Oliphant se baseia numa “falácia” argumentativa, visto que, para Goodhart, a sua tarefa, ao analisar um caso, “não é estabelecer os fatos e a conclusão, mas estabelecer os fatos fundamentais como vistos pelo juiz e sua conclusão neles fundamentada”. Para ele, “um divórcio” entre as conclusões e os fatos fundamentais nos quais a conclusão esteja porventura baseada, seria ilógico e acarreta resultados arbitrários e ineficazes.

Destarte, após a crítica às demais teorias, Goodhart desenvolve seu entendimento, explicitando que para fins de determinação da *ratio decidendi* de um precedente, o que se qualifica como importante é: a) os *material facts*, que são os fatos levados em consideração como fundamentais, na visão do juiz de onde emanou o precedente e b) a decisão do órgão julgador subsidiada por esses *material facts*.

Assim, de acordo com essa Teoria, quando do julgamento de um determinado caso, o Direito é avaliado pelo intérprete com base nos fatos essenciais do caso, de modo que a importância das afirmações consignadas pelo órgão judicial prolator do precedente judicial é invariavelmente maior em detrimento de quaisquer outras afirmações acessórias proferidas pelo juiz.

Dessa maneira, os *material facts*, como fatos essenciais em que se baseou o precedente judicial, são os primeiros pontos que devem ser verificados para a identificação da *ratio decidendi*.

Nessa esteira, Goodhart, elencou dez regras para que possam ser determinados quais fatos foram - e não foram - entendidos como fundamentais na visão do juiz do precedente¹²⁴:

- 1) Todos os fatos sobre pessoa, tempo, lugar, espécie e quantia não são fundamentais, a menos que tenham sido estabelecidos como fundamentais.
- 2) Em não havendo *opinion*, ou a *opinion* nada dizendo quanto aos fatos, todos os outros fatos do relatório devem ser tidos por fundamentais.

¹²³ Assim escreveu Goodhart citado por Marcelo Alves Dias de Souza: “Os dois cultos Autores, ao alcançar este ponto de segurança, param. Tendo explicado ao estudante o que é necessário para encontrar a *ratio decidendi* de um caso, eles não fazem mais tentativa alguma de estabelecer quaisquer regras pelas quais ela pode ser determinada. É verdade que *Salmond* diz que nós temos que distinguir entre a decisão concreta e a *ratio decidendi* abstrata, e a experiência estabelece que a *opinion* deve ser uma *opinion* necessária, mas elas são apenas vagas generalizações. Se é possível progredir ao longo deste caminho comparativamente inexplorado, em busca de regras mais concretas de interpretação, isso será discutido neste trabalho”. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 129.

¹²⁴ GOODHART, Arthur L. **Jurisprudence in action: a pleader’s Anthology**. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953. p. 222 apud SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 130-131.

- 3) Se não há uma *opinion*, então os fatos como estabelecidos nela são concludentes e não podem ser contestados no relatório.
- 4) Se a *opinion* omite um fato que aparece no relatório, isso se deve ou a um descuido ou à conclusão implícita sugerindo que o fato é irrelevante. O segundo caso será presumido na falta de outra evidência.
- 5) Todos os fatos que o juiz especificamente estabelece como não fundamentais devem ser considerados como não fundamentais.
- 6) Todos os fatos que o juiz implicitamente trata como não fundamentais devem ser considerados como não fundamentais.
- 7) Todos os fatos que o juiz especificamente estabelece como fundamentais devem ser considerados como fundamentais.
- 8) Se a *opinion* não distingue entre fatos fundamentais e não fundamentais, então todos os fatos apresentados devem ser considerados fundamentais.
- 9) Se num caso há várias *opinions* que concordam quanto ao resultado, mas divergem quanto aos fatos fundamentais, então o princípio do caso está assim limitado a ajustar-se à soma dos fatos que sejam tidos como fundamentais pelos vários juizes.
- 10) Uma conclusão baseada num fato hipotético é um *dictum*. Como fato hipotético entende-se qualquer fato cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo o juiz.

Com isso, estabelecidas o que sejam as proposições fundamentais e as não fundamentais inseridas em um dado precedente, orientadas pelas dez premissas descritas por Goodhart, é que chegaremos à *ratio decidendi*.

Em conclusão, o autor ainda resume as regras de identificação das proposições que compõem a *ratio decidendi*, em cinco outras proposições¹²⁵:

- 1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na *opinion*.
- 2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na *opinion*.
- 3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz.
- 4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais, e b) sua decisão baseada neles.
- 5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.

¹²⁵ GOODHART, Arthur L. **Jurisprudence in action: a pleader's Anthology**. New York: Baker, Voorhis & Co. Inc., 1953. p. 222 apud SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 130-131.

Destarte, para a Teoria de Goodhart, a tarefa de se encontrar a *ratio decidendi* dos precedentes perpassa pela análise tópica dos fatos envolvidos no caso concreto, delineando que a *ratio decidendi* somente existe a partir de sua conformação ao contexto dos fatos existentes quando da emanção do precedente.

4.2 TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Conforme já estudado neste trabalho, há uma patente internalização de conceitos e institutos do *Common Law* no direito pátrio, com a abertura para o crescimento de uma corrente jurídica de padronização, coerência e integridade nas decisões Judiciais, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional.

Dessa maneira, ao mesmo tempo em que se observa a internalização de tais institutos que permitem um poder normativo forte aos precedentes, também são absorvidos institutos de aplicação e superação de tais precedentes já tradicionalmente utilizados nos países de cultura jurídica anglo-saxã, a fim de impedir o engessamento do sistema e a própria supressão da independência dos juízes de instâncias inferiores, além, é claro, de oxigenar e determinar evoluções nos entendimentos jurisprudenciais sedimentados.

Vários são os institutos do *Common Law* que se encontram em plena utilização no processo civil pátrio, dentre os quais, podemos exemplificar as figuras do *overruling*, *signaling*, no âmbito do estudo da superação do precedente e o *distinguishing*, que se centra na sua aplicação, que serão mais à frente detalhados.

Como sabido, os precedentes podem ser considerados como norma jurídica geral do caso concreto (*ratio decidendi*) que está na fundamentação e da qual se extrai a solução do caso sob apreciação jurisdicional, é o que comumente chamamos de norma de decisão.

Dessa maneira, faz-se necessário que se demonstre que os precedentes se amoldam ao caso concreto em que se busca aplicar, sendo essa a principal forma de sindicabilidade dos precedentes.

Aliás, quanto à sindicabilidade dos precedentes judiciais vinculantes, é de ser salientado que tal ponto do estudo é de suma importância, na medida em que se revela como o principal (talvez, o único) fator de controle formal sobre a atividade geradora do Direito pelo Estado-Juiz.

Não é possível que alguém ingresse com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra um precedente judicial, por exemplo, ao contrário do que ocorre com as leis positivadas que, teoricamente, passam por uma sindicabilidade democrática maior que os precedentes judiciais, pois são aprovadas após debates abertos entre os representantes eleitos pelo povo – que é destinatário das normas - no âmbito do Parlamento.

Assim, ao emanar um precedente judicial – mormente quanto decorrente de controle difuso de constitucionalidade - o Poder Judiciário, está bastante livre de discussões, debates e mecanismos oficiais de sindicabilidade pelos destinatários da norma – *ratio decidendi* – gerada para os processos futuros, mesmo porque, muitas das vezes, não é dada sequer oportunidade dos destinatários da norma de decisão criada, de se insurgirem contra o referido precedente obrigatório, de modo que as técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais se qualificam como uma verdadeira garantia individual dos cidadãos contra os abusos e arbítrios do Estado-Juiz.

Ademais, importa frisar que existem duas situações em que os precedentes judiciais podem ser aplicados: quando os precedentes podem ser seguidos e quando eles devem ser seguidos.

Na primeira hipótese, quando existe a mera possibilidade de que o precedente judicial seja seguido, o precedente judicial é destituído de força obrigatória vinculante, mas acaba sendo em razão da qualidade e persuasão de seus fundamentos.

Já nas hipóteses em que os precedentes devem ser seguidos, é identificada uma posição de hierarquia processual entre os Tribunais relacionados e esses se encontram sob os auspícios doutrinários do *stare decisis*, como mencionado em linhas anteriores.

4.2.1 *Distinguishing* e suas variantes

Dentre os institutos do *Common Law* de aplicação dos precedentes judiciais do Brasil, sem dúvida alguma, o *distinguishing* é o mais popular e disseminado em *terrae brasiliis* e no direito anglo-saxão.

No *distinguishing*, o juiz justifica que a *ratio decidendi* do precedente judicial não pode ser aplicada ao caso concreto em debate, tendo em vista que existe uma distinção fático-jurídica (*material facts*), de modo que os fatos subjacentes ao

precedente judicial e os fundamentos que levaram à conclusão jurídica do precedente são distintos daqueles travados nos autos do processo posterior, de modo que inexistente uma relação de vinculação e obrigatoriedade entre as decisões judiciais sob análise.

Luiz Guilherme Marinoni assim leciona a respeito do que seja o *distinguishing*:

Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fáctico-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação¹²⁶.

De outra banda, para José Rogerio Cruz e Tucci, o *distinguishing* se qualifica como um “método de confronto”, no qual o juiz analisa se aquele caso posto em julgamento deve ou não ser considerado como uma decisão paradigma¹²⁷, de modo que o *distinguishing* pode ser utilizado em duas acepções, consoante bem explicitado por Fredie Didier Jr, a saber¹²⁸:

- a) Para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguishing-método*) – como previsto no art. 489, §1º, V, e 927, 1º, CPC; e
- b) Para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguishing-resultado*), a chamada “distinção”, na forma em que consagrada no art. 489, §1º, VI e 927, §1º, CPC;

Nesse instituto, não há especificamente uma superação, mas apenas há uma comparação entre a adequabilidade ao caso em disputa e as razões de decidir oriundas do precedente vinculante.

O novo Código de Processo Civil de 2015 consagrou o *distinguishing*, por meio de diversos dispositivos, incluindo-o, como um dos elementos obrigatórios da fundamentação da sentença para que essa possa ser considerada válida:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]
 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo código de processo civil comentado**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

¹²⁷ TUCCI, José Rogerio da Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

¹²⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016. p 559.

[...]

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

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

É interessante notar da leitura do dispositivo processual acima colacionado, que a obrigação do juiz de fundamentar sua decisão demonstrando a existência de distinção entre os fatos objeto do processo em julgamento e o processo paradigma “invocado pela parte”, não se restringe aos assim denominados precedentes vinculantes, tais como súmulas vinculantes, recursos repetitivos, dentre outros, mas qualquer “súmula, jurisprudência ou precedente”.

Aqui é de se frisar que, evidentemente, como dito em linhas anteriores, para que surja o dever de fundamentar a distinção entre os fatos vertentes no processo e a decisão paradigma que se pretende aplicar – ou não aplicar -, é necessário que haja uma relação hierárquica entre as cortes envolvidas.

É que, da análise do dispositivo acima transcrito, é de se constatar que a expressão “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte” deve ser interpretada – segundo a doutrina do *Stare Decisis* – como sendo apenas a jurisprudência proveniente do mesmo tribunal ou juízo - dever de coerência - ou de tribunais hierarquicamente superiores.

Dessa forma, não se coaduna com o sistema de precedentes a interpretação de que qualquer jurisprudência, até de outros juízos com a mesma hierarquia ou de hierarquia inferior, poder-se-ia extrair precedentes judiciais, de que, acaso tivessem de deixar de ser aplicados pelo juiz de um caso concreto, geraria a obrigação de fundamentar o *distinguishing*, sob pena de gerar um caos jurisdicional, com todos os juízes emanando normas jurídicas obrigatórias e vinculantes para os seus respectivos pares.

Afigura-se também, importante registrar, que o dever de coerência e o *distinguishing* fixado nos incisos V e VI, §1º, do art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, levam à inarredável conclusão de que o comando normativo não é apenas dirigido aos Tribunais superiores, mas também aos juízes de primeiro grau que, igualmente, possuem o dever de guardar coerência com os seus próprios julgados anteriores, motivo pelo qual, em caso de alteração do seu próprio entendimento na apreciação de casos análogos, sem qualquer alteração fático-jurídica, esse, o juiz

monocrático, possui o dever de fundamentar o *distinguishing* ou estabelecer regra de transição para a referida alteração jurisprudencial “interna”.

A ausência do *distinguishing*, não apenas em relação aos precedentes judiciais oriundos de cortes superiores, mas também naqueles precedentes judiciais advindos do próprio juízo, revelam violação aos citados dispositivos do Código de Processo Civil e a vulneração do dever de coerência e previsibilidade das decisões judiciais.

Ressalte-se, dessa maneira, que na técnica da distinção o ponto central é a justificação e esclarecimento por parte do órgão julgador das razões pelas quais está deixando de aplicar - ou está aplicando - o precedente, evidenciando uma clara diferença - ou semelhança - entre os fatos tratados no caso concreto e aquele em que se deu a geração do precedente judicial, de tal modo que impeça a eficácia da *ratio decidendi* na demanda em apreço.

A ausência dessa justificação por parte do órgão julgador, ou seja, a ausência do *distinguishing*, por óbvio, viola o precedente vinculante, e acaba por vislumbrar o que a doutrina denomina de jurisprudência lotérica, que viola a isonomia e os princípios da segurança jurídica e previsibilidade da jurisdição que, como sabido, é uma.

Aliás, o art. 1.022, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015, revela que a ausência do *distinguishing* e demais fundamentações previstas no art. 489, §1º, caracteriza a decisão como omissa para fins de interposição do recurso de Embargos de Declaração:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

[...]

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Dessa forma, no *distinguishing*, verifica-se, a toda evidência, mais um resultado da cláusula geral de justificação construtivo-argumentativa da decisão judicial geradora do precedente, sendo esse um verdadeiro dever do julgador e uma garantia do jurisdicionado, sob pena de restar omissa e inválida a decisão judicial posterior, motivo pelo qual se configura em dever essencial do juiz a aplicação do *distinguishing*

quando, sobre o mesmo tema tratado, já houver súmula, jurisprudência ou precedente, de modo a fortalecer a organicidade do sistema jurisdicional.

4.2.2 Distinções Inconsistentes

Como vimos no tópico anterior, quando da aplicação do precedente judicial, o órgão julgador realiza o confronto entre o caso tratado nos autos e o precedente judicial paradigma, de modo que ao identificar ponto relevante e essencial da *ratio decidendi* da decisão paradigma que implique distinção relevante, haverá uma distinção importante, com consistência, no que será realizado o necessário *distinguishing*, pois ocorre uma diferença essencial e evidente entre os dois casos comparados.

Todavia, por mais das vezes, o tribunal ou juízo que está sujeito ao precedente vinculante e que o considera injusto por questões de ordem prática ou moral, ou a parte litigante que seria beneficiária da distinção, acabam por tentar induzir uma distinção inexistente, argumentando diferenças completamente irrelevantes entre os dois casos, ingressando em pontos que não são relevantes para a *ratio decidendi* da decisão paradigma e, portanto, não acarretariam o *distinguishing*, sendo, portanto, uma distinção inconsistente, ou uma falsa distinção.

Vale dizer, nas distinções inconsistentes, o órgão julgador baseia a distinção em pontos periféricos do precedente, ou seja, acabam se apoiando nas *obiter dicta*, cujas razões são despiciendas em relação às razões e conclusões do precedente.

Sobre as distinções inconsistentes, assim explicitam e exemplificam Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro:

Na distinção inconsistente, o argumento normativo para diferenciar é falho. O critério utilizado para reconhecer dois casos como semelhantes é tornado, excessivamente, rigoroso, geralmente com o objetivo de escapar à aplicação da *ratio decidendi* de um precedente já proclamado. As diferenças entre os casos concretos são valorizadas artificialmente, de forma a conferir-lhes um peso excessivo. Desse modo, busca-se reduzir o âmbito de incidência da *ratio decidendi*, a pretexto de que os casos são diversos. Se o pai proíbe saídas noturnas que comprometam o sono, durante o período escolar, para mera diversão, mas permite que os filhos homens saiam à noite porque, afinal, são homens, ele produz uma distinção inconsistente, porque a finalidade para a qual estabeleceu o precedente —, preservação do sono, da saúde ou do desempenho escolar —, restará desatendida com a saída noturna, quer se trate de filho homem ou de filha mulher. Por consequência,

o critério “sexo” não é um argumento válido para afastar a aplicação do precedente¹²⁹.

Desta feita, as distinções inconsistentes geralmente ocorrem em assuntos polêmicos julgados pelas cortes superiores, quando juízes hierarquicamente subordinados “se rebelam” contra o que consideram injusto nas razões de decidir constantes dos precedentes vinculantes, gerando incontáveis reclamações por violações aos precedentes.

No Brasil, têm ocorrido reclamações em massa quando os tribunais hierarquicamente inferiores, baseando-se, às vezes, em distinções inconsistentes, passam a afrontar diretamente os precedentes vinculantes das cortes superiores, mormente daqueles oriundos do Supremo Tribunal Federal, abarrotando aquele tribunal de casos de julgamento de reclamações, atravancando a sua função de corte constitucional, e transmudando-a para uma mera corte de apelação, visto que as reclamações acabavam sendo utilizadas como autêntico sucedâneo recursal, já que propostas antes mesmo da interposição de todos os recursos cabíveis.

Para solucionar e frear o fenômeno das reclamações em massa no STF e no STJ, foi necessária uma alteração, às pressas, do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105, de 16/3/2015, que ainda estava no período de *vacatio legis* -, por meio da Lei 13.256, de 4/2/2016, que alterou a redação original do art. 988, §5º, assim prescrevendo:

§ 5º É inadmissível a reclamação:

- I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;
- II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Dessa maneira, para que seja aviada a reclamação, além da violação do precedente judicial, é necessário o esgotamento das instâncias ordinárias, cabendo à parte interpor todos os recursos cabíveis e somente então, após esgotados todos os recursos permitidos na legislação processual, exsurge a possibilidade da propositura da reclamação.

¹²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

Saliente-se, por fim, que antes mesmo da alteração do novo Código de Processo Civil de 2015, a jurisprudência do STF e do STJ já possuía o firme entendimento pelo descabimento da reclamação sem o esgotamento das vias ordinárias¹³⁰.

4.2.3 *Overruling* e suas variantes

Ao lado das técnicas de aplicação e interpretação dos precedentes, temos os métodos de sua superação, que são tão importantes quanto.

Na verdade, os métodos de superação dos precedentes possuem uma relevância patente, na medida em que, como dito em tópicos anteriores, a sindicabilidade da norma de decisão inserida no precedente é bastante restrita, já que se trata de uma norma que já passou pelo crivo da interpretação, qualificando-se como norma criada jurisdicionalmente pronta e acabada, a qual pressupõe que todos os aspectos de sua interpretação e aplicação já foram analisados e concluídos sem necessidade de outra interpretação mais acurada pelo órgão judicial que está vinculado ao precedente.

Nesse contexto, quanto à superação dos precedentes judiciais, destacam-se os dois principais institutos oriundos do *Common Law*: o *overruling* e suas variações e o *overriding*.

¹³⁰ Por exemplo, temos os seguintes julgados tanto do STF, quanto do STJ, proferidos ainda sob a égide do CPC/1973:

“RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. [...]

III - A jurisprudência desta Corte é pacífica em asseverar que a reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo ou substitutivo de recurso, ajuizada diretamente no órgão máximo do Poder Judiciário. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 15.752 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 25/6/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS. [...]

2. O acórdão embargado, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pelos ora embargantes, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia e em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Justiça, no sentido da inviabilidade de utilização da reclamação, prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal e no art. 187 e seguintes do RISTJ, como sucedâneo do recurso cabível ou como meio de dirimir divergência jurisprudencial.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg na Rcl 18.093/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 11/12/2014).

Ocorre o chamado *overruling*¹³¹ quando um precedente deixa de ter força vinculante e é superado, sendo substituído (*overruled*) pelo próprio tribunal que o gerou por outro precedente, em virtude da superveniência de fatos e normas que tornem necessária a sua superação, e possui previsão expressa no art. 927, §4º, do Código de Processo Civil de 2015.

Tal superação do precedente vinculante pode se dar de forma explícita (ou expressa), ocorrendo o *express overruling*, no qual o tribunal justifica e resolve adotar um novo entendimento divergente do precedente anterior, abandonando a *ratio decidendi* da decisão anterior e fixando o efeito vinculante do novo precedente.

Por outro lado, o *overruling* também pode se dar de forma implícita ou tácita (*implied overruling*), no qual o tribunal altera o precedente anterior, numa nova posição que confronta com o precedente vinculante até então estabelecido, mas não o faz de forma expressa, mas implicitamente na nova decisão, deixando aos juízes hierarquicamente subordinados a tarefa de descobrir o novo precedente vinculante.

Importa também, de passagem, fazer menção à suposta técnica da *transformation*, que ocorreria nas hipóteses em que o tribunal ainda não se sentiria à vontade ou preparado para superar o precedente vinculante, em que pese reconhecer que ele seria ilegal ou inadequado, de modo que acaba por modificar o precedente, mas busca disfarçar a alteração tentando compatibilizar com o caso tratado nos autos, o que, evidentemente, não é razoavelmente possível.

Destaque-se que tanto o *implied overruling* quanto a técnica da *transformation* são métodos vedados no ordenamento brasileiro, porquanto impedem um diálogo claro e transparente entre o novo entendimento do tribunal e o precedente que se busca superar, de modo a não permitir que as partes e os demais juízes possam compreender com clareza se houve ou não o *overruling*, violando, por conseguinte, o disposto no art. 926 do novo Código de Processo Civil de 2015, que consagrou o dever de coerência como corolário da segurança jurídica, isonomia e do princípio da previsibilidade das decisões judiciais, como bem explicitou Fredie Didier Jr:

[...] Ocorre que a *transformation* apenas dificulta o trabalho dos outros tribunais e dos jurisdicionados que enfrentam uma complexa situação em que o tribunal modifica o precedente de forma incompatível com o anterior, mas mesmo assim tenta realizar a compatibilização. Assim, tanto o *implied overruling*, como a *transformation* são técnicas que ofendem o dever de coerência, decorrente do art. 926.

¹³¹ Que numa tradução livre significa “anulando”.

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; *ele impede alteração injustificada desse entendimento*. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.

Desta feita, ao contrário do que ocorre no *implied overruling* ou na *transformation*, no *overruling* expresso ocorre uma superação clara e justificada do precedente judicial, de modo a permitir às partes a possibilidade de participação na construção e conformação da decisão com caráter vinculante em face dos fatos postos em julgamento e os ditames constitucionais e normativos aplicáveis à espécie.

É de se frisar que, em verdade, o método do *overruling* se constitui na ferramenta que possibilita uma reação judicial ao decaimento da coerência do precedente tomada em sua dupla acepção. A dupla acepção da coerência do precedente é composta por: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica¹³².

Nessa toada, Marinoni bem explicita quando ocorre o decaimento da coerência social do precedente:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do common law exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração ou para a revogação de um precedente. É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais¹³³.

É de se frisar também os ensinamentos de Amílcar Araújo Carneiro Junior a respeito do tema:

É possível também que o julgador conclua pela necessidade de alteração ou de evitar a aplicação do precedente num caso concreto. É a chamada renovação, ou *overruling*, quando uma Corte superior revoga um precedente. Quanto mais antigo um precedente, mais difícil é que seja revogado, pois inúmeros negócios jurídicos podem ter sido celebrados sob a égide daquele precedente, surgindo direitos e obrigações dele decorrentes. Todavia, se há 'necessidade de mudança ou porque o juiz (a) considera agora que a norma

¹³² MITIDIÉRO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 206, p. 61-78, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_precedente_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_-_Revista_de_Processo_206?auto=download. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 252.

está errada; ou porque (b) ele considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada, então ocorre o *overruling* (WAMBIER, 2009, p. 127).

Não se podem descartar as consequências financeiras e contratuais decorrentes. Deve ser por isso que na Inglaterra o *overruling* é raro. Wambier (Ob. Cit. 2009, p.136) noticia informada em Cross e Haris que, desde 1966, a House of Lords exerceu o seu poder de revogar precedentes em 8 ocasiões, revogando precedentes de 80 anos (Dick) e de somente 01 ano (Shivpuri). Na Inglaterra, há possibilidade de os precedentes serem revogados por Estatutos (lei), quando não haverá retroatividade, assim como ocorre nos países do Civil Law. Já nos estados Unidos, a revogação dos precedentes possui efeitos retroativos, em regra, estabelecendo que a decisão que se revoga terá efeitos sobre as situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, abrangendo todas as que estão expostas à mesma *ratio decidendi*. Porém, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e à confiança depositada nos atos do Poder Judiciário, a Suprema Corte recentemente tem revogado precedentes com efeitos *ex nunc*, afetando somente casos futuros. A partir da data da decisão ou outra determinada, é que a decisão passa a surtir efeitos, mesmo sendo declarada a ilegitimidade do precedente. Pode-se dizer que o sistema norteamericano é mais flexível porque há casos em que '[...] a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto (MARINONI, 2011, p. 07)¹³⁴.

Destaque-se que na hipótese de o precedente perder sua dupla coerência, estará violando os princípios básicos que são sustentáculo do *stare decisis*, quais sejam, a segurança jurídica e a igualdade, impedindo sua legitimidade de reaplicação em casos futuros. Nessa circunstância, o tribunal necessitará proceder à superação do precedente. Ao referido teste de dupla coerência, a doutrina confere o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)¹³⁵.

Nesse contexto, tem-se que no Brasil o *overruling* pode ocorrer na forma difusa ou concentrada.

É possível a ocorrência de *overruling* difuso em todo processo que, sendo admitido pelo tribunal, possibilite a superação do precedente vinculante anteriormente firmado, sendo essa a situação mais comum no Brasil e tradicional no *Common Law*, permitindo ao jurisdicional influenciar diretamente na revisão da norma construída jurisdicionalmente.

¹³⁴ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a efetividade dos Direitos Fundamentais**. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2012. v. 3. p. 155.

¹³⁵ FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e *overruling* na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 252, fev. 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.252.17.PDF. Acesso em: 11 jul. 2019.

Noutra perspectiva, no Brasil encontramos algumas formas em que o *overruling* pode se dar de forma concentrada, instaurando-se um procedimento independente e específico que tem por finalidade a revisão do precedente judicial, com sua consequente superação.

Temos como exemplo de *overruling* concentrado, o pedido de revisão de tese fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, do CPC) e o pedido de revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante (art. 3º, da Lei 11.417/2006).

Nesse contexto, de outra banda, importa frisar que a construção jurisprudencial norte-americana da técnica do *overruling* gerou diversas variações, a depender das circunstâncias postas na superação do precedente, quais sejam, o *prospective overruling*, a superação antecipada (*anticipatory overruling*), superação parcial (*overriding*), e as decisões *per incuriam*. Variações essas que são amplamente utilizadas na instrumentação dos precedentes judiciais. Iniciemos a análise pela *prospective overruling*.

A essência do *prospective overruling* é de que a Suprema Corte tem o poder de estabelecer os parâmetros temporais e a forma dentro dos quais uma nova norma de decisão estabelecida em um caso que contrarie precedente judicial anterior deve operar. Tem por propósito evitar a reabertura de questões resolvidas e também prevenir a multiplicidade de processos, na verdade, isso significa que, em tese, nem todos precedentes anteriores à superação são invalidados¹³⁶.

Ademais, é possível também existir casos em que o Supremo Tribunal pode especificar a data em que a declaração entrará em vigor, não invalidando, portanto, as decisões tomadas antes dessa data.

O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes em que tratou dessa técnica de superação prospectiva, como os seguintes julgados:

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA . – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do

¹³⁶ KUMAR, M. V. Pratap. **Prospective Overruling**. Available in: <http://www.legalserviceindia.com/articles/prul.htm>. Access in: 11 jun. 2019.

Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina . Precedentes . – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento : data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

E M E N T A: AGRADO DE INSTRUMENTO – ATO DECISÓRIO QUE DECLARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO (PRESCRIÇÃO “IN CONCRETO”) – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA PROLATADA EM MOMENTO QUE PRECEDEU A CONSOLIDAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO CONCERNENTE AO CÔMPUTO DO LAPSO PRESCRICIONAL – REVISÃO SUBSTANCIAL, NA MATÉRIA, DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL – NOVO ENTENDIMENTO QUE CONFERE EFICÁCIA “EX TUNC”, PARA EFEITO DE PRESCRIÇÃO PENAL, AO JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONFIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – TÍPICA HIPÓTESE DE RUPTURA DE PARADIGMA – NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SITUAÇÕES QUE SE DESENVOLVERAM SOB A ÉGIDE DE ANTERIOR E MAIS FAVORÁVEL DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL – “PROSPECTIVE OVERRULING” – FUNÇÃO E IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRADO IMPROVIDO – CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE ORDEM DE “HABEAS CORPUS”.¹³⁷ (Destaques do original)

Interessante também mencionar trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes em seu voto de confirmação nos autos do aresto supratranscrito, que bem explicita a correta aplicação da técnica do *prospective overruling* no Brasil, tal qual vem sendo aplicado pela Suprema Corte Norte-Americana:

Vale mencionar, por oportuno, a título de mera ilustração, que também a prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem observado esse critério, fazendo-o incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que, até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal.

Refiro-me não só ao conhecido caso “Linkletter” – Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, como, ainda, a muitas outras decisões daquele Alto

¹³⁷ AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO 652.469 PARÁ, 26/09/2017, RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

Tribunal, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do “prospective overruling”, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo lembrar, dentre vários julgados, os seguintes: *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, 1971; *Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481, 1968; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 1964; *England v. State Bd. of Medical Examiners*, 375 U.S. 411, 1964; *City of Phoenix v. Kolodziejski*, 399 U.S. 204, 1970; *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701, 1969; *Allen v. State Bd. of Educ.*, 393 U.S. 544, 1969, v.g. . Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações já consolidadas no passado.

Dessa maneira, semelhantemente com o que ocorre na modulação dos efeitos das decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade, os princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança exigem que o Tribunal, ao realizar a superação dos precedentes, observem os direitos adquiridos e a confiança dos jurisdicionados depositados durante anos naquele precedente, de modo a preservar as situações jurídicas já constituídas sob a égide do entendimento firmado anteriormente, muito embora passe a considerá-lo inválido *pro futuro*.

Assim, quando o Tribunal modifica o seu entendimento por dever de coerência com as mudanças normativas e fáticas ocorridas supervenientemente, igualmente, por dever de coerência e segurança jurídica, deve manter as situações constituídas com fundamento no precedente anteriormente firmado.

Frise-se que, ademais, em vez de ser *pro futuro*, a substituição dos precedentes pode ser *ex tunc*, com eficácia para o passado, em que se denominará de *retrospective overruling*, circunstância em que o precedente substituído ficará impedido de ser aplicado até mesmo em relação a fatos pretéritos à substituição, que ainda estejam na pendência de serem analisados e julgados pelos tribunais.

De outra banda, como dito anteriormente, outra interessante variação do *overruling* é o *anticipatory overruling*, no qual os juízes verticalmente vinculados aos precedentes passam a, motivadamente, desconsiderá-lo, com fundamento em mudanças evidentes no direito ou nas circunstâncias fáticas que fundamentaram a *ratio decidendi* do precedente, na perspectiva futura de sua queda e superação pelo próprio Tribunal de onde emanou, que, por sua vez, embora sem dizê-lo expressamente, demonstra a possibilidade de uma alteração em sua interpretação relativamente ao precedente vinculante anteriormente firmado.

Conforme bem exemplificou Marinoni: “Exemplo típico disso se dá nas hipóteses em que um juízo monocrático ou tribunal inferior deixa de aplicar enunciado de súmula, quando o tribunal superior já deu sérias mostras de que está prestes a revogar ou cancelar súmula”¹³⁸.

Nesse contexto é que foi editado o artigo 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, que confere aos juízes a possibilidade de não observar o precedente vinculante a partir da indicação e fundamentação da perspectiva de sua superação.

Tal técnica e dispositivo internalizado por nosso Código de Processo Civil revela verdadeiro caráter argumentativo dos precedentes. É que a aplicação dos precedentes deve se dar por meio de uma construção lógico-argumentativa, e não meramente num raciocínio dedutivista, de modo que cabe ao juiz observar as suas nuances e contextos em que está sendo aplicado, bem como, as bases de sua *ratio decidendi*.

Pensar diferente implicaria anular a própria atividade racional do juiz hierarquicamente subordinado, que é justamente quem irá aferir a aplicação e a adequabilidade normativa do precedente vinculante ao caso concreto, possibilitando a oxigenação do sistema, mediante a apreciação de casos em que ocorra a *anticipatory overruling*.

Ressalte-se que, tendo em vista a previsão processual fixada no art. 927, do Código de Processo Civil, a absoluta maioria dos precedentes vinculantes emanam dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cuja via de acesso está assentada nos Recursos Especiais e Extraordinários em que a admissibilidade, por sua vez, está vinculada aos tribunais de origem¹³⁹, motivo pelo qual a aplicação dedutiva dos precedentes vinculantes por tais tribunais subordinados, sem a necessária construção argumentativa da aplicação, levará a um verdadeiro engessamento do sistema jurisprudencial, impedindo a sua evolução e modernização com o passar dos anos.

Nesse sentido, a aplicação da técnica do *anticipatory overruling* é de suma importância para um sistema de precedentes dinâmico, íntegro e coerente, adequado

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 418.

¹³⁹ Conforme, artigos 1.030, §2º; 1.035, §7º; 1.036, §3º; 1.037, §13, inciso II, do Código de Processo Civil.

e contextualizado aos anseios sociais e à quadra histórico-constitucional em que é aplicado, permitindo uma dialética constante entre juízes subordinados e tribunais, como forma participativa e deliberativa de construção de consensos e com a possível colaboração das partes envolvidas nos litígios.

Já o *overriding*¹⁴⁰, ou superação parcial dos precedentes, configura-se na técnica em que o tribunal limita o âmbito de incidência de um dado precedente, sem invalidá-lo por completo, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal, qualificando-se como uma espécie de revogação interpretativa parcial do precedente¹⁴¹.

Por outro lado, é de se registrar que ainda existe a chamada superação dos precedentes em face das decisões *per incuriam*, que são as decisões ou precedentes judiciais tomados com o desconhecimento de precedente vinculante ou lei que fixasse conclusão diversa daquela tomada pelo juiz ou tribunal. Vale dizer, os precedentes judiciais *per incuriam* não podem e não devem ser seguidos, e não possuem caráter vinculante, haja vista que gerados por meio da quebra do próprio sistema de precedentes, sem a observância, por desconhecimento, do precedente vinculante a respeito da matéria¹⁴².

Ademais, finalizando este tópico, é de se registrar que, para além das teorias norte-americanas adotadas a respeito da superação dos precedentes judiciais, é de se anotar que segundo a internacionalmente consagrada Teoria da Tridimensionalidade do Direito^{143/144} desenvolvida pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma, de modo que na gênese do precedente judicial o juiz, ao aferir os valores e as normas aplicáveis a determinado fato, está obviamente considerando os valores e as normas e os fatos inseridos na época e contexto social presente quando da prolação da decisão.

A toda evidência, em se alterando alguma das bases do direito legitimadora daquela decisão judicial que “criou a norma de decisão”, é inarredável a conclusão de

¹⁴⁰ Traduzido livremente significa “superando”.

¹⁴¹ BRAGA; DIDIER JR.; OIVEIRA, op. cit., p. 355.

¹⁴² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 146.

¹⁴³ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁴⁴ Segundo a teoria tridimensional, o Direito se compõe da conjugação harmônica dos três aspectos básicos e primordiais:

- a) o aspecto fático (fato), ou seja, o seu nicho social e histórico;
- b) o aspecto axiológico (valor), ou seja, os valores buscados pela sociedade, como a Justiça; e
- c) o aspecto normativo (norma), ou seja, o aspecto de ordenamento do Direito.

que o precedente judicial deixou de ser legitimado para a nova realidade social em que está inserido, motivo pelo qual, independentemente das técnicas americanas de superação, o precedente, enquanto norma, assim como a lei criada pelo Parlamento pode e deve ser revisado para conformar-se ao fato, valor e norma (regras e princípios) presentes no instante de sua aplicação, como decorrência lógica do caráter tridimensional do direito e da natureza de construção jurídico-argumentativa das decisões jurisdicionais no Estado Democrático Constitucional de Direito pós-moderno.

5 PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E O ENSAIO DE UMA HEGEMONIA POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

No bojo do estudo sobre os precedentes vinculantes na atual quadra histórica brasileira, faz-se necessária uma reflexão quanto às distinções e eventuais interferências recíprocas entre o direito e a política na atividade jurisdicional, mormente pelo fato de que, com a crise no Positivismo no direito brasileiro, o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, passa cada vez mais a realizar ingerências diuturnas na conformação da política nacional, ganhando força com a nova lógica dos precedentes vinculantes um verdadeiro ensaio de uma possível hegemonia do Poder Judiciário frente aos demais poderes.

Essa análise ganha relevância na medida em que os precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal aumentam a sua capacidade atingir e preordenar as

políticas públicas brasileiras, conduzindo, sob fundamento na concretização de diversos princípios de ordem moral que estariam implícitos na Constituição de 1988, a realização de ações administrativas estatais que estavam antes adstritas às esferas de outros poderes da República, em especial o Poder Executivo, além de protagonizar escolhas que interferem diretamente no governo e nos sistemas de poder no país, em fenômeno que a doutrina vem denominando de “judicialização da política”.

Tal fenômeno, a grosso modo, caracteriza-se pela submissão de temas de ordem política, sensíveis, de relevância nacional, à decisão do Supremo Tribunal Federal, tais como a questão do aborto, dos fetos anencefálicos e, mais recentemente, o debate sobre a criminalização da homofobia.

Tais decisões sociais que antes eram adstritas ao campo dos atores políticos tradicionais – Poder Legislativo e Executivo – passaram a buscar, cada vez mais, a atuação do Supremo Tribunal Federal e, porque não dizer, do Judiciário como um todo, ante o famigerado *deficit* de legitimidade da política tradicional.

Na atual quadra histórica, há uma indisfarçável incursão do Poder Judiciário no controle e direcionamento de políticas públicas, em especial o Supremo Tribunal Federal, o qual, sob a justificativa da necessidade de fazer face à chamada judicialização de massa aliada aos contornos do Neoconstitucionalismo, passou a ampliar seus poderes de emanção de decisões judiciais vinculantes *erga omnes*, buscando à primeira vista reduzir a quantidade de processos que atravancam os tribunais pátrios.

É bem verdade que a ampliação do acesso à justiça no final do século XX e início de século XXI no Brasil, veio como uma consequência do reconhecimento constitucional do necessário fortalecimento da cidadania, por meio da promoção de direitos pelo Poder Público, fortemente influenciada pela doutrina das ondas renovatórias de acesso à justiça desenvolvidos no projeto “Florença”¹⁴⁵,

¹⁴⁵ Júlia Pinto Ferreira Porto em dissertação de Mestrado sobre o tema, assim consignou: “o Projeto consistiu numa grande mobilização que reuniu pesquisadores de diversos ramos das ciências sociais, aplicadas ou não, para a realização de uma coleta de dados que envolvesse o sistema judicial dos países que participassem da pesquisa. Apesar de composto principalmente por países de economia desenvolvida, alguns do terceiro mundo também se fizeram presentes, chamando “[...] a atenção a ausência do Brasil no Florence Project, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando suas experiências no campo do acesso à Justiça”. JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, 1996. p. 2.

capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴⁶, na célebre obra “Acesso à justiça”.

Por outro lado, o Poder Judiciário normatizando a vida política nacional vem cada vez mais justificando suas posições em face da derrocada da legitimidade dos atores políticos ditos tradicionais oriundos das classes representativas do povo eleitos democraticamente.

Ocorre que tal ampliação de poderes somada ao Panprincipiologismo e à grande diversidade de conceitos jurídicos abertos existentes no sistema brasileiro criam um contexto social que acaba por conferir um verdadeiro Poder Político nunca antes visto aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Some-se a isso a grande exposição midiática dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que, ao contrário de outros tribunais alienígenas¹⁴⁷, realiza suas sessões de julgamento com ampla transmissão televisionada, devidamente replicadas nas redes sociais da internet.

A ampla exposição do Supremo Tribunal Federal, se por um lado revela uma faceta benéfica por conferir ampla publicidade dos seus julgamentos, por outro lado, cria efeitos colaterais, influenciando diretamente nas Decisões dos Ministros daquela Suprema Corte que, no mais das vezes, deixam de lado a atuação técnica e imparcial conforme o Direito, para se apegar no sentimento passional da opinião pública leiga manifestado nas redes sociais.

Vale dizer, há uma clara conotação política na maioria dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em que alguns ministros conduzem os seus votos conforme seja mais agradável às paixões populares do momento, preocupando-se mais com a sua imagem na manchete dos jornais e nas postagens do Facebook, do que com o direito propriamente discutido nos autos do processo, ficando a técnica jurídica relegada a uma situação de coadjuvante no julgamento.

Nesse diapasão, verifica-se que o respeito às normas do direito posto e às técnicas da melhor processualística, conquistadas a duras penas em tempos passados para que chegássemos a um Estado Democrático Constitucional de Direito, passam a ser meros instrumentos maleáveis ao bel prazer dos ministros, como se

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹⁴⁷ Como ocorre nos Estados Unidos de América, onde são proibidas as transmissões televisivas dos julgamentos da Suprema Corte.

fossem um cardápio do Panprincipiologismo, em que os julgadores escolhessem o melhor princípio implícito, ou conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, que sirvam para subsidiar os seus interesses jurídicos ou políticos a fim de agradar a opinião pública, no que poderíamos chamar de jurisprudência a “*la carte*”.

Melhor explicando esse conceito, jurisprudência a “*la carte*” se trata de uma jurisprudência no qual o Juiz já possui um entendimento pré-definido a respeito da questão posta em juízo e, afastando-se da Lei, busca no elenco de princípios e em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aqueles que melhor se encaixem na sua conveniência de ocasião a fim de conferir uma aparência de legitimidade da decisão tomada sob a justificativa aberta da ponderação na colisão de princípios.

Nesse sentido, assim leciona Lenio Luiz Streck:

[...] Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasiliis*, tudo estar a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer ‘sopesamento’, ‘balanceamento’, ou ‘ponderação’. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia construção da ‘regra da ponderação’. Na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasiliis* as ‘colisões de princípios’ são ‘solucionadas’ a partir de uma ponderação ‘direta’, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha jurisprudência de interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores) [...] Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada *ad nauseam* pela doutrina pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, no fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos [...] ¹⁴⁸.

Dessa maneira, a partir da ponderação de princípios como “álibi” teórico para justificar discricionarismos e axiologismos judiciais, vislumbra-se um quadro de temeridade em que o direito, a política e outros interesses de grupos econômicos se misturam e formam uma simbiose prejudicial para a legitimidade democrática dos precedentes judiciais vinculantes.

Por outro lado, com o fortalecimento do Constitucionalismo e do Poder Judiciário, como Poder absolutamente “técnico” e “imparcial”, desvelou uma força política enorme, na medida em que os juízes e tribunais podem utilizar técnicas de retórica e os princípios por demais abstratos para conferir um tom de plena legitimidade democrática, como se o seus pronunciamentos estivessem baseados e

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 135

fundamentados no sistema jurídico escolhido pelo povo, escondendo que aquela norma jurídica gerada surgiu exclusivamente do seu próprio senso abstrato e despótico de justiça.

Nessas hipóteses, em que o Poder Judiciário absorve reciprocamente a política, em uma indisfarçável busca de se tornar um poder hegemônico da nação, colocando-se como um poder “moderador” - como ente moralmente superior aos demais poderes -, assim como eram os reis na época do Absolutismo, gerando normas gerais e abstratas, por meios dos precedentes vinculantes, sem uma devida verificação de sua legitimidade democrática, acaba por flertar como o que se denomina de autocracia disfarçada de democracia.

As autocracias, nos termos do debate desenvolvido por *Montesquieu*, constituem-se em regimes despóticos, nos quais “um só, sem lei e sem regra, arrasta tudo por sua vontade e caprichos”¹⁴⁹. Nessa situação, a política e o direito são baseados em medo, configurando-se em circunstância de congelamento do sentimento individual de justiça, arrebatando a vontade dos “súditos”, conduzindo à “obediência extrema”.

5.1 DIREITO E POLÍTICA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

Na análise da conotação política das decisões emanadas do Poder Judiciário, importa rememorar à antiga e imbricada ligação entre direito e política, mormente porque se tratam de duas ciências sociais que coexistem, influenciam e se interpenetram diuturnamente nas constantes nuances da vida em sociedade, em especial nos tribunais superiores de onde provêm a maioria dos precedentes judiciais vinculantes.

Considerando a confluência de decisões de caráter jurídico/político tomadas pelos tribunais pátrios, a análise dessas duas facetas da atividade judicante pode ajudar a compreender o contexto em que as decisões de onde se originam os precedentes judiciais vinculantes se desenvolvem, em especial a apreciação mais acurada quanto à existência de conteúdo político nas decisões jurisdicionais.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 532.

5.1.1 Política enquanto atividade discursiva da autoridade estatal

A palavra “política” é originária do grego antigo escrito como *πολις*, que traduzida para o Latim, significa *civitas*¹⁵⁰, que por sua vez, remete a um modo de organização específico de uma dada comunidade, o que atualmente denominamos de Estado.

Desse modo, a política na Grécia antiga era a expressão designativa do que ocorreria no bojo das *civitas* ou comunidade, que era conduzida pelos “políticos”, que atuavam nas *civitas* e eram aqueles que exerciam atribuições de autoridade estabelecidas como integrantes da estrutura organizacional política daquela sociedade.

Dessa maneira, a palavra “política” no bojo das *civitas* indicava essencialmente a atividade e a emanção de discursos daqueles que exercem “autoridade oficial” na comunidade estatal.

Nessa perspectiva, a atuação política, em uma última análise, refere-se especificamente às ações e discursos proferidos com oficialidade por pessoas imbuídas de autoridade total ou parcial do Estado¹⁵¹, de modo que, a política se refere às ações globais, inclusive as falas, exercidas com oficialidade por pessoas imbuídas de autoridade estatal.

Ademais, Marcus Faro Castro acrescenta outro significado para a palavra “política”:

¹⁵⁰ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹⁵¹ Ademais, Marcus Faro de Castro também anota que a palavra política “designa ações e discursos não oficiais, mas tendentes a mudar a configuração atual das posições de autoridade no âmbito do Estado, os critérios normativos sobre os quais se apoia e suas consequências sociais, econômicas e culturais. Vale dizer: a palavra ou ação, que desafia os cânones substantivos ou procedimentais da política atual e tende a modificá-los, é também política. Neste último caso, portanto, “política” é qualquer ação ou fala que, mesmo ocorrendo no seio da sociedade (ou no âmbito das relações entre sociedades distintas, como é o caso das guerras contra inimigos estranhos à comunidade tomada como referência), tenha a intenção ou o potencial de impactar e mudar estruturas institucionais de um Estado e suas consequências sobre a vida social. CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 5.

[...] a palavra 'política', designa ações e discursos não oficiais, mas tendentes a mudar a configuração atual das disposições de autoridade no âmbito do Estado, os critérios normativos sobre os quais se apoia e suas consequências sociais, econômicas e culturais. Vale dizer: a palavra ou ação, que desafia os cânones substantivos ou procedimentais da política atual e tende a modificá-los, é também política. Neste último caso, portanto, 'política' é qualquer ação ou fala que, mesmo ocorrendo no seio da sociedade (ou no âmbito das relações entre sociedades distintas, como é o caso das regras contra inimigos estranhos à comunidade tomada como referência), tenha a intenção ou potencial de impactar e mudar as estruturas institucionais de um Estado e suas consequências sobre a vida social¹⁵².

Dessa maneira, a política, em si, não se resume apenas à atividade político-partidária, de modo que designa a atividade oficial ou não, de condução dos destinos e conformação político-administrativa do Estado e sua respectiva sociedade.

Assim, a atividade dos juizes ao proferir decisões judiciais, em sua gênese, possui uma essência política ao lado dos demais poderes do Estado, representando parcela da soberania estatal cujo enorme poder foi devidamente limitado, nas modernas balizas democráticas, à solução dos conflitos e à pacificação social.

Com isso, na Constituição de 1988, as ações genuínas de condução dos desígnios políticos da nação foram atribuídas ao povo, por meio de seus representantes eleitos, enquanto que aos juizes, especialmente no Brasil, optou-se por uma seleção eminentemente técnica, denotando, desde já, que ao Poder Judiciário não é dado atuar em caráter político, conduzindo políticas públicas e influenciando em seu favor e conveniência a opinião das massas, e muito menos transformar o poder judicante como autêntico poder legiferante e autocrático, visto que o direito e a jurisprudência são, em verdade, funções estatais de garantia, somente atuando em caso de violação de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, sem necessidade de ativismos e exibicionismos judiciais, muito embora, como veremos nos próximos tópicos, o direito e sua acepção enquanto *jurisprudência* e emancipação possam ser considerados como integrantes da política em sentido amplo, mormente quando analisado sob seus aspectos histórico-conceituais.

5.1.2 Direito como *jurisprudência* e o Direito enquanto emancipação

¹⁵² CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 5.

De outra banda, a palavra “direito”, pode ser analisado sob vários aspectos histórico-conceituais.

Muitas vezes, a palavra “direito” é veiculada de modo a expressar o conceito relativo ao termo latino “*jurisprudencia*”, que vem a ser designado por Marcus Faro Castro como sendo:

[...] um conjunto de práticas intelectuais e institucionais, desenvolvidas a partir da segunda metade da era republicana, mediante as quais uma autoridade do Estado – o pretor – frequentemente agia no sentido de modificar o costume tradicional em situações nas quais antigas regras costumeiras geravam conflitos entre cidadãos. Tais práticas e várias ideias normativas que iam sendo geradas e institucionalizadas por meio delas (por exemplo, *a usucapio*, *accessio*, *mutuum*, *mandatarum*, *res mancipi* etc.) foram, ao longo do tempo modificando paulatinamente o costume ancestral romano e sendo articuladas em uma tradição que se tornou milenar¹⁵³.

A essa atuação dos “pretos” na criação do Direito Romano enquanto “*jurisprudencia*” deve ser acrescentada a contribuição das elocubrações de sofistas e filósofos gregos, porquanto o conteúdo da *jurisprudencia* resultou do trabalho cumulativo dos pretos e a absorção das opiniões provenientes dos intelectuais aristocráticos, mais conhecidos como jurisconsultos.

Como resultado dessa atividade dualística de criação do direito, a *jurisprudencia* romana gerou novas referências normativas com base no entendimento do pretor com a contribuição intelectual dos jurisconsultos, o que inovou e impulsionou alterações em favor do projeto político escolhido pela sociedade política de Roma, que acabou por se transformar num vasto império que dominou desde a península itálica até o norte da África, não tendo como deixar de se reconhecer o papel fundamental do Direito, enquanto *jurisprudencia*, no êxito dessa característica expansionista.

Com o advento da Idade Média, o “Direito” Romano foi aos poucos sendo internalizado e apropriado juntamente com os elementos provenientes das tradições bárbaras de tribos germânicas, para ser utilizado por toda a Europa continental, sendo empregado por líderes políticos para a consecução de determinados interesses numa estratégia de dominação, com a aplicação de discurso modulado pela dialética, por

¹⁵³ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 6.

vezes marcado pela retórica, todavia permitindo o exercício de certo controle prático dos processos sociais.

Já na Inglaterra, para além dos costumes pré-existentes na ilha, o Direito passou a se projetar como um sistema resultante de um trabalho repetitivo e cumulativo dos tribunais criados em decorrência das determinações da corte do rei (*cúria regia*) em seguida à invasão normanda, que ocorreu no Século XI.

Com efeito, o direito, na perspectiva de ser uma *jurisprudéntia*, não se resumiu às definições desenvolvidas no Direito Romano, mas também seus parâmetros abstratos e suas subsequentes alterações e influências referenciadas em sistemas institucionais diversos, e suas respectivas adaptações, por exemplo, o *Common Law*, o Direito Canônico e o Direito dos Comerciantes (“Direito Comercial”)¹⁵⁴.

Por outro lado, o direito também pode ser compreendido no seu sentido de “emancipação”, de acordo com uma ideia normativa de fortalecimento do cidadão em relação aos seus pares e também frente aos poderes do Estado no que se convencionou denominar de direitos subjetivos, como bem assinala Marcus Faro Castro:

Em outro sentido, a palavra “direito” designa não um conjunto de práticas intelectuais e institucionais, mas sim um referencial normativo abrangente, advindo de um novo fundamento geral dado ao pensamento sobre a política e sobre o direito, a partir do século XVII na Europa. Trata-se da ideia normativa, de caráter genérico e abstrato que muitos juristas chamam “direito subjetivo”. Essa ideia resulta de controvérsias e debates filosóficos travados na Europa desde o século XIV, que evoluíram e convergiram para favorecer o florescimento da filosofia do direito natural nos séculos XVII e XVIII. [...] Na acepção contida na expressão ‘direito subjetivo’, o conteúdo semântico da palavra ‘direito’ remete a ideias normativas que vieram a caracterizar, nos campos da filosofia política e do direito, a estruturação moral da individualidade, entendida como radical abstração [...]”¹⁵⁵.

Essa configuração geral e abstrata das liberdades individuais que delineiam o direito como “emancipação”, revela uma faceta do conteúdo normativo que intensifica

¹⁵⁴ Sobre a comparação entre o desenvolvimento do *Common Law* e o Direito Civil Romano Clássico, observa Schiavone: “O que costumamos chamar de ‘direito romano’ [...] [foi] um ‘direito consuetudinário vivente’, de estrutura casuística, orientado pelos especialistas; muito mais parecido, em sua configuração madura, com o moderno direito inglês e (em certos aspectos) com o estadunidense [...] do que com o direito francês posterior à codificação napoleônica, ou o direito italiano após o código de 1865”. SCHIAVONE, Aldo. **Ius**: la invención del derecho en occidente, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012. p. 48.

¹⁵⁵ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 7.

o seu caráter político de defesa contra quaisquer práticas opressoras, sendo permeada de sentidos que veiculam a concretização da individualidade libertária que foi logo internalizada em direitos fundamentais no texto das constituições, oriundas de declarações solenes de direitos como, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão escrito na França no ano de 1789, como símbolo maior da Revolução Francesa¹⁵⁶.

5.1.3 Direito como integrante da política

Todo o debate sobre os contornos de significância e conceitos de direito e da política explicitados até este ponto conduzem para a inarredável conclusão de que o direito, *lato sensu*, pode ser considerado como parte integrante da política.

Como um complexo de atividades fenomênicas e contextuais presentes intrinsecamente na sociedade civilizada, o direito não se encontra numa “bolha” isolada. Ao revés, o direito sempre pertence a um sistema político capitaneado a algum fim de dominação social presente na “*civitas*”¹⁵⁷, de modo que se vincula fundamentalmente a um projeto político, conformando ou alterando a estrutura social, sobretudo quando tomado na nova dimensão dos precedentes vinculantes com emanção de verdadeiras normas abstratas.

A figura do juiz, sobretudo os juízes das cortes constitucionais, interferem inequivocamente de forma decisiva na vida da sociedade e em todas as atividades estatais.

Como bem esclarece Marcus Faro Castro:

[...] Os juízes (e juízas), figuras modelares dos juristas, destilam e fixam os conteúdos que constituem o direito, alteram pactos celebrados entre outros indivíduos ou entre grupos sociais e organizações, criam exceções para regras postas, estipulam a existência e modulam o alcance prático de princípios normativos gerais, convalidam ou invalidam a boa-fé declarada, interditam ou liberam atividades e espaços, desmancham e refazem famílias, admitem ou inviabilizam a recuperação financeira de empresas, estruturam as filigranas normativas sobre condutas que devam ser tidas como válidas na comunidade política, restringem a liberdade de alguns e dão-na a outros, chancelam ou vetam, no todo ou em parte, ações de autoridades do Estado.

¹⁵⁶ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 10.

¹⁵⁷ Do grego *πολις*.

Por todos esses meios, os juízes e juízas, coadjuvados por advogados dos setores público e privado, atuam no sentido de sedimentar, ou reformar, as normas da comunidade política e suas projeções em instituições vivas. Esses indivíduos são agentes da comunidade política, ou seja, são autoridades da πολις. Portanto, é correto dizer que o direito tem, sim, caráter político. Nesse sentido, é também político o processo judicial, que distribui a justiça: ocorre como parte das atividades que dão vida, seiva e coesão interna à πολις¹⁵⁸.

Nessa senda, a atividade judicial como autêntica atividade discursiva de emanção da soberania estatal constitui, ao lado da atividade política, uma legítima emanção da autoridade estatal, quando exercida com base nos parâmetros democraticamente estabelecidos, revelando-se, nessa situação mais razoável, como fator de coexistência sobreposta com a política, como um veículo de autocontenção social e revelador de transformações que servem para conduzir a sociedade para a pacificação social, buscando tornar a sociedade mais justa.

Nesse contexto, a inter-relação entre sistemas judiciais, leis e políticas públicas se configura como um dado eminentemente dinâmico que muda constantemente. O nível em que os tribunais ingressam e tomam parte na política ou na criação social da legislação, ou até que ponto as disputas políticas e sociais podem ser solucionadas por meio de recurso legal, varia muito de país para país e também ao longo do tempo.

Dessa forma, com a ampliação do acesso à justiça no Brasil, são múltiplas as portas para se invocar a lei e recorrer aos acessos formais legais de resolução de conflitos, direitos, garantias e interferências em políticas públicas, mormente considerando o princípio da atipicidade das ações vigente no sistema processual civil pátrio, o que abre várias possibilidades de atuação do Judiciário em praticamente todos os pontos da vida cotidiana do cidadão, gerando uma imbricada rede de contatos entre a política e o direito.

Dessa maneira, na atual quadra histórica, é de se constatar que ocorre uma forte tendência de judicialização geral da política¹⁵⁹, sobretudo na América Latina, por intermédio da qual a dimensão jurídica está se tornando dominante tanto no plano político do debate em praticamente todos estados democráticos modernos e nas

¹⁵⁸ CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: teoria geral e filosofia do direito. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019. p. 14

¹⁵⁹ DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. **Democratization**, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>. Access in: 11 jul. 2019.

maneiras pelas quais a sociedade civil se mobiliza ao redor de necessidades e preocupações.

O crescente papel legiferante dos tribunais, sobretudo quando verificado à luz dos precedentes judiciais vinculantes, reflete a complexidade governamental, na medida em que o Estado-Juiz intervém nas esferas mais amplas das atividades sociais e econômicas.

De acordo com Cappelletti¹⁶⁰, urbanização, avanços e modernidade acabaram por gerar uma sociedade de informação com alto grau de complexidade sujeita a constantes externalidades e potenciais conflitos no bojo da sociedade, e entre essa e o Estado.

O Estado moderno foi ampliado não apenas em relação à legislação, mas igualmente em termos de administração. Isso levou à expansão da função de revisão judicial (*judicial review*), em que o Judiciário passou a interferir diretamente na condução das políticas públicas com base, principalmente, em suposta busca pela concretização dos princípios constitucionais, consolidando-se em uma verdadeira judicialização da política, como bem alertou Domingo Pilar:

Em suma, uma miríade de fatores converge de maneiras complexas para o que pode ser denominado processo geral de judicialização da política e da sociedade. Parece que esta é uma consequência inevitável da expansão e desenvolvimento do Estado moderno organizado em torno e premissa princípios democráticos do Estado de direito e direitos.

Assim, a judicialização da política é entendida como, primeiro, o processo de que há um aumento no impacto das decisões judiciais sobre questões políticas e processos sociais. Em segundo lugar, refere-se ao processo pelo qual o conflito é cada vez mais resolvido ao nível dos tribunais. Terceiro, em um nível discursivo, a judicialização da política reflete o grau em que legitimidade do regime é cada vez mais construída sobre a percepção pública de a capacidade e credibilidade do Estado em termos de cumprimento do estado de direito, e proteção de direitos. Finalmente, refere-se também à tendência crescente por diferentes atores políticos e grupos dentro da sociedade para usar a lei e mecanismos legais mobilizar em torno de políticas específicas, interesses sociais e econômicos e demandas.

A judicialização da política sugere que várias interações processos estão ocorrendo. Juízes estão se tornando mais envolvidos na lei fazer. Além disso, eles estão dispostos a desempenhar o papel de política e social corretores. As elites políticas estão permitindo que isso aconteça, e de fato pode ser facilitando isso através da aprovação de reformas que ampliem o escopo do poderes dos tribunais. Os políticos vêem alguma vantagem em passar para o tribunais o tratamento de questões politicamente divisivas (embora isto não seja uma processo livre). A expansão do litígio e a incursão da atividade legal na política e burocracia estatal são um corolário do estado

¹⁶⁰ DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. **Democratization**, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>. Access in: 11 jul. 2019.

e democrática desenvolvimento nas sociedades modernas, que é improvável que seja revertida [...] ¹⁶¹.

Essa tendência, se por um lado reflete um estágio de avanço das democracias modernas, por outro, caracteriza certa temeridade de formação de autocracia - assim como descreveu Rousseau - do Poder Judiciário, que passa a ser ele mesmo o autor, intérprete e limitador das normas essenciais (constitucionais) do Estado Democrático de Direito, principalmente quando os juízes se sentem à vontade para influenciar a opinião pública, por meio de retórica e marketing.

A politicagem e exibicionismo não podem fazer parte do Judiciário, que deve permanecer equidistante das decisões políticas decididas democraticamente pelo povo enquanto nação.

Tal problemática é intensificada na medida em que os juízes ganham poderes normativos de edição de precedentes vinculantes, a partir de uma nova lógica dos precedentes judiciais com a recepção do *Common Law* no Brasil, em especial porque existe uma nova onda denominada de politização do Judiciário nas jovens democracias da América Latina que pode gerar distorções na atuação judicial, conforme explica Pilar Domingo:

A América ainda é o produto de um passado iliberal não muito distante, e há razão para ser cauteloso sobre sua susceptibilidade potencial para práticas passadas de improbidade judicial. É isso que deu origem à preocupação do que também temos testemunhando como uma *politização* do judiciário ¹⁶².

Dessa maneira, o Judiciário acaba se colocando numa temerosa função de braço político-ideológico ou como o próprio protagonista das influências de modificação e difusão de opiniões da sociedade, sob o escudo de uma falsa institucionalidade, legalidade e imparcialidade no discurso judicial, sob uma indisfarçável busca pelo Poder, com base na abertura interpretativa generosamente ofertada pelos princípios e cláusulas abertas, permitindo, portanto, que a discricionariedade judicial facilite cada vez maior politização do Judiciário.

¹⁶¹ DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. **Democratization**, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>. Access in: 11 jul. 2019.

¹⁶² DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. **Democratization**, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>. Access in: 11 jul. 2019.

Destarte, considerando essa perspectiva, importante refletir sobre a hermenêutica e a discricionariedade nos precedentes judiciais, como uma das formas de aferir a própria legitimidade democrática das decisões judiciais geradoras de precedentes vinculantes.

5.2 HERMENÊUTICA, DECISIONISMO E ISONOMIA NOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como debatido anteriormente neste trabalho, os precedentes judiciais nada mais são que “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”¹⁶³. Vale dizer, são entendimentos jurisprudencialmente firmados pelos juízes que servem de exemplo de raciocínio e de norte para futuras decisões deles mesmos ou de juízes distintos.

MacCormick e Summers conceituam e explicam o caráter de racionalidade dos precedentes: “Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana”¹⁶⁴.

Os precedentes judiciais revelam, de fato, um elemento fundamental da própria racionalidade humana, cujo agir sempre se verifica em face do aprendizado e memorização de soluções tomadas numa construção gradual de conhecimento.

Aristóteles, em sua *Metafísica*, já bem explicava a importância da experiência na construção do saber:

É da memória que deriva aos homens a experiência, pois as recordações repetidas da mesma coisa produzem o efeito duma única experiência, e a experiência quase se parece com ciência e arte. Na realidade, porém, a ciência e a arte vêm aos homens por intermédio da experiência, porque a experiência, como afirma Polos, e bem criou a arte, e a inexperiência, o acaso. E a arte aparece quando, de um complexo de noções experimentadas, se exprime o único juízo universal dos (casos) semelhantes. Com efeito, ter a noção de que a Cálias, atingido de tal doença, tal remédio deu alívio, e a Sócrates também, e, da mesma maneira, a outros tomados singularmente, é da experiência; [...]¹⁶⁵.

¹⁶³ MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997. p. 552.

¹⁶⁴ MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997. p. 551.

¹⁶⁵ ARISTÓTELES. *Metafísica (Livro I e II)*. Tradução direta do grego por Vincenzo Coeco. Notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril, 1979. (Os Pensadores). p. 1.

Dessa forma, o estudo da teoria dos precedentes judiciais perpassa invariavelmente pela análise da racionalidade de suas bases fundantes. Trata-se de um autêntico exercício de racionalidade, no qual o juiz justifica a sua razão de decidir com base em decisões anteriores sobre casos semelhantes ou cujo entendimento pode ser analogicamente aplicado, fixando premissas lógico-argumentativas.

A decisão judicial, para ter um mínimo de justificação e aplicabilidade, está submetida a variadas nuances postas entre o direito positivo e a razão prática, devendo buscar uma racionalidade e um “mínimo irreduzível” de base legal e constitucional, como forma de resguardar a sua própria legitimidade, justificando e gerando uma conformação social de aceitabilidade das conclusões.

O estudo dos precedentes vinculantes oriundos das Cortes Constitucionais ou de um direito jurisprudencial não pode perder de vista a compreensão do caráter do direito como uma “prática social” de natureza hermenêutica, em que se depura o espírito do agir humanamente num contexto de sociedade, cuja gênese da norma abrange a própria interpretação e aplicação do direito posto, consoante balizas pressupostas.

Nos dizeres de Dworkin, a atividade judicial é um processo argumentativo e construtivo, não estando restrito a simples mecanicidades dedutivistas que permeiam parte das vertentes juspositivistas.

Não é por acaso, que o jurista italiano Gustavo Zagrebelsky inicia sua obra sobre o caráter fluido do direito e a ductilidade constitucional com a seguinte conclusão: “O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto”¹⁶⁶.

Vale dizer, o direito positivado, ainda que traga algum tipo de segurança e previsibilidade, não pode ser aplicado pelo juiz unicamente sob a ótica meramente literal - apesar de uma aparente unicidade de significados da norma escrita - sempre necessitando, ainda que sob um viés puramente semântico, da hermenêutica em sua aplicação, considerando-se, ainda, a importância da linguagem no sentido e alcance das normas jurídicas.

Nesse contexto, Ludwig Wittgenstein, em suas Investigações Filosóficas, ao discorrer sobre o pensamento de Santo Agostinho, na sua obra “Confissões”, assim

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: Leys, derechos, justicia. Madrid: Trota, 2003.

explicitou a importância da linguagem, ao fim de permitir que fosse conferido um sentido lógico e justificado às proposições:

[...] as palavras da linguagem denominam objetos – frases são ligações de tais denominações. – Nesta imagem da linguagem encontramos as raízes da ideia: cada palavra tem um significado. Esta significação é agregada à palavra. É o objeto que a palavra substitui¹⁶⁷.

Desta feita, nota-se que a hermenêutica constitucional e o estudo das proposições lógicas oriundas dos precedentes vinculantes das Cortes Constitucionais ganham um especial destaque, no bojo do fortalecimento da jurisdição constitucional e do exame da teoria da constituição, com ênfase na dimensão filosófica da análise das decisões vinculantes, cuja sindicabilidade, ao contrário do que ocorre com as normas oriundas do Parlamento, como se verá, é bastante restrita.

Assim, a verificação dos precedentes vinculantes, por meio das técnicas de hermenêutica, é medida que se impõe, a fim de permitir uma correta interpretação da demanda posta em juízo e sua amplitude de aplicação aos demais conflitos.

A hermenêutica, enquanto arte de interpretação, extração e aplicação da significação relacional historicamente abalizada de um texto - em termos sintéticos - revela a necessidade de se buscar o âmago ontológico de compreensão da vertente atualizada do sentido e o alcance da obra a ser compreendida.

Thomas da Rosa de Bustamante bem explicita a tarefa do aplicador do direito na interpretação dos precedentes judiciais:

A atividade do aplicador do Direito, nesse terreno, é uma atividade reconstrutiva, uma atividade de interpretação das decisões judiciais para o fim de aplicá-las como precedentes na solução de casos futuros.(...) Quando passamos da análise reconstrutiva das decisões judiciais – para delas extrair normas – para o problema da determinação do peso das normas jurisprudenciais na argumentação jurídica já não estamos apenas descrevendo ou reconstruindo as premissas normativas de uma decisão já tomada por uma autoridade judicial, mas nos encontramos diante da necessidade de decidir acerca da força argumentativa que deve ser atribuída à *ratio decidendi* que pretendemos utilizar como um elemento de justificação de um caso ainda não solucionado¹⁶⁸.

¹⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução e apresentação José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. p. 27.

¹⁶⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 329.

A doutrina jusfilosófica há muito vem ensinando que é dada ao intérprete, para que esse possa verdadeiramente compreender a obra estudada, a missão de ultrapassar a relação de interpretação descritiva do esquema “sujeito-objeto”, devendo, para, além disso, extrair do texto, significativamente, a experiência revelada pela obra interpretada, de modo a permitir ser impactado e ter sua compreensão de mundo modificada a partir do texto compreendido.

Dessa forma, é necessário que o intérprete proceda à análise do precedente vinculante com historicidade e busque imergir sua própria compreensão na obra, trazendo-a para a realidade contextual na qual o intérprete está inserido. Vale dizer que a experiência hermenêutica compreende o que é dito à luz do presente, de modo que toda interpretação verdadeira implica uma aplicação ao presente, não podendo se limitar ao contexto de seu horizonte histórico e tal concepção está intrinsecamente ligada à chamada mutação constitucional.

Nesse diapasão, é de se considerar que o Positivismo em sua vertente ideológica, em que há uma interpretação puramente descritiva e cientificamente abstraída na qual o sujeito busca uma neutralidade do texto estudado, encontra uma flagrante dificuldade em solucionar questões envolvendo as novas relações sociais, mormente aquelas veiculadas nos precedentes judiciais.

Tal dificuldade de aplicação às novas relações sociais se dá justamente em face da distância estabelecida entre sujeito e objeto por essa corrente doutrinária, que se esquecendo que interpretar é um fenômeno histórico e de experiência, acaba engessando a interpretação ao horizonte neutro e frio da descrição textual.

Importa destacar que Gadamer¹⁶⁹ bem demonstra que a experiência hermenêutica da interpretação vai muito além da simples descrição ou da verificação empírica. Conforme ensinado por ele, a hermenêutica é um evento fundado numa autocompreensão do intérprete imerso num mundo partilhado, superando-se, portanto, como dito alhures, o esquema sujeito-objeto.

Dessa maneira, sobre este Positivismo “primevo ou primitivo”, verifica-se que suas perspectivas para aplicação às novas relações sociais acabam por ser bastante reduzidas, porquanto, de certo modo, impede que o intérprete se relacione de forma íntima e próxima ao texto estudado.

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998. p. 125.

Contudo, centrando-se aqui no debate sobre o Positivismo jurídico, como sabido, existem outras vertentes do Positivismo, como bem observado na obra de Norberto Bobbio, na qual se explicita a existência das correntes do Positivismo Teórico e do Positivismo Metodológico ou Conceitual.

Conforme exposto por Bobbio, o Positivismo enquanto teoria observa a estrutura do ordenamento jurídico e do arcabouço teórico para a sua compreensão. Já o Positivismo metodológico ou conceitual tem por característica

[...] que o direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas, sim conforme propriedades descritivas. As proposições utilizadas pelos juristas para descrever o direito não implicam juízos valorativos. Ao contrário, elas estão fundadas apenas em critérios de verificação observáveis empiricamente¹⁷⁰.

Por outro lado, alguns autores apontam que ainda têm surgido novas formas de Positivismo, como é o caso do Positivismo Inclusivo e do Positivismo Exclusivo, consoante se depreende dos estudos de Jules Coleman, que analisou a vertente inclusiva e da obra de Joseph Raz, que é considerado o representante contemporâneo mais emblemático do Positivismo Exclusivo.

Seja qual for a corrente estudada, umas com mais intensidade do esquema “sujeito-objeto” e outras com menos, o fato é que o Positivismo aplicado às novas relações sociais acaba por perder eficácia argumentativa, em especial quando verificado em face dos precedentes judiciais nos quais há uma dinâmica de adaptação recíproca entre a lide posta e o que o juiz entende como solução adequada ao caso concreto.

É que apesar do Positivismo, em tese, ter uma forma de modificar o seu entendimento em face das novas relações sociais, conforme a observância empírica dos novos fenômenos, numa perspectiva hermenêutica, não haveria como essa aplicação se dar de forma verdadeira, porquanto à luz da hermenêutica filosófica, somente uma análise histórica e com autocompreensão do objeto a ser compreendido levaria a um significado correto do evento.

Saliente-se que tentativa de “ajustes” ao Positivismo a fim de possibilitar a sua aplicabilidade dialética e por meio de concessão de discricionariedade ao intérprete, como ocorre no Positivismo conceitual, acaba por desnaturar a essência de tal

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2015. p. 142

corrente jusfilosófica, de modo que há, na verdade, uma busca de uma nova teoria hermenêutica que subsidie a superação do esquema interpretativo clássico.

Numa perspectiva jusfilosófica, a hermenêutica, enquanto ciência da interpretação, clarifica-se como ponto fundamental da evolução da compreensão dos precedentes, mormente em relação à nova tônica dos precedentes judiciais vinculantes no direito pátrio.

São perceptíveis uma intensificação e um aprimoramento das técnicas hermenêuticas, sobretudo com a verificação da real importância da linguagem na construção da compreensão, superando-se as velhas técnicas descritivas, com foco na relação de historicidade aplicável antecipadamente ao horizonte possível de interpretação, conferindo parâmetros de início e fim da tarefa de compreensão.

Destarte, considera-se que uma importante perspectiva sobre a hermenêutica nos próximos anos perpassa a lógica demonstrada por Gadamer, que assim explicitou:

A dialética da pergunta e da resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente o que caracteriza esse tipo de consciência chamado consciência da história efetual. Isso porque a dialética de pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca semelhante à relação dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria tu. Somos só nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas refere, por sua vez, como pergunta à resposta latente do texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete.”¹⁷¹

A *alteridade* sugerida por Gadamer, e de acordo com sua obra, desvela uma verificação cíclica da interpretação, mormente quando considerado que o exercício interpretativo de pergunta e resposta está imanente ao objeto interpretado.

A despeito de toda essa teoria hermenêutica e da elevação de sua importância, é de se constatar que cada vez mais tem-se buscado - e tal situação deve se intensificar - a tentativa da absorção de métodos, para fins de avaliação e controle do intérprete, consoante a dinâmica social globalizada e mediante “o modo de pensar

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**: fundamentos de una hermenêutica filosófica. Traducción por Ana Agud Aparicio, Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991. p. 486.

tecnológico moderno e a vontade de poder que está na sua base”, e isso, por óbvio, possui implicações profundas na interpretação dos precedentes judiciais vinculantes.

Conforme explicitado na doutrina jusfilosófica, a adoção do método é a antítese da abertura conferida pela experiência hermenêutica, de modo que nos próximos anos caberá aos hermeneutas fazer frente a essa circunstância, com o propósito de permitir que a interpretação possua os devidos contornos de historicidade, evitando empobrecer a interpretação.

É de se destacar que, como qualquer decisão judicial, os precedentes vinculantes, em especial aqueles originários das Cortes Constitucionais, estão sujeitos, como está sujeito o próprio texto da Constituição, às fortes influências dos “fatores reais de poder”, mormente em face das diversas dimensões em que se manifestam os citados precedentes sem seu caráter geral, abstrato e normativo.

Vale dizer que os precedentes vinculantes oriundos dos tribunais constitucionais, no seu bojo de justificação, como consequência ou decorrência lógica da própria força normativa da Constituição intensificada no chamado pós-Positivismo, podem revelar conduções políticas, econômicas e sociais do poder majoritário.

Nesse pórtico, Ferdinand Lassalle, em sua famosa conferência sobre “Que é uma constituição?”, assim explicou o que seriam tais fatores, que ausentes, relegariam a constituição como sendo um mero pedaço de papel: “Os fatores reais de poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substancia, a não ser tal como elas são”¹⁷².

Por outro lado, Konrad Hesse, contrapondo-se a esta lógica de Lassalle, assim afirmou:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”¹⁷³

¹⁷² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8

¹⁷³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 12

Com isso, de acordo com Hesse, a Constituição não seria um mero documento de consolidação das forças de poder dominantes, mas sim seria uma força ativa e eficaz de conformação da sociedade e poderia possuir até mesmo normas de cunho contramajoritário e proteção de minorias. Daí que os precedentes da jurisdição constitucional, aqui empregados no seu sentido vinculante-normativo, podem ser instrumentos por excelência dessa força normativa da constituição, na medida em que são provenientes do principal intérprete e guardião das Constituições que são as cortes constitucionais.

Tal contexto revela uma problemática ínsita às decisões judiciais, que ganha um maior grau de complexidade quando tais decisões possuem caráter *erga omnes* e vinculante e são provenientes dos tribunais constitucionais, qual seja a questão da discricionariedade.

É sabido que no estudo do poder constituinte, o tribunal constitucional é considerado como uma das manifestações do poder constituinte derivado, na medida em que na sua função superior de interpretação, aplicação e guarda da constituição, acaba de alguma maneira gerando os contornos concretos do texto constitucional.

Vale dizer que o tribunal constitucional é a principal voz ativa da constituição, sendo o órgão que possui a última palavra sobre a compatibilidade das normas com a Constituição e nesse exercício detém a legitimidade interpretativa em processo objetivo das normas constitucionais, podendo, inclusive, gerar um processo de evolução para dar adequabilidade das normas constitucionais aos valores sociais consensuais em determinada época, como ocorre, por exemplo, com a denominada mutação constitucional.

Nessa seara, portanto, é de se rememorar que o Poder Judiciário participa sim da criação do direito. Nos dizeres de Recaséns Siches, citado por Gilmar Ferreira Mendes: “O processo de criação ou de produção da ordem jurídica positiva vai desde o ato constituinte, através da Constituição, das leis, dos regulamentos, etc..., até a norma individualizada na sentença judicial [...]. Uma norma jurídica é aquilo que ela faz”¹⁷⁴.

No Brasil, em especial, o Supremo Tribunal Federal, além do papel de corte constitucional, desempenha um papel de tribunal recursal, o que levou a doutrina a classificá-lo como tribunal constitucional e não como corte constitucional, porquanto

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Matires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

não restringe sua atuação à interpretação e guarda da constituição, mas também atua como última instância judiciária, em face do grande número de institutos recursais que permitem que casos de interesse infraconstitucional sejam por ele solucionados, além de outras competências originárias que nada têm a ver com a guarda da Constituição.

Ao contrário do que possa parecer, o fato de o Supremo Tribunal Federal ser considerado um tribunal constitucional, para além de um interesse meramente terminológico, revela um fator de grande concentração de poder.

É que, ao lado de decidir questões constitucionais, de direitos fundamentais e estruturação do Estado, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, sob o manto da força normativa da Constituição e do famigerado *deficit* de representatividade democrática dos agentes políticos tradicionais, passa a decidir questões nitidamente de condução da vida política e social da nação, inclusive, - o que é mais preocupante - em decisões proferidas em processos subjetivos, com interesse *inter pars*, mas com força normativa *erga omnes*.

É de se imaginar o quão problemático seria para o Estado Democrático de Direito conferir a um pequeno colegiado de pessoas escolhido sem o voto popular com finalidade eminentemente técnica de resguardar a constituição, numa seleção eminentemente política, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, a atribuição despótica de ditar as prioridades políticas, sociais e o rumo da nação mediante atuação judicial discricionária e edição de normas vinculantes *ex officio*.

Nesse passo, é imperioso destacar a necessária responsabilidade, motivação e fundamentação técnica, e o “sentimento” de constituição, a que devem estar submetidas as decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo a impedir arbitrariedades.

Carlos Aurélio Mota de Souza ao discorrer sobre a questão dos deveres funcionais do magistrado leciona que:

Na verdade, pretende-se muito mais do juiz, como guardião dos interesses privados e públicos, único a dizer a última palavra sobre o direito, como dever institucional de que está privativamente investido. Exige-se, além da imparcialidade, apanágio de sua função, o dever de legalidade, a incorruptibilidade e a obrigação moral de ditar a sentença [...] ou declarar porque não pode prover no mérito [...], sendo-lhe vedado o *non liquet*, por constituir denegação da justiça [...]. Deverá, e sempre, motivar todos os seus atos, como princípio constitucional obrigatório para o controle da justiça [...], única garantia contra o arbítrio [...]. Em toda sua conduta se exige, sobretudo, o constante dom da prudência, a reta estimativa das leis (evitando *error in iudicando*), a docilidade de saber (humildade intelectual e profissional),

sagacidade (presteza no julgamento), circunspeção e cautela, para manter íntegra sua autoridade e sua independências¹⁷⁵.

Por outro lado, numa análise dialética, não se pode olvidar do papel de concretização constitucional buscado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Nesse ponto, lecionam Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima em defesa do ativismo judiciário:

É certo que a concretização constitucional deveria ser o parâmetro para o exercício de todos os poderes. Todavia, conforme indicado alhures, infelizmente, especialmente o Poder Judiciário está comprometido com o alcance dos objetivos fundamentais da República. Os demais Poderes, Executivo e Legislativo, parecem não se preocuparem com o alcance da concretização constitucional. Nesse sentido, não é exagero dizer que o ativismo judicial e vale aqui ressaltar, visto como a necessidade de se efetivar o texto constitucional é ensejado, talvez e principalmente, pela atuação deficiente dos outros poderes¹⁷⁶.

As premissas utilizadas pelos autores do texto acima colacionado de que o ativismo judicial, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estaria baseado na inércia dos demais poderes na concretização de direitos constitucionais é um discurso que parte de uma suposição que não pode ser generalizada. Por óbvio, não são todos os casos em que há uma inércia dos demais poderes, autorizativos do ativismo judicial, especialmente pelo fato de que quem define se há ou não inércia é o próprio Supremo Tribunal Federal nos casos dos julgamentos a ele submetidos.

Daí que a análise dos fundamentos, historicidade e juridicidade de cada decisão geradora de precedentes vinculantes e do grau de discricionariedade nela inseridos passam a ser fundamentais para garantir a sua própria legitimidade, dando-lhe limites e impedindo que descambem para o autoritarismo, arbitrariedades e a expressão de uma ditadura do Judiciário.

O problema da discricionariedade nas decisões judiciais, há muito tempo vem sendo estudando pelos jusfilósofos.

Ronald Dworkin defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Dworkin afirma, nesse contexto, que esse é o fundamento tanto para os

¹⁷⁵ SOUZA, Carlos Aurelio Mota de. **Poderes éticos do juiz: Igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1987. p. 53-54.

¹⁷⁶ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris Editora, 2012. p. 167.

casos fáceis, quanto os casos difíceis - hard cases -, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes.

De outra banda, para o jusfilósofo inglês Herbert Hart, a vagueza é inerente à linguagem jurídica e que nos casos difíceis, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes poderiam decidir discricionariamente, pois teriam que escolher a interpretação que considerassem a mais apropriada. Desta feita, nesses casos difíceis, o juiz não estaria aplicando o direito, mas na verdade, criando-o.

Por outro lado, para Dworkin, não pode haver essa dicotomia entre casos fáceis e difíceis, porquanto sempre haverá uma norma jurídica pré-estabelecida para que o juiz possa se basear, uma vez que o ordenamento jurídico é composto de regras e princípios.

Tal conclusão, para Dworkin, decorre do fato de que a sociedade é formada não apenas por pessoas submetidas às regras formadas pelo acordo político rousseuniano, mas também se clarifica no fato de que existem princípios comuns amplamente reconhecidos no seio social que são norteadores de suas práticas, no que veio a denominar de Comunidade de Princípios, que vedam juízos discricionários do órgão investido de jurisdição.

Com isso, revela-se a tese da resposta correta. Nesse passo, não se trata de saber a existência de uma única solução jurídica, e sim, que havendo mais de uma possibilidade defensável, o Direito sempre teria uma resposta.

O Direito, para Dworkin, possui um caráter eminentemente interpretativo, transcendendo até mesmo os catálogos de princípios e regras, e seria “uma atitude interpretativa e autoreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido”¹⁷⁷.

O caráter de discricionariedade revelada em decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem precedentes vinculantes, ainda que alinhadas numa concretude de princípios, é fator de inegável preocupação democrática, que significa, em última hipótese, a concentração de poder político nas mãos dos Ministros componentes daquele Tribunal.

Para exemplificar o assunto, retomemos o debate sobre a norma insculpida no art. 525, §12 do novo Código de Processo Civil brasileiro, que assim prescreve:

§12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo

¹⁷⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 492.

Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Desta feita, numa situação hipotética, como já alertado alhures, caso uma parte litigante tenha um direito reconhecido em Lei, declarado judicialmente com trânsito em julgado e tal direito posteriormente seja extinto por força de uma Emenda Constitucional, ainda assim aquele direito adquirido deverá ser respeitado, não podendo haver a sua desconstituição, sobretudo quando considerados princípios como a proibição do retrocesso (*efeito cliquet*).

Todavia, com base no dispositivo acima mencionado, acaso nessa mesma hipótese venha a surgir, ainda que muitos anos após, um precedente gerado em outro processo, em controle difuso de constitucionalidade, *incider tantum*, com efeitos *inter pars*, proferido por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em que se declare a inconstitucionalidade daquele dispositivo que assegurou o direito da parte vencedora, a parte sucumbente poderá ingressar com Ação Rescisória e desconstituir o édito judicial.

Na prática, *prima facie*, o que esse novo dispositivo do Código de Processo Civil conferiu foi uma força normativa aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, superior até mesmo a uma Emenda Constitucional, porquanto poderá desconstituir milhares de decisões transitadas em julgado com base apenas no julgamento que, pode ocorrer, até mesmo num simples Recurso Extraordinário, em que não há uma ampla divulgação nem uma adequada garantia de contraditório e ampla defesa a todas as partes impactadas, ainda que se considere a filtragem imposta pela sistemática da repercussão geral.

Frise-se que, como sabido, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a teor do que determina o art. 52, X, da Constituição de 1988, necessita da manifestação do Senado Federal para que tenha os efeitos de suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional ampliada para os demais processos.

Com isso, o dispositivo em questão, inserido no novo Código de Processo Civil, imprimiu um novo poder àquele Tribunal Constitucional, contornando a disposição da própria Constituição e conferindo amplas possibilidades normativas aos Ministros da Suprema Corte.

Destaque-se que as decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, por, obviamente, somente interessar às partes litigantes, possuem um grau de conhecimento social reduzido.

Assim, considerando-se a ampla discricionariedade inegavelmente conferida aos Ministros, porquanto suas decisões possuem um evidente grau reduzido de sindicabilidade, somado à possibilidade de tomar decisões em determinado caso, cujo interesse se resume às partes litigantes, com a extensão legal da vinculatividade dos efeitos da decisão para todo o país, sem qualquer manifestação do Senado Federal, descortina-se uma situação de temeridade para a própria democracia.

Acrescente-se o grau altamente politizado e com indisfarçáveis pretensões de conduzir os rumos do poder político da nação e chegaremos a uma verdadeira situação de perplexidade justificada, no mais das vezes, pelas chamadas regras da ponderação na aplicação abstrata de princípios.

É que, como já mencionado neste trabalho, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não foram eleitos e, por isso, não possuem o grau adequado de legitimidade democrática a fim de ditar as prioridades e os rumos políticos da nação, ainda que isto se dê mediante precedentes vinculantes.

Não é segredo para ninguém que a utilização de regras de ponderação no sistema judicial brasileiro se dá com certa precariedade, no qual o julgador primeiro opta por qual caminho decidir e somente após aplica os princípios e regras argumentativos com o fito de legitimar a sua tese, atribuindo normas de direito fundamental de forma ampla e discricionária a casos duvidosos.

Lenio Luis Streck bem explicita essa problemática:

A ponderação, seja Alexiana ou aquela praticada no Brasil, como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação. Esta abordagem em muito se aproxima de um Pragmatismo que Dworkin intentou suplantar. O direito como uma interpretação colaborativa, como um romance em cadeia, impõe uma vinculação histórica, um dever de coerência e integridade que transcende o eu a caminho do nós. Dito de outro modo: Alexy perpetua um paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica assentado num paradigma da intersubjetividade¹⁷⁸.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 65

Desta feita, o fato é que nas Decisões do Supremo Tribunal Federal, geradoras de precedentes com eficácia normativa forte, como ocorre, por exemplo, com as Súmulas Vinculantes, as decisões em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso – esse último com a automática força normativa *erga omnes* conferida pelo art. 525, §12, do Código de Processo Civil de 2015 -, dentre outros, revelam a possibilidade de haver um amplo poder normativo na mão dos Ministros do STF, poder esse que deve ser estudado e sindicado da mesma forma que as normas oriundas do Parlamento são sindicadas, além de outros institutos de superação dos precedentes vindos da tradição do *Common Law*, a fim de impedir discricionariedades e desequilíbrio na separação dos poderes da República.

Nessa linha, buscando garantir um mínimo sentido racional-democrático nas decisões judiciais - nessas incluídas, evidentemente, aquelas geradoras de precedentes vinculantes - desenvolveram-se duas grandes Teorias: a Teoria Substancialista e a Teoria Procedimentalista. Ambas com o fito de superar o paradigma da Filosofia da Consciência, paradigma esse onde o juiz “decide conforme sua consciência”, fundamentado na sua própria razão, em sua subjetividade e em um sistema sujeito-objeto¹⁷⁹.

Embora possuam, de certo modo, a mesma finalidade ampla, qual seja garantir a legitimidade democrática dos precedentes judiciais, evitando decisões judiciais discricionárias que extrapolem o caráter técnico, imparcial, equidistante das partes e que venham a deixar de lado a necessária fundamentação jurídica como forma de justificação, ambas as correntes costumam se confrontar ante os caminhos distintos que essas apontam para a construção de modelos ideais das decisões jurisdicionais.

A Teoria Procedimentalista tem como principal expoente o alemão Jürgen Habermas. Habermas, enquanto procedimentalista, é um crítico feroz da invasão da política e da sociedade pelo Direito¹⁸⁰ e busca, por meio da teoria do Discurso (Teoria do Agir Comunicativo), superar os modelos ultrapassados do Estado Liberal e o Estado Social, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

De acordo com Habermas, a função principal nesse Estado está afeta à legislação política. Dessa maneira, a teoria habermasiana propõe a substituição da

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.100-120.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 297.

razão prática, revelada na filosofia da consciência, pela Teoria do agir comunicativo, a qual, por sua vez, divide-se em duas partes: os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação.

Os chamados discursos de fundamentação expostos por Habermas são compostos por práticas de argumentação acerca das quais os participantes do discurso discutem sobre os temas socialmente relevantes visando à proximidade de entendimentos recíprocos, consubstanciando-se numa pretensão de validade universal.

Habermas denomina as concordâncias ou entendimentos recíprocos dos participantes como resultado desses discursos de “consensos” ou “verdade”¹⁸¹. De modo que essa fundamentação discursiva preordena, portanto, que aquele que se qualifica como destinatário de uma norma jurídica deve encontrar nela sua própria individualidade coletivizada, institucionalizada por meio de procedimentos previamente fixados e conhecidos por todas as partes, e devidamente justificado universalmente, resultando na aceitabilidade por todos os participantes.

No que se refere aos discursos de aplicação, tem-se que esses se centram no momento no qual as normas fundamentadas pelo consenso estabelecido pelos cidadãos serão aplicadas, havendo a necessidade da observância do que restou fixado nos discursos de fundamentação, seguindo, portanto, a intenção interpretativa no momento em que as normas foram criadas.

Ou seja, numa análise comparativa, os discursos de aplicação no Estado Democrático são aqueles exercidos pela “jurisdição”, de modo que não caberia aos juízes um raciocínio de criação da fundamentação normativa – já perfectibilizado anteriormente pela sociedade na busca de consensos no processo legislativo e em outros campos de debate -, mas sim identificar a correspondência dialógica entre fatos e normas. Para Habermas,

Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apoia em

¹⁸¹ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 250-251.

decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo¹⁸².

Com isso, pela análise do discurso de aplicação habermasiano, aos juízes não é dado dispor de um poder ilimitado de gênese normativa, a partir de sua consciência política, sob o disfarce de efetivação genérica de princípios criados moralmente com objetivo de defender o seu ponto ideologicamente pré-concebido.

Nesse contexto, Habermas critica o “gigantismo do Judiciário” e a leitura moral da constituição defendida por Dworkin, além da abertura proporcionada pela hermenêutica jurídica e o realismo jurídico¹⁸³, enquanto diverge da ideia da concretização de valores materiais constitucionais sem parâmetros normativos, como bem esclarece em sua obra: “Na medida em que um Tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a adota como prática de decisão, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”¹⁸⁴.

Destarte, para os procedimentalistas, como Habermas, o papel do Poder Judiciário, em especial os Tribunais Constitucionais é o de zelar pela gênese democrática do direito, estando adstritos à atividade de compreensão procedimental da Constituição, a fim de evitar decisionismos e arbitrariedades. Esse, talvez, seja o ponto crucial de divergência entre os procedimentalistas e substancialistas.

Já os substancialistas defendem uma atuação do Poder Judiciário, para muito além da função de harmonização entre os poderes e a garantia da observância de regras procedimentais discursivas, cabendo-lhe a função de intérprete e (re)construtor do Direito, numa concepção de que, ante o contexto de modificação social do Estado, que busca a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, foi conferido aos juízes, em grande monta por meio dos precedentes judiciais, assumir uma postura ativa na determinação da vontade implícita do texto constitucional, de modo a provocar uma transformação da sociedade e uma ruptura, por mais das vezes

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 239.

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 234-254.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 321

contramajoritária, de ações políticas do Estado com vistas à eficácia constitucional numa dimensão “promocional-prestacional”¹⁸⁵.

O professor cearense Lourival Villanova defende essa teoria a partir da concepção do Direito consuetudinário do sistema “anglo-americano”, reafirmando que as Cortes Constitucionais possuem, até mesmo, força de poder constituinte material na construção do direito:

Quando no sistema anglo-americano se afirmou que a Suprema Corte Federal era um congresso constituinte, ou que se tinha uma Constituição mas era ela o que os juízes da corte mais alta queriam que fosse, punha-se em relevo não apenas o “*law making power*” dos juízes, no cumprimento normal de sua função de aplicar e integrar o direito na controvérsia, preenchendo os claros com seu poder normativo. Mas ressaltava-se seu poder de criar o direito em nível constitucional material. Em nível de legislação ordinária, tinha-o como decorrente de um ordenamento em grande parte não-escrito, cujos costumes, para se tornarem costumes com vigor jurídico, haviam de ser interpretados e aplicados pelos magistrados. Para retomar uma linha de argumento de estilo kelseniano, dizemos: houve sempre nesse sistema de direito comum e estatutário regra positiva tácita que investiu o juiz da competência de criar norma diante de uma situação fática que se repete, como conduta costumeira, habitual, reiterada. Sem ela, diante do pressuposto fático de uma conduta costumeira, competência nenhuma teria o julgador para criar a norma geral consuetudinária.

Mas interpretando a Constituição Federal em vista de uma aplicação contenciosa de suas regras, o magistrado vai mais além da mera interpretação. [...]

A Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado tanto o direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é conferir que detém poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o poder constituinte originário, titular da decisão política básica. Na “*interpretation*” o magistrado aloja-se dentro da Constituição; na “*construction*”, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, as vezes: outras judicial e política; tal é a função jurisdicional do supremo órgão de justiça, subjacente ao qual está a nação mesma¹⁸⁶.

Como expoente do Substancialismo, temos o americano Ronald Myles Dworkin, que revelou, por meio de sua acepção moral da Constituição e do Direito, que o Direito não se centra nas leis postas, não se restringindo a uma atividade descritiva da legislação positivada, mas sim nos valores morais que a ele se integram.

Para ele - numa superação do antigo positivismo metodológico explicitado em tópicos anteriores -, direito e moral são inseparáveis, pois estão presentes desde a

¹⁸⁵ ISAIA, Cristiano Becker; HOFFMAN, Fernando. A jurisdição processual civil no Estado Democrático de Direito: verdades universais ou respostas corretas? *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). **Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal of Law)**, ano 2, v. 3, dez. 2012. p. 157-176.

¹⁸⁶ VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. **RDP**, n. 43. p. 57-58.

gênese normativa até a aplicação do direito pelos juízes, que estão vinculados, igualmente, aos princípios e valores morais.

Nessa teoria Substancialista, Dworkin estabelece uma metodologia de interpretação baseada na distinção argumentativa entre os argumentos de princípio e de política, que objetivam identificar uma resposta certa para os "*hard cases*", casos difíceis que não possuem uma solução concreta no direito posto, e vai em sentido contrário às teses procedimentalistas de Habermas, na medida em que considera que não é um mero consenso ou sua inexistência que irá determinar a melhor interpretação e aplicação do direito, não se resumindo a interpretação a esse momento de reconhecimento da convencionalidade das práticas socialmente aceitas.

De acordo com o jusfilósofo norte-americano, a interpretação não seria correta apenas por conta dos consensos envolvidos, mas sim em face de sua justificação ou argumentação racional, fixando o referido autor a responsabilidade de atingir as decisões coletivamente consideradas numa dimensão de argumentação racional justificável na construção do direito pelos magistrados.

Nesse contexto, Dworkin compara a construção da interpretação e aplicação do direito nos casos difíceis a um romance em cadeia - gerado por diversos autores -, revelando o juiz como sendo o autor e, ao mesmo tempo, crítico literário desse romance:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade¹⁸⁷.

Dessa maneira, em Dworkin, o Direito assume um caráter de uma construção e significância centrada em princípios abertos que conferem aos juízes a possibilidade de encontrar a solução para os casos difíceis fora do direito legislado, colocando-os numa posição de verdadeiramente criar a norma do caso concreto.

A construção dos precedentes judiciais, tais quais oriundos do direito norte-americano, fortemente veiculados por meio das teses substancialistas e do Realismo

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fones, 2002. p. 128-129.

Jurídico, como visto, perpassa uma abertura metódica que permite aos juízes desenvolver decisões para muito além do direito formulado em bases democráticas.

No Brasil, uma democracia jovem, a internalização de tais características pode gerar flagrantes arbitrariedades pelos juízes e tribunais na geração dos precedentes, na medida em que a recepção de um amplo instrumental baseado em valores e princípios abstratos conferem amplos poderes normativos aos juízes a decidir e conformar a sociedade, vinculando milhares de casos e a Administração Pública, em arroubos solipsistas que afastam a sua própria legitimidade democrática.

Um bom exemplo disso é o caso já citado neste trabalho da mutação constitucional engendrada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do art. 52, X, da Constituição de 1988, no Acórdão proferido na Reclamação STF 4.335.

No referido dispositivo, o texto constitucional, em respeito aos princípios da separação dos poderes e segurança jurídica, estabelece expressamente que as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em controle difuso de constitucionalidade dependem de Resolução do Senado Federal para que possuam eficácia *erga omnes*.

Todavia, nessa Reclamação, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em flagrante contrariedade ao texto exposto da Constituição da República, que suas decisões tomadas no controle difuso possuem eficácia *erga omnes* imediata, funcionando o Senado da República como um mero “divulgador” da ordem emanada do Supremo Tribunal Federal.

A saída engendrada por aquele Tribunal Constitucional, tomada justamente quando as informações são divulgadas em tempo real via internet, não poderia ser pior, e revela uma evidente violação das competências e da separação dos poderes estabelecidas pelo constituinte originário, ainda que sob a justificativa da busca da isonomia frente a construção judicial do direito, visto que, levadas às últimas consequências, tais precedentes vinculantes podem gerar diversas situações de violação da igualdade substancial, ao invés de preservá-la, posto que a maioria dos juízes acabam por aplica-los - como regras que são - através da mera técnica da subsunção.

Desta feita, de fato, o fortalecimento dos precedentes judiciais permeados por conteúdos morais e valorativos com base na força normativa da Constituição – tal qual como delineado pelos substancialistas - é uma tendência sem volta no ordenamento brasileiro, mas, por outro lado, a atividade judicante não pode afastar-se da

construção dialógica do desenvolvimento procedimental de consensos, sob pena de engendrar uma hegemonia desmedida do Poder Judiciário malferindo sua legitimação constitucional, cabendo aos juristas perseguir um equilíbrio que permita a evolução parcimoniosa e democrática do Direito nacional, sob o prisma da isonomia substancial dos precedentes judiciais.

5.3 A ISONOMIA ENQUANTO OBJETIVO E CONTROLE HERMENEUTICO DE RACIONALIDADE DOS PRECEDENTES

Todo este debate a respeito dos precedentes judiciais, as teses substancialistas e procedimentalistas, parâmetros hermenêuticos, identificação da *ratio decidendi*, o *distinguishing* e outras teorias mencionadas no presente trabalho a respeito das decisões judiciais, desagua, na verdade, no objetivo ontológico do sistema de precedentes, qual seja, a isonomia a partir das decisões judiciais e perante as decisões judiciais.

Não basta ao judiciário emitir a norma decisão que solucione apenas o caso concreto. Para que haja a legitimidade da decisão judicial na nova dimensão do sistema de precedentes judiciais brasileiro, a norma de decisão necessita sobreviver ao crivo da argumentação racional correlacionada ao contexto social em que fora proferida, de modo que possua aptidão para se projetar na solução de lides futuras postas perante o judiciário, resolvendo as mesmas demandas de modo equânime e aplicando as mesmas razões de decidir aos casos que possuam os mesmos fatos materiais, realizando a justiça através da oportunização de igualdade de condições dos cidadãos perante a jurisdição.

O princípio da igualdade pode ser visto racionalmente na perspectiva da jurisdição como igualdade no processo e igualdade ao processo, como bem anota Marinoni:

Como está claro, não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nesta dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade *no* processo e em igualdade *ao* processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual. [...] Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se

inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal. A irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira.¹⁸⁸

Com efeito, em seus contornos hermenêuticos, no sistema de precedentes a decisão judicial necessita ter sua argumentação concatenada racionalmente com a *ratio decidendi* das decisões anteriormente proferidas pelas cortes superiores e pelo próprio juiz prolator, a fim de que haja uma coerência sistêmica e o respeito do direito fundamental da igualdade perante a jurisdição, permitindo que o precedente judicial possa se qualificar como regra universalizável para casos semelhantes futuros, conforme, aliás, explicita Hermes Zaneti Jr.:

Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução apenas do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização.¹⁸⁹

Por outro lado, o referido Autor leciona que, ao contrário do que considera a doutrina majoritária, o que deve preponderar na assunção dos precedentes não é a regra da igualdade, mas sim da universalização como fundamento de sua racionalidade, visto que a universalização, em sua ótica, seria mais ampla que a igualdade, pois além de englobar a premissa da igualdade, determina que os juízes dos “casos-futuros” tenham, a partir de um “*pesado ônus argumentativo*” decorrente da universalização, a obrigação de seguir os precedentes adequadamente, “afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ MARINONI, Luis Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/advogado/herminio-haggi-neto/>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.

¹⁸⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 355.

¹⁹⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2019. p. 356-357.

Todavia, observando-se o que se verifica como o conceito de universalização indicado por Hermes Zaneti Jr. perante os precedentes judiciais como fundamento de racionalidade, é perceptível que se trata, na verdade, do mesmo conceito de igualdade material nas decisões judiciais em casos análogos, de modo que pode-se dizer que a universalização é um conceito mais amplo que a mera isonomia formal, mas com igual carga axiológica em relação à isonomia material ou substancial.

É que a isonomia substancial considera justamente que não se pode aplicar a mesma *ratio* de determinado caso a situações diversas ou com peculiaridades que desvelam circunstâncias concretas que determinam a construção de uma norma de decisão distinta, e é nessa circunstância que se baseia a técnica do *distinguishing*, por exemplo.

Assim, conclui-se que, de fato, o princípio da isonomia - material e formal - é, ao mesmo tempo, um objetivo do sistema de precedentes, e sua própria autocontenção hermenêutica de racionalidade, que legitima a existência da força normativa dos precedentes, permitindo a observância de todos os seus demais escopos, como a previsibilidade, uniformidade, coerência e segurança jurídica, em especial a partir da proliferação de princípios e cláusulas abertas.

Para ilustrar tomemos, o exemplo da famigerada Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. Na essência da *ratio decidendi* deste precedente judicial vinculantes está o respeito aos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da finalidade do interesse público, ao vedar o favorecimento pessoal com a indicação de parentes de autoridades públicas para ocupar cargos públicos de provimento em comissão. Eis o enunciado:

SÚMULA VINCULANTE 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Numa leitura apreçada do referido enunciado, alguns juízes submetidos a referida Súmula e a Administração Pública em geral ou, o Ministério Público, por exemplo, acabam por aplicar a referida regra por mera subsunção sem verificar propriamente a *ratio decidendi*, vedando qualquer nomeação qualquer pessoa que possua um grau de parentesco até o terceiro grau de autoridades que ocupem cargo

de direção, chefia ou assessoramento.

Todavia, numa análise lógico-argumentativa da *ratio decidendi* da referida Súmula Vinculante nº 13 encartada nos precedentes¹⁹¹ do Supremo Tribunal Federal que lhe deu origem, é perceptível que não é toda e qualquer nomeação, mas sim aquela que atente contra os constitucionais corolários da finalidade do interesse público, sendo necessária a distinção quando verificado de que inexistente favorecimento ou violação ao princípio da impessoalidade, como, por exemplo, a citada nomeação decorre de concurso público¹⁹² ou para cargo de natureza política.¹⁹³

Assim, em razão do princípio da isonomia prevalecente no sistema de precedentes, cabe ao órgão julgador subordinado ao precedente do tribunal – ou dele mesmo - conferir a *ratio decidendi* e não aplica-la quando perceber distinções entre o caso sob julgamento e o entendimento esposado na decisão vinculante paradigma, devendo, portanto, justificar pela racionalidade isonômica material a distinção realizada, em especial quando se deparar com normas de conteúdo indeterminado¹⁹⁴.

Destarte, com a dimensão da igualdade no sistema de precedentes judiciais busca-se a superação da razão prática concebida isoladamente, centrando a legitimação da decisão judicial com base na construção processual constitucional de argumentos de justificação que permitam a observância da igualdade, previsibilidade e segurança jurídica, mormente na aplicação da *ratio decidendi* do precedente judicial dos tribunais aos processos de instâncias subalternas.

E, portanto, é justamente neste ponto que se justifica a prevalência da Teoria Procedimentalista defendida por Habermas, como explicitado no tópico anterior, na legitimação das decisões judiciais no bojo do sistema de precedentes, ao engendrar uma simbiose argumentativa entre o órgão de onde emanou o precedente, os órgãos que deverão segui-lo e as partes privadas litigantes atingidas na busca da construção de consensos vistos sob o prisma da isonomia.

¹⁹¹ Notadamente as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADC nº 12, do RE nº 579.951, e do MS nº 23.718.

¹⁹² Reclamação STF 22.239.

¹⁹³ Reclamação STF 28.024 AgR,

¹⁹⁴ Aliás, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com as alterações trazidas pela Lei 13.365, de 25 de abril de 2018 trouxe importante inovação que confere garantias aos jurisdicionados nesta nova adaptação da jurisdição brasileira ao sistema de precedentes judiciais, mormente em face de normas de conteúdos abertos ou indeterminados, a saber: Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais

6 CONCLUSÃO

Com efeito, vivenciamos uma nova lógica dos precedentes judiciais no Brasil, com a ampla internalização das influências do *Common Law*, que por muito tempo foram rechaçadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

De fato, a criação jurisprudencial do direito brasileiro, para além de uma simples tendência, é uma realidade intrinsecamente enraizada no cotidiano dos profissionais do direito, que se debruçam diariamente sobre os chamados informativos de jurisprudência, ávidos pela próxima súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal ou tese fixada em sede de recursos repetitivos, por exemplo, enquanto que os famigerados vade-mécuns de leis positivadas estão dando lugar aos vade-mécuns de jurisprudência e as principais bancas de concursos públicos para ingresso em carreiras jurídicas no país privilegiam sobremaneira o conhecimento sobre os precedentes judiciais.

Em que pese ainda viger, em tese, um sistema firmado sob a tradição do *Civil Law*, houve uma forte guinada rumo ao *Common Law*, de modo que o Direito brasileiro se desenvolve num hibridismo, num frágil equilíbrio entre o direito legislado e o direito interpretado pelo Judiciário com força normativa, configurando-se em verdadeiro paradoxo metodológico.

Consoante exposto no capítulo 2, o *Civil Law* e o *Common Law* vivem um panorama de aproximação e internalização recíproca, havendo no Brasil a recepção dos institutos do *Common Law*, na perspectiva de superar o engessamento do direito imposto pela lei positivada que se revelou insuficiente para atender às demandas dinâmicas impostas pelo mundo moderno globalizado, mormente a partir da nova tônica de acesso à justiça por meio de múltiplas portas, levando à massificação dos processos e gerando desafios nunca antes vistos na administração da justiça.

Destarte, conclui-se que o sistema vigente do *Civil Law* em sua vertente moderna sofreu uma fragilização que pode ser qualificada, ao mesmo tempo, como virtuosa e não virtuosa, na medida em que se fragilizou virtuosamente com a constitucionalização e a abertura interpretativa ocasionada pela codificação-aberta, numa evolução do direito com o surgimento de microssistemas e uma certa flexibilização dos conceitos legais que passaram a se submeter cada vez mais à hermenêutica jurídica sob o manto interpretativo dos princípios.

Por outro lado, a intensificação da fragilização do *Civil Law* deu abertura para uma fragilização não virtuosa, na medida em que o Panprincipiologismo deixou o sistema vulnerável ao decisionismo solipsista de alguns juízes que, aproveitando-se da ausência de parâmetros legais, utilizando-se do descrédito das leis positivadas produzidas pelo Parlamento, acabaram descambando para uma ampla criação judicial do direito, ditando suas próprias regras aplicáveis aos casos concretos e mais, passando a criar normas gerais e abstratas, por meio da nova lógica dos precedentes judiciais no Brasil.

Conseqüentemente, conforme visto no capítulo 3, tornou-se necessário e urgente o estudo das correntes jusfilosóficas que debatem os precedentes judiciais e a criação judicial do direito, concluindo-se que, na atual quadra histórica, há um fortalecimento da corrente constitutiva do direito, de modo que os precedentes judiciais não se limitam a revelar o direito, mas sim possuem a função de (re)construí-lo à luz das balizas constitucionais democraticamente aceitas de um lado, e os fatos e o contexto histórico-cultural-social subjacentes à demanda posta em julgamento do outro.

Ademais, ainda como estudado no capítulo 3 deste trabalho, a partir da nova dimensão dos precedentes judiciais, em especial com o advento dos institutos do rol dos arts. 927 e 988, do Código de Processo Civil de 2015, surgiram várias novas possibilidades de geração de precedentes vinculantes e sua preservação por meio das reclamações que, ao mesmo tempo, trouxeram uma sistematização para a internalização da doutrina do *stare decisis* no Direito nacional e definiram as balizas processuais para a sua exteriorização.

Uma das implicações práticas da nova sistemática dos precedentes vinculantes no Brasil é a tendência da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, isto é, a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 93, IX, da Constituição de 1988 sobre a geração de precedentes vinculantes a partir de decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, bem como a relativização da coisa julgada de maneira desproporcional com base nos arts. 525 e 535 do Código de Processo Civil de 2015 que, sem observar o princípio do contraditório às partes atingidas pelo precedente judicial, pode revelar uma inconstitucionalidade flagrante, violando o princípio da segurança jurídica.

Dessa maneira, havendo a internalização da doutrina dos precedentes vinculantes no direito brasileiro, cabe aos operadores do direito buscar, igualmente,

estudar as técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais, conforme exposto no capítulo 4.

Dentre essas técnicas, é de se concluir que o *distiguishing* construído no direito norte-americano será – e já é - o instituto mais utilizado pelos processualistas pátrios, porquanto permite ao intérprete expor a distinção entre o caso posto em julgamento e o precedente judicial paradigma cuja *ratio decidendi* busca-se aplicar sem que haja identidade de parâmetros fático-jurídicos.

Por fim, outra perspectiva dessa internalização dos precedentes vinculantes no Brasil é o ensaio de uma hegemonia política do Poder Judiciário frente aos demais poderes, conforme analisado no capítulo 5, desvelando um ativismo judicial e o entrelaçamento do direito e política com a judicialização da política, no momento em que o Poder Judiciário passa cada vez mais a se imiscuir em assuntos de foro político, como possível baluarte autocrático da condução dos interesses da sociedade, influenciando diretamente na conformação e opinião da sociedade, enquanto ele mesmo, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, arvora-se do poder legiferante de construção do direito a partir dos precedentes judiciais com força normativa forte, até mesmo de ofício, como pode ocorrer no caso das súmulas vinculantes, por exemplo.

Nessa medida, ainda como verificado no capítulo 5, a função jurisdicional é de fato uma função política, visto que o juiz pode ser considerado um representante do discurso estatal, como, aliás, ocorria na gênese do nosso Direito Romano-Germânico em Roma. Todavia, o Poder Judiciário não pode se portar como agente político *stricto sensu*, em busca de popularidade e poder normativo de ditar as regras da sociedade, sob pena de subverter o princípio da separação dos poderes e de ceifar a própria legitimidade democrática da jurisdição.

Nesse contexto, portanto, os precedentes judiciais, muito embora sejam uma grande guinada do ordenamento jurídico brasileiro em busca de coerência, uniformidade e segurança jurídica das decisões judiciais, poderá ter o efeito colateral de produzir inconstitucionalidades, caso não haja uma necessária autocontenção por parte dos tribunais e dos juízes vinculados, à luz dos institutos já desenvolvidos no âmbito do *Common Law* e dos parâmetros da Constituição de 1988 – sobretudo em relação à judicialização da política - de modo a proceder a uma limitação a partir de parâmetros hermenêuticos de acordo com as balizas democráticas então vigentes, sob pena de subverter a ideia buscada de celeridade e segurança jurídica.

Em que pese a tendência do direito nacional em albergar, de certo modo, a Teoria Substancialista, com base principalmente na força normativa da Constituição, o fato é que, por estarmos tratando de uma jovem democracia que ainda está se recuperando de ensaios autocráticos da Ditadura Militar – muitas vezes referendados pelo Poder Judiciário – forçoso concluir que a Teoria Procedimentalista, especialmente na acepção da democracia deliberativa desenvolvida por Jurgen Habermas, ainda é um parâmetro teórico a ser seguido, de modo a conferir uma recepção do direito jurisprudencial com prudência e parcimônia, impedindo decisionismos solipsistas e arbitrariedades dos exercentes da atividade judicante, em respeito aos princípios da isonomia, da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Assim, é de se concluir que na geração dos precedentes vinculantes pelo Estado-Juiz, enquanto manifestação de poder jurídico e político estatal, necessita se restringir as suas funções de garantia, numa atividade de autocontenção de modo a agir apenas reativamente e quando houver um desrespeito a uma norma constitucional ou infraconstitucional procedimentalmente construída pelos legítimos representantes eleitos pelo povo, sempre observando as peculiaridades de cada caso na perspectiva do mencionado princípio da isonomia substancial, sob pena de subverter a ordem constitucional.

A presente pesquisa carece, é verdade, de mais tempo para a análise de como o ordenamento nacional irá se comportar com a nova realidade dos precedentes judiciais, sobretudo porque a sistematização dos institutos de vinculação dos precedentes e sua construção jurisprudencial, muito embora já possuam ensaios anteriores, foi abraçado pelo sistema jurídico nacional com o advento do Código de Processo Civil de 2015. E, além disso, existe a necessidade de estudos mais amplos dos institutos advindos do *Common Law* e sua simbiose com o sistema jurídico nacional.

Enseja-se que este trabalho seja útil para estudos posteriores que necessitem de uma base teórica acerca dos precedentes judiciais no Brasil, sobretudo no que envolve as teorias de construção jurisprudencial do direito e dispositivos normativos que contemplam essa temática. Ademais, almeja-se que os estudos ulteriores possam encontrar nesta pesquisa uma síntese das teorias que envolvem a gênese dos precedentes judiciais e a sua dimensão vinculante sob as bases fundantes do *Common Law* e a fragilização contemporânea do *Civil Law*, bem como a fixação de

circunstâncias hermenêuticas limitantes do ensaio de uma hegemonia do Poder Judiciário ante o *deficit* de legitimidade da legislação oriunda do Parlamento.

Talvez ainda esteja cedo para concluir se as mudanças representadas pela nova lógica dos precedentes judiciais vinculantes trarão bons fluidos ao ordenamento nacional, com a dinamização da justiça, levando segurança jurídica e coerência aos julgados ou se será somente mais um instrumento de concentração de poder político nas mãos do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

O debate está aberto, cabendo aos operadores do direito buscar as balizas necessárias, em especial na hermenêutica jurídica, a fim de conferir os limites que irão legitimar democraticamente a geração de normas vinculantes por meio de precedentes judiciais no âmbito da tradição jurídica híbrida brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALVIM, Arruda. **Sentença no processo civil**: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. São Paulo: RT, 1995. (Coleção estudos e pareceres).

ARISTÓTELES. *Metafísica* (Livro I e II). Tradução direta do grego por Vincenzo Coeco. Notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril, 1979. (Os Pensadores).

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 519-541.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. Tomo 1.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro**: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. São Paulo: Juruá, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10003/11575>. Acesso em: 27 junho 2019.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica dos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição: Garantia Constitucional**. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1.624, de 2010**. Da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas. Diário do Senado Federal: Brasília, DF, 7 dez. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1553282790199&disposition=inline>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO; Marcus Faro. Direito e Política. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA; Alvaro de Azevedo; FREIRE; André Luiz (Orgs.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: teoria geral e filosofia do direito**. Tomo 1. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CAZETTA JUNIOR, José Jesus. Os Precedentes Judiciais nos Estados Unidos: Apontamentos para uma Comparação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 186-207, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42450/41188>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DAVID, Réne. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução à ciência do direito**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America. **Democratization**, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13510340412331294152>. Access in: 11 jul. 2019.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**, v. 252, fev. 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.252.17.PDF. Acesso em: 11 jul. 2019.

FINE, Toni M. O Uso do Precedente e o Papel do Princípio do *Stare Decisis* no Sistema Legal Norte-Americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método: fundamentos de una hermenêutica filosófica**. Traducción Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca: Sígueme, 1991.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MP Editora, 2008.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HÄRBELE, Peter. Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica. *In*: LUÑO, Antonio-Henrique Perez (Coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (Die normative Kraft der Verfassung). Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KUMAR, M. V. Pratap. **Prospective Overruling**. Available in: <http://www.legalserviceindia.com/articles/prul.htm>. Access in: 11 jun. 2019.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Efficacia ed Autorità della Sentenza**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Abingdon: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luis Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/advogado/herminio-haggi-neto/>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2003.
- MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de Lima. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 206, p. 61-78, 2012. Disponível em: http://www.academia.edu/3223814/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o_e_preced

ente_dois_discursos_a_partir_da_decis%C3%A3o_judicial_-
_Revista_de_Processo_206?auto=download. Acesso em: 11 jul. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Revisão e tradução Paulo Bonavides. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODVIM, 2016.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal – ABAJ**, New York, v. 14, n. 2, feb. 1928. Available in: https://www.jstor.org/stable/25707348?seq=1#page_scan_tab_contents. Access in: 11 jul. 2019.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: trez modelos de juez. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 14, p. 169-194, 1993.

PEREIRA, Erick Wilson. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais- Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang . **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius: la invencion del derecho en occidente**, Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim).

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.

TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-14, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=212>. Acesso em: 11 jul. 2019.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1

TUCCI, José Rogério da Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. Revisão de tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução e apresentação José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Leys, derechos, justicia**. Madrid: Trota, 2003.