

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” – FEESR
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO

CLÓVIS EDUARDO BIANCHI SIMONETTI

PROTAGONISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO
PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Marília, SP
2020

CLÓVIS EDUARDO BIANCHI SIMONETTI

PROTAGONISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO
PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Construção do Saber Jurídico, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

Marília, SP
2020

Autor: CLÓVIS EDUARDO BIANCHI SIMONETTI

Título: PROTAGONISMO JUDICIAL E INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito – do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, em sua Área de Concentração em Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa Construção do Saber Jurídico, e aprovada pela banca examinadora.

Marília, SP, 29 de junho de 2020.

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – UNIVEM
Coordenador do Curso

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – UNIVEM
Orientador

Dr. César Augusto Luiz Leonardo – UNIVEM

Dr. Danilo Christiano Antunes Meira – UFSB

Aos meus filhos, Heitor e Gustavo!

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me trazido até aqui. Não foram poucos os obstáculos. Mas chegamos!

Aos meus pequenos Heitor, de cinco anos, e Gustavo, de onze meses. É em vocês que eu busco energia para seguir. Um dia vocês saberão o quão importantes foram nessa caminhada.

À coordenação do Mestrado em Direito do UNIVEM, pelo acolhimento e apoio dados durante o curso.

Ao Professor Luís Henrique Barbante Franzé, hoje não mais pertencente aos quadros do UNIVEM, um dos grandes responsáveis pelo tema tratado neste trabalho e por grande parte da bibliografia pesquisada.

Ao Professor Horácio Wanderlei Rodrigues, que abraçou a coordenação deste Mestrado com absoluto brilhantismo, por ter assumido a minha orientação.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica, considerando a falta de unidade e coerência do Direito provocados pelo Poder Judiciário. Para tanto, a partir de um estudo histórico, verifica as principais condições políticas e jurídicas que conduziram à ascensão do Judiciário como protagonista na sociedade contemporânea e sua conseqüente crise na segurança jurídica. Em seguida, examina o sistema de precedentes judiciais como uma alternativa capaz de garantir previsibilidade das decisões judiciais, estabilidade e igualdade do Direito, apresentando, após a sua compreensão, a maneira mais efetiva para o seu funcionamento, em consonância com a tradição jurídica brasileira. Por fim, analisa o papel do Supremo Tribunal Federal como responsável pela efetividade do sistema de precedentes no Brasil e, por conseqüência, pela garantia da segurança jurídica, verificando suas funções dentro deste sistema, a partir da reconstrução de novos perfis atribuídos à Corte, de modo a assegurar a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais, a coerência e a unidade do Direito. Assim, por meio do método hipotético dedutivo e utilizando-se de pesquisa bibliográfica como metodologia para o seu desenvolvimento, pretende-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal deve atuar como Corte de Interpretação e de Precedentes.

Palavras-chave: Protagonismo judicial. Segurança jurídica. Precedentes judiciais. Eficácia vinculante. Corte Suprema.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the role of the Supreme Federal Court in the system of judicial precedents as a means of achieving legal certainty, considering the lack of unity and coherence of Law caused by the Judiciary. Therefore, from a historical study, the main political and legal conditions that led to the rise of the Judiciary as a protagonist in contemporary society and its consequent crisis in legal security will be verified. Then, the system of judicial precedents will be examined as an alternative capable of providing the necessary legal certainty to the legal system, protecting the stability and equality of the Law, presenting the most effective way of functioning of such system in the legal system, in line with the Brazilian legal tradition. Finally, the role of the Supreme Federal Court as responsible for the effectiveness of the precedent system in Brazil will be analyzed and, consequently, for the guarantee of legal security, verifying its functions within this system, from the reconstruction of new profiles to be attributed to the Court, in order to ensure the predictability of judicial pronouncements, the coherence and unity of the Law. The method adopted in this work will be the hypothetical deductive, using bibliographic research as a methodology for its development.

Keywords: Judicial leadership. Legal certainty. Court precedents. Binding Effectiveness. Supreme Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO JUDICIAL	17
2.1 Constituição	17
2.1.1 Principais concepções sobre constituição	18
2.2 Constitucionalismo	20
2.3 Neoconstitucionalismo	25
2.3.1 Jusnaturalismo	25
2.3.2 Positivismo jurídico	26
2.3.3 O Estado constitucional de direito	28
2.3.4 Principais marcos para o novo direito constitucional	28
2.3.5 A força normativa da constituição	30
2.3.6 O novo direito constitucional	31
2.4 Constitucionalização do direito do Brasil	33
2.5 Ascensão do judiciário	36
2.5.1 Os chamados conceitos jurídicos indeterminados	36
2.5.2 A normatividade dos princípios	37
2.5.3 A intervenção judicial na vida brasileira	39
2.6 Ativismo judicial	41
2.6.1 Interpretação e alteração do texto constitucional por decisão judicial	46
3 O SISTEMA DE PRECEDENTES	49
3.1 - Sistema de <i>common law</i>	49
3.1.1 - O <i>common law</i> no direito inglês	50
3.1.1.1 A estrutura do direito inglês e a formação do jurista	56
3.1.1.2 A teoria do <i>stare decisis</i>	60
3.1.2 O <i>common law</i> no direito dos Estados Unidos da América	62
3.2 Sistema de <i>civil law</i>	66
3.3 Convergência entre <i>civil law</i> e <i>common law</i>	70
3.3.1 O Direito brasileiro e as tradições de <i>civil law</i> e de <i>common law</i>	73
3.4 As razões para seguir precedentes	74
3.4.1 Segurança jurídica	75
3.4.2 Igualdade	80

3.5 Argumentos contrários à teoria dos precedentes	81
3.5.1 O princípio do contraditório e a participação no resultado do processo	84
3.6 A história da formação dos precedentes no Direito Brasileiro	86
3.6.1 O Código de Processo Civil de 2015	91
3.7 O sistema de precedentes judiciais brasileiro	92
3.7.1 Os precedentes vinculantes no CPC/2015	96
3.7.1.1 As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade – Art. 927, I	97
3.7.1.2 Os enunciados de súmula vinculante – Art. 927, II	98
3.7.1.3 As decisões nos incidentes de assunção de competência e de julgamento de casos repetitivos – Art. 927, III	98
3.7.1.4 Os enunciados de súmulas do STF e do STJ – Art. 927, IV	99
3.7.1.5 As decisões os órgãos de cúpula dos tribunais – Art. 927, V	99
3.8 O precedente judicial	100
3.8.1 A <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i>	104
3.8.2 Precedente e decisão judicial	106
3.8.3 Precedente, jurisprudência e súmula	107
3.8.4 <i>Distinguishing</i>	110
3.8.5 <i>Overruling</i>	111
3.9 A eficácia jurídica do precedente	112
4 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	116
4.1 Deveres dos tribunais no sistema de precedentes	117
4.1.1 Dever de uniformização da jurisprudência	118
4.1.2 Dever de manter a jurisprudência estável	119
4.1.3 Dever de dar publicidade aos precedentes	120
4.1.4 Dever de coerência e dever de integridade	121
4.1.4.1 Dever de coerência	121
4.1.4.2 Dever de integridade	122
4.2 A colegialidade da decisão que servirá como precedente	123
4.3 O STF como Corte Suprema	126
4.3.1 Reconstruindo o significado normativo	127
4.3.2 Perfil funcional: do controle à interpretação	132
4.3.3 Perfil eficaz: da jurisprudência ao precedente	135
4.4 A função do STF na “criação” do direito	140

4.5 Precedentes no STF	141
4.5.1 O controle concentrado de constitucionalidade	141
4.5.2 O controle difuso de constitucionalidade	143
4.5.2.1 O recurso extraordinário	145
4.5.3 Súmulas	149
4.5.3.1 As súmulas do Supremo Tribunal Federal	150
4.5.3.1.1 A súmulas vinculante	151
5 CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro passa por uma crise de funcionamento que envolve diversos aspectos de sua atuação. Dentre esses, destaca-se como ponto de crítica a insegurança jurídica causada por decisões judiciais não uniformes, conflitantes e incoerentes, gerando um cenário de intranquilidade, de ofensa à igualdade e à dignidade humana e comprometendo a confiabilidade das instituições judiciárias.

Após o início da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais, o juiz passou a definir, de acordo com suas convicções e valores, o significado desses direitos fundamentais em cada caso concreto, constituindo uma diversidade de interpretações para cada um desses casos, de acordo com cada juiz. Esse cenário compromete sobremaneira a segurança jurídica do sistema, principalmente em um ordenamento que ainda tem a lei como sua principal fonte de aplicação do direito e principal forma de se prever decisões judiciais.

No início do século XX o positivismo era o pensamento filosófico predominante e o Direito consubstanciava-se, fundamentalmente, no conjunto de normas em vigor. Com o passar do tempo e os marcantes acontecimentos históricos, a exemplo do massacre cometido pelos nazistas na segunda guerra, a declaração universal dos direitos humanos, o julgamento de Nuremberg e a criação dos tribunais constitucionais, o sistema positivista, da subsunção, passa e sofrer crescentes críticas, criando a necessidade de se desenvolver um modelo que limitasse as arbitrariedades do poder público e protegesse a dignidade dos cidadãos.

Com o movimento denominado de neoconstitucionalismo, a superioridade legislativa predominante no positivismo, e que teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, foi substituída pela superioridade da Constituição, das regras pelos princípios e a subsunção pela ponderação.

Tem-se, com isso, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações e a preocupação com parâmetros morais e de justiça. No Brasil isso ocorreu por meio da força normativa da constituição de 1988.

O neoconstitucionalismo, portanto, com a utilização de princípios e da ponderação, possibilitou uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, que se torna

protagonista na concretização dos ditames constitucionais, assumindo uma participação maior nas decisões da sociedade em relação aos outros poderes do Estado.

O Judiciário passa a ser a principal fonte de decisões políticas, assumindo as decisões relevantes da sociedade e deixando de lado a tradicional separação rígida dos poderes, assumindo responsabilidades iguais as dos outros poderes para conduzir a vida das pessoas. Ampliou-se a possibilidade de participação do Judiciário nas decisões baseadas na Constituição.

No entanto, esse protagonismo judicial deu ao direito uma aparência de alta subjetividade interpretativa, com diversos juízes decidindo de maneiras distintas questões semelhantes, retirando do sistema jurídico a relativa previsibilidade dos pronunciamentos judiciais, a coerência e a unidade do Direito. A maior atuação de cada juiz possibilita a aplicação de seus diversos valores pessoais às demandas judiciais de forma desordenada. Os magistrados citam conceitos como princípios, ponderação e valores mínimos – que os princípios possuem – para respaldar suas decisões, que em verdade está repleta de valores pessoais. Vários juízes aplicando diversos valores a diversas causas culminam em um enorme clima de incerteza jurídica.

Ademais, junte-se a isso o fato de que a Constituição dispõe de muitos artigos com características de conceitos indeterminados, com definição aberta. Como a Carta de 1988 é analítica, extensa, abre a possibilidade para que qualquer assunto possa ser dito como constitucional, aumentando a insegurança.

O ativismo judicial, numa conjuntura de diversidade de decisões judiciais diversas para situações semelhantes, causa insegurança jurídica. Pode-se considerar, inclusive, a existência de uma relação inversamente proporcional entre segurança jurídica e o ativismo judicial que não se preocupa com a unidade do direito, com a coerência do sistema jurídico e com a igualdade perante a lei, de modo que quanto maior for o domínio e a extensão desse ativismo, menor será a segurança jurídica no ordenamento.

Contudo, ressalte-se que não se pretende criticar e condenar qualquer forma e caso de ativismo judicial. A crítica posta é em relação à sua atuação desmedida, em que cada juiz, ao julgar um determinado caso, acaba criando uma

norma jurídica, deixando o ordenamento jurídico, sobretudo o jurisdicionado, em uma situação de bastante incerteza, entregue à sorte.

E não é só. Além de não ser objeto deste trabalho uma crítica incondicional ao ativismo, importante destacar, ainda, que um Judiciário proativo é necessário, principalmente em sua função interpretativa, como se analisará com profundidade em capítulo próprio deste trabalho. Deve-se ter clara a diferença entre um Judiciário proativo e o ativismo judicial. Um Judiciário cuja atuação seja proativa, que analise e interprete toda a ordem jurídico-constitucional com o objetivo de dizer o Direito, único e para todos, mais do que importante, é fundamental para a restauração da segurança jurídica.

Diferente é a atuação desenfreada, que interfere nas funções dos outros Poderes, que gera uma infinidade de decisões conflitantes, não estáveis, que prejudica a coerência e unidade do sistema jurídico. O Poder Judiciário abusa do ativismo e cria insegurança jurídica. É sobre isto que recai a crítica deste trabalho.

Um ordenamento jurídico não pode aceitar uma multiplicidade de possibilidades consubstanciada no aumento do grau de imprevisibilidade e nos pronunciamentos conflitantes, caracterizando um cenário de insegurança jurídica para aqueles que necessitam da intervenção do Estado Judicial para resoluções de suas questões.

Portanto, o problema que se põe neste trabalho é a crise de insegurança jurídica, consubstanciada na ausência de relativa previsibilidade nas decisões judiciais, isto é, ausência de coerência e unidade do sistema jurídico, resultando em desigualdade do Direito, ocasionados pelo protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, que se coloca como principal centro de decisões da sociedade.

Necessário se faz, assim, garantir um ordenamento jurídico que mantenha a unidade do Direito e a coerência do ordenamento, garantindo a segurança jurídica necessária para o bom funcionamento do sistema. É neste contexto que o sistema de precedentes judiciais ganha notável relevância.

De origem inglesa, o *common law* consolidou-se com o poder dos juízes de criarem o direito. Como fonte primária do direito, os precedentes judiciais alicerçam a tradição do *common law*, cujo respeito às decisões judiciais percorre séculos, garantindo a segurança jurídica.

O *civil law*, por sua vez, é um sistema baseado na positivação do direito, ou seja, a segurança jurídica é almejada através das leis. O direito no *civil law*, tradicionalmente, é compreendido como ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. Trata-se de norma positivada, portanto, sendo a lei sua fonte imediata do direito.

Num quadro de insegurança jurídica provocado pela multiplicidade de decisões judiciais para casos semelhantes, como no Brasil, por meio de diversas formas de interpretação, a fim de se garantir a segurança jurídica e proteger a igualdade perante as decisões judiciais, é necessário que haja o dever judicial de observância e respeito aos precedentes.

No entanto, é preciso ressaltar que o Brasil é um país de *civil law*, sem qualquer tradição de respeito aos precedentes, o que torna a tarefa de observância natural à padrões decisórios extremamente difícil, sob diversos argumentos contrários à sua instituição.

Por isso faz-se necessário percorrer todos os conceitos e análises inerentes ao sistema de precedentes judiciais, principalmente a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, de modo a compatibilizar o respeito ao precedente com o *civil law* brasileiro, sem simplesmente querer “importar” o *common law* inglês.

É nesta conjuntura que o Supremo Tribunal Federal deve atuar com uma Corte Suprema, de maneira proativa, interpretando e constituindo teses jurídicas a serem seguidas por todos os órgãos judiciais do país.

Se a Constituição Federal deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para promover a unidade do direito e o Código de Processo Civil de 2015 positivou um sistema de precedentes, visando privilegiar a estabilização das decisões judiciais e a promoção da igualdade perante a lei e ao ordenamento jurídico, não resta opção à Suprema Corte brasileira que não a de enfrentar a crise de insegurança jurídica vivida no Brasil, resolvendo questões jurídicas de interpretação controvertida no ordenamento jurídico, desenvolvendo o direito e outorgando adequada solução para questões jurídicas novas.

Diante do todo o exposto, esta pesquisa tem por objetivo analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de precedentes judiciais como forma de

concretização da segurança jurídica, considerando a falta de unidade e coerência do Direito provocados pelo Poder Judiciário.

Para tanto, no primeiro capítulo será feito um estudo histórico do constitucionalismo e do novo direito constitucional, momento em que há a constitucionalização do Direito e os princípios constitucionais passam a ser requisito de validade de todo o sistema. Assim, apresentar-se-ão as condições políticas e jurídicas que conduziram à ascensão do Judiciário como protagonista na sociedade contemporânea e sua conseqüente crise na segurança jurídica.

Em seguida, no segundo capítulo, será feito um estudo do sistema de precedentes judiciais, a fim de se compreender suas origens e funcionamento. Verificar-se-á a compatibilização dos precedentes judiciais e a tradição do *civil law*, analisando como os precedentes brasileiros deveriam ser formados. Apresentar-se-á a importância da eficácia jurídica do precedente para garantia de segurança jurídica, tutelando a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico, a previsibilidade e a igualdade perante a lei.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á o papel do Supremo Tribunal Federal como responsável pela efetividade do sistema de precedentes no Brasil e, por conseqüência, pela garantia da segurança jurídica, verificando seus deveres e suas funções dentro desse sistema, por meio de novos perfis que devem ser incorporados à Corte. Examinar-se-ão os instrumentos que tem o Tribunal para constituição de precedentes, bem como a eficácia de suas decisões para a unidade e coerência do sistema jurídico.

Para o desenvolvimento deste trabalho, ter-se-ão as seguintes hipóteses: (1) com o neoconstitucionalismo o Poder Judiciário assumiu o papel de protagonista do sistema jurídico brasileiro, colocando-se como principal centro de decisões da sociedade; (2) o protagonismo judicial, calcado na força normativa da constituição, em que os direitos fundamentais, na forma de princípios, passam a vincular os poderes públicos, levou a um quadro de multiplicidade de possibilidades de decisões judiciais, consubstanciado no aumento do grau de imprevisibilidade e nos pronunciamentos conflitantes, caracterizando um cenário de insegurança jurídica para aqueles que necessitam da intervenção do Estado Judicial para resoluções de suas questões; (3) o sistema de precedentes, se instituído de forma efetiva e sendo observado, é instituto apto a garantir a coerência e unidade do direito; e (4) O Supremo Tribunal Federal

deve atuar como Corte Suprema e principal garantidora da segurança jurídica, isto é, promovendo unidade e coerência do sistema jurídico brasileiro.

O método adotado para esta pesquisa será o hipotético dedutivo, consistente na construção de conjecturas baseada nas hipóteses. Sendo as hipóteses verdadeiras, as conjecturas também serão.

Assim, serão analisadas as hipóteses (1), (2), (3) e (4) colocadas para a pesquisa e, sendo verdadeiras, concluir-se-á que o protagonismo assumido pelo judiciário, da maneira como está posto, prejudica a segurança jurídica e que o Supremo Tribunal Federal, assegurando a adequada instituição e respeito aos precedentes, mantém a coerência e unidade do sistema jurídico, restaurando segurança.

Metodologicamente, utilizar-se-á para o desenvolvimento deste trabalho pesquisa bibliográfica, eminentemente teórica, com os principais constitucionalistas e processualistas contemporâneos que se dedicam ao estudo das transformações do constitucionalismo, dos impactos causados pelo protagonismo judicial no Brasil, dos precedentes judiciais e sua importância para a garantia da segurança jurídica e dos novos perfis que devem ser atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, bem como da eficácia de suas decisões.

2 (NEO)CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO JUDICIAL

Este primeiro capítulo tem por finalidade analisar historicamente a evolução do constitucionalismo até o atual momento do neoconstitucionalismo, com suas principais implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, apresentar-se-ão as condições políticas e jurídicas marcantes que conduziram à ascensão do Judiciário como protagonista na sociedade contemporânea e sua conseqüente crise na segurança jurídica. Portanto, este capítulo pretende apresentar o cenário que fundamenta os demais capítulos deste trabalho, qual seja, a insegurança jurídica provocada pelo Poder Judiciário com a falta de unidade, coerência e previsibilidade do Direito.

2.1 Constituição

A Constituição cria ou reconstrói o Estado, definindo sua estrutura, organizando o poder político, limitando-o, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins políticos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída¹.

Como regra geral, a partir daquilo que se vê na maioria dos países, terá forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito².

Do ponto de vista político, é possível conceituar a Constituição como “um conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade”³.

Do ponto de vista jurídico, faz-se necessário distinguir suas dimensões:

(i) em sentido formal, a Constituição é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

² Ibidem.

³ Ibidem, p. 90.

processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou reformador como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas⁴;

(ii) em sentido material, a Constituição é o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como e por quem serão dirigidos, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos, e normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Aqui estão os direitos fundamentais⁵.

Numa acepção mais moderna, dentro de seu sentido material, a Constituição tem por meta, além de erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e protegendo os indivíduos contra eventuais abusos, criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais supra citada as de agente intervencionista e de prestador de serviços⁶.

2.1.1 Principais concepções sobre constituição

Tradicionalmente, conforme indicado por Flávio Martins Alves Nunes Junior⁷, apontam-se três principais concepções, ou sentidos, sobre constituição: (i) a sociológica, de Ferdinand Lassalle; (ii) a política, de Carl Schmitt; (iii) e a jurídica, Hans Kelsen. No entanto, atualmente faz-se relevante também apresentar a (iv) concepção axiológica de Ronald Dworkin.

4 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

5 Ibidem.

6 Ibidem.

7 NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: RT, 2017.

(i) em seu sentido Sociológico, a Constituição real é a soma dos fatores reais de poder, isto é, as relações de poder que existem na sociedade: poder político, poder religioso, poder econômico, poder militar etc. Diversa da Constituição real está a Constituição jurídica, que é a norma jurídica emanada do Estado e que Ferdinand Lassalle denomina como sendo uma folha de papel. Assim, de nada adianta o texto constitucional distanciar-se da realidade, dos fatores reais de poder. De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder. Ou seja, a Constituição jurídica, escrita, não pode se distanciar da Constituição real, sob pena de se tornar totalmente ineficaz⁸.

(ii) em seu sentido Político, Carl Schmitt, assim como Ferdinand Lassalle, não considera Constituição como sendo a Lei Constitucional. A Constituição, para Schmitt, é uma decisão política fundamental, da qual pode ser feita uma norma jurídica ou não. Toda lei, como regulação normativa, necessita para sua validade de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente. E é exatamente essa decisão tomada pela autoridade existente (que pode ser o povo ou alguém que o represente) que é a Constituição. Assim, o governante deve respeitar a Constituição, ainda que deixe de cumprir a Lei Constitucional⁹.

(iii) em seu sentido jurídico, consubstanciado na obra “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, o Direito é um sistema hierárquico de normas jurídicas emanadas do Estado. Essa hierarquia se dá na medida em que a norma jurídica inferior obtém sua validade na norma jurídica superior. E nessa hierarquia das normas, a Constituição é a lei mais importante do ordenamento jurídico de um país e pressuposto de validade de todas as leis. Essa definição de Constituição enquanto lei dá-se o nome de sentido jurídico-positivo, em que todas as leis retiram sua validade da Constituição. Ainda acrescenta Kelsen que acima da Constituição há uma outra norma, uma norma fundamental, que é pressuposto de validade da Constituição, chamada norma fundamental hipotética, cujo único mandamento é “obedeça a Constituição”. A essa percepção dá-se o nome de sentido lógico-jurídico¹⁰.

⁸ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

⁹ SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Ed. Alianza Editorial: Madri, 2011.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

(iv) em seu sentido axiológico, a Constituição é um sistema objetivo de valores. Valores estes de conteúdo moral e revelados através dos princípios. Para Dworkin, a interpretação da Constituição se dá por argumentos de princípios, buscando-se nos valores, que se manifestam através dos princípios, para então entender-se o que é a Constituição e solucionar alguns problemas, sobretudo nos casos difíceis (os *hard cases*)¹¹.

2.2 Constitucionalismo

A origem do constitucionalismo regressa ao povo hebreu, em que partiram as primeiras manifestações deste movimento em busca de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto¹², caracterizando-se, fundamentalmente, a partir da ideia de que o detentor do poder estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente os governantes e governados¹³.

O conceito de constitucionalismo está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que se realiza o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessários para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar¹⁴.

Constitucionalismo, no dizer de Canotilho:

É a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensões estruturante da organização político-social de uma comunidade. Representa uma técnica específica de limitação do poder do Estado por meio de um Constituição¹⁵.

Numa acepção histórica, prossegue o constitucionalista português, conceitua-se constitucionalismo como:

O movimento político, social e jurídico que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

¹³ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 14 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político¹⁶.

É um movimento social porque resultou na soma de uma série de movimentos sociais historicamente relevantes, buscando a limitação do poder do Estado e o reconhecimento dos direitos fundamentais. Exemplo maior dessa característica é a Revolução Francesa, que originou o Constitucionalismo Francês¹⁷.

É um movimento político, pois foram necessários acordos e negociações políticas no intuito de limitação do poder estatal e organização do Estado por meio de uma Constituição, tendo como exemplo o movimento constitucional norte-americano¹⁸.

E é também um movimento jurídico dado que consiste na construção de teorias, desde a busca inicial pela força normativa da Constituição, capaz de alterar a realidade e limitar o poder estatal, até as teorias jurídicas mais modernas, relevando-se, assim, num sistema dotado de um corpo normativo, que se encontra acima dos próprios governantes¹⁹.

O constitucionalismo não se desenvolveu de forma idêntica em todos os países, razão pela qual Canotilho demonstra sua preferência pela expressão “movimentos constitucionais”, ao invés de constitucionalismo, afirmando que “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos: o antigo, o medieval, o moderno e o contemporâneo (neste, os mais importantes foram o inglês, o americano e o francês)”²⁰.

O constitucionalismo antigo desenvolveu-se por toda a antiguidade clássica, tendo presença marcante nas cidades-Estados gregas onde se consagrou, por quase dois séculos (V a III a.C.), um regime político-constitucional de democracia direta com igualdade entre governantes e governados, cujo poder político foi isonomicamente distribuído entre todos os cidadãos ativos²¹.

¹⁶ Ibidem, p. 52.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem, p. 48.

²¹ Ibidem.

A República romana também foi palco importante para o amadurecimento das ideias constitucionalistas, sobretudo em razão de haver instituído um sistema de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político. Isto é, em Roma, com a instauração do governo republicano, o poder político passou a sofrer limitações, sobretudo em razão da elaboração de um complexo sistema de freios e contrapesos entre os diferentes órgãos políticos²².

Já na Idade Média, durante vários séculos, os homens viveram sob a tutela de regimes absolutistas, no seio dos quais ficava vedada qualquer forma participativa, e nenhum limite poderia ser imposto aos governantes. Estes eram compreendidos como verdadeiras reencarnações do soberano ou entidades divinas, enviados de Deus para cumprir a função de comandar o povo e, portanto, todo o aparelho estatal, o que poderiam fazer de acordo com sua vontade, livres de quaisquer limitações. Suas decisões eram consideradas acima das leis, ou seja, seus atos não se submetiam ao controle jurídico²³.

Contudo, é ainda na Idade Média que o constitucionalismo reaparece como movimento de conquista de liberdades individuais, como bem o demonstra a aparição de uma Magna Carta. Não se limitou a impor balizas para a atuação soberana, mas também representou o resgate de certos valores, como garantir direitos individuais em contraposição à opressão estatal²⁴.

Foi na Idade Média, em especial com a Magna Carta inglesa de 1215, que o constitucionalismo obteve importantes vitórias com a limitação do poder absoluto do Rei, através do reconhecimento naquele texto escrito, que representou um pacto constitucional entre o Rei e a Nobreza e Igreja, da garantia da liberdade e da propriedade²⁵.

Essa declaração, consistente num pacto firmado em 1215 entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões ingleses, apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para

²² Ibidem.

²³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁴ Ibidem.

²⁵ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade²⁶.

A Magna Carta deixa implícito pela primeira vez na história política medieval que o rei se acha naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita, inaugurando, assim, a “pedra fundamental para a construção da democracia moderna”²⁷.

Após a Magna Carta inglesa, o constitucionalismo deslança em direção à modernidade, ganhando novos contornos. A partir daí são elaborados importantes documentos constitucionais escritos (*Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; *of Rights*, de 1689, etc.), todos com vistas a realizar o discurso do movimento constitucionalista da época. No século XVIII, o constitucionalismo ganha significativo reforço com as ideias iluministas, a exemplo da doutrina do contrato social e dos direitos naturais, de filósofos como John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778) e Kant (1724-1804), que se opunham aos governos absolutistas (*luzes contra trevas*), e que serviram de combustível para as revoluções liberais²⁸.

Sobre o constitucionalismo moderno, Canotilho informa que:

Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII²⁹.

O constitucionalismo moderno, assim, surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. Neste

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, p. 34.

²⁸ Ibidem.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 14 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político³⁰.

Com isso, a Constituição é concebida como um documento escrito e rígido, manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto. Como não pode ser desrespeitada, institui um sistema de responsabilização jurídico-política, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento³¹.

Assim, no constitucionalismo moderno, a Constituição deixa de ser concebida como simples aspiração política da liberdade para ser compreendida como um texto escrito e fundamental, elaborado para exercer dupla função: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais.

Ao longo do século XIX e XX, o Constitucionalismo Moderno triunfou como modelo jurídico. Diversos países passaram a adotar, sob a influência do constitucionalismo francês e norte-americano, uma Constituição escrita, limitando os poderes do governante. Como exemplo temos as primeiras Constituições da Espanha de 1812 e de Portugal de 1822³².

Com a primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo passa por uma profunda mudança em seu caráter. Ao mesmo tempo em que gerava novos Estados adotando Constituições escritas, as consequências da Primeira Guerra desassociam esse movimento do liberalismo³³.

As Constituições passam a ter uma preocupação com o econômico e com o social, configurando um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social

³⁰ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

³¹ Ibidem.

³² NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: RT, 2017.

³³ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados por meio de prestações positivas oferecidas à sociedade³⁴.

O Estado do Bem-Estar Social, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a estabelecer os seus fundamentos básicos, delimitando os seus contornos, o que teve início com a revolucionária Constituição mexicana de 1917³⁵.

No Brasil, a Constituição de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social. “E desde a Carta de 1934 até a atual, o regime constitucional brasileiro tem se pautado por uma conjugação de democracia liberal e de democracia social”³⁶.

2.3 Neoconstitucionalismo

Para melhor compreensão deste importante movimento denominado neoconstitucionalismo, base teórica que fundamenta a principal premissa deste trabalho, apresentar-se-ão as transformações filosóficas que antecederam a esse novo direito, bem como as mudanças de paradigmas do Direito Constitucional.

2.3.1 Jusnaturalismo

O jusnaturalismo representou uma corrente filosófica fundada na existência de um direito natural, consistente no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimos que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo, mas sim de uma ética superior. Este direito natural apresenta-se tanto como uma lei estabelecida pela vontade de Deus, como uma lei ditada pela razão³⁷.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 38.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Já o direito natural moderno, que se inicia a partir do século XVI, teve ênfase na natureza e na razão humana, e não mais na origem divina, sendo um dos marcos da Idade Moderna³⁸.

Com a modernidade desenvolvem-se os ideais de conhecimento e de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo, dando substrato à limitação ao poder do Estado³⁹.

Segundo Barroso, a Revolução Gloriosa da Inglaterra de 1689, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 tiveram muitas ideias jusnaturalistas, sob a influência do John Locke (que fora antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau) ⁴⁰.

O jusnaturalismo esteve ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, a partir do século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês. Buscam-se documentos legislativos que agrupassem e organizassem as normas, promovendo uma identificação entre o Direito e a lei. Assim, a Escola da Exegese impôs apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação do juiz, simbolizando a vitória do direito natural⁴¹.

Porém, no início do século XIX, os direitos naturais, que haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos, já não traziam mais a revolução, mas sim a conservação. Sendo considerado anticientífico, o direito natural dá lugar ao positivismo do século XIX⁴².

2.3.2 Positivismo jurídico

Para Barroso, o positivismo jurídico procurou criar uma ciência jurídica, com objetividade científica e ênfase na realidade observável, ao invés da especulação

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

filosófica, apartando o Direito da moral e dos valores transcendent⁴³. Assim, Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, de modo a fundar-se em juízos de fato e não de valores.

Com seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen⁴⁴, o positivismo jurídico tem como características a aproximação entre Direito e norma; a afirmação da estabilidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico, contendo instrumentos suficientes para solucionar qualquer caso, sem a existência de lacunas que não possam ser supridas com elementos do próprio sistema; o formalismo, com procedimento de criação de normas; a subsunção; entre outros⁴⁵.

O modelo positivista, calcado na aplicação mecânica das normas no julgamento, método da subsunção, prevaleceu até a Segunda Grande Guerra. Havia uma supremacia do Poder Legislativo, que interpretava a Constituição e repassava seus ditames em forma de lei. As leis ditavam os rumos da sociedade, sem preocupação com parâmetros morais e de justiça.

No entanto, com o tempo, o positivismo sujeitou-se a críticas crescentes, sobretudo quando o legalismo serviu de disfarce para autoritarismos, estando, assim, sua decadência diretamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Em nome da lei, esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente. “Os acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. No fim da Guerra, não seria mais possível admitir um ordenamento jurídico que fosse indiferente a valores éticos”⁴⁶.

Ou seja, com o enfraquecimento do Legislativo, que não foi capaz de impor limites jurídicos aos desmandos do governo e ainda criou um sistema normativo que legitimou atitudes totalitárias, passa-se a haver uma preocupação em se inserir valores morais no ordenamento jurídico para servir de limites para o poder público, visando à proteção diante da utilização abusiva das leis.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴⁶ Ibidem, p. 237.

Assim, a superação do jusnaturalismo e as consequências do positivismo permitiram reflexões acerca do Direito, de sua função social e sua interpretação, fazendo surgir uma nova filosofia do Direito, que passou a influenciar sobremaneira, principalmente, a jurisprudência nos últimos tempos.

2.3.3 O Estado constitucional de direito

Com a Revolução Francesa, o Estado de direito, que expressa a ideia de supremacia da lei, se consolida com a adoção do modelo da separação dos Poderes e proteção dos direitos individuais.

A partir do término da Segunda Guerra desenvolve-se o Estado constitucional de direito, consolidando-se profundamente no último quarto do século XX, tendo como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis passa a depender, além da forma de sua produção, da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Para Barroso, ainda mais: a Constituição determina deveres de atuação ao legislador e ao administrador. Já a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a “competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”⁴⁷.

2.3.4 Principais marcos para o novo direito constitucional

Identificam-se, segundo Barroso, majoritariamente: o marco histórico, com o pós-guerra; o marco filosófico, com o pós-positivismo; e o marco teórico, com a mudança de paradigma em relação à aplicação do direito constitucional⁴⁸.

O marco histórico no novo direito constitucional na Europa foi o pós-guerra. No Brasil, foi com a Constituição de 1988 que o direito constitucional atinge seu apogeu⁴⁹.

⁴⁷ Ibidem, p. 240.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

Ao longo da segunda metade do século XX, a Constituição ganha grande importância sobre as instituições, produzindo uma nova forma de organização política, chamada de Estado constitucional de direito e caracterizando-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais⁵⁰.

O marco filosófico é o pós-positivismo. O positivismo, na busca pela objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastando-o dos conceitos de justiça, sendo dominante no pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito. Esse pós-positivismo não surge como desconstrução do positivismo, mas como uma superação daquele conhecimento convencional. Assim, surge guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas introduzindo ideais de justiça e legitimidade⁵¹.

O pós-positivismo se inspira na teoria da justiça e na legitimação democrática, pretendendo ir além da legalidade escrita, porém sem desprezar o direito posto. Procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis; o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua diferença qualitativa entre as regras; a habilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana⁵².

Assim, o pós-positivismo pretende ser uma teoria geral do direito aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, cujo aspecto distintivo consiste na defesa de uma conexão necessária entre o direito e a moral⁵³. E como produto do pós-positivismo, em grande parte, tem-se o novo direito constitucional.

O marco teórico do novo Direito Constitucional passa pela expansão da jurisdição constitucional e pelo reconhecimento da força normativa da constituição⁵⁴.

A partir do final da década de 1940, aparece o modelo da supremacia da Constituição, envolvendo o constitucionalismo dos direitos fundamentais, em que sua

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

proteção passava a ficar a cargo do Judiciário, ocasião em que surgiram os tribunais constitucionais e o controle de constitucionalidade⁵⁵.

No Brasil, apesar do controle de constitucionalidade incidental existir desde a primeira Constituição republicana, de 1891, o controle por via principal, abstrato e concentrado, foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, sendo de atribuição exclusiva do Procurador-Geral da República. A partir da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional expande-se fortemente com a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, além da criação de novos mecanismos de controle, a exemplo da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.3.5 A força normativa da constituição

A partir da obra “A Força Normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, escrita em 1959, a Constituição deixa de ser um documento essencialmente político, com normas apenas programáticas, e passa a ter força normativa, caráter vinculante e obrigatório, além de intensa carga valorativa.

Hesse afirma que “toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”⁵⁶. Ou seja, há uma crítica à que a Constituição seria apenas uma “folha de papel”, como afirmara Ferdinand Lassalle⁵⁷, ao mesmo tempo em que se contesta a tese de um ato normativo desvinculado da realidade.

Hesse reconhece que a Constituição deve ser compreendida como ordem jurídica fundamental de uma sociedade, que se estrutura a partir de certos princípios fundamentais⁵⁸. Logo, ao se falar em sua concretização, levantam-se exigências no sentido de: (1) fixar princípios diretores que conduzam à ideia de unidade política e de

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 17.

⁵⁷ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

desenvolvimento estatal; (2) fixar procedimentos capazes de solucionar controvérsias internas à comunidade; (3) fixar uma disciplina de organização e de formação da unidade política e da atuação estatal; e (4) criar as bases dos princípios componentes da ordem jurídica⁵⁹.

De acordo com Barroso, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculante e obrigatório de suas disposições, sendo as normas constitucionais dotadas de imperatividade, inclusive com cumprimento forçado em caso de sua inobservância⁶⁰.

2.3.6 O novo direito constitucional

O Neoconstitucionalismo, surgido na Europa com a Constituição da Itália, de 1947, e da Alemanha, de 1949, é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, tendo como marco o princípio da força normativa da Constituição e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente os direitos fundamentais. Ressalta-se, como fez Flávio Martins, que esse movimento “não tem o escopo de contestar as conquistas do Constitucionalismo moderno, a exemplo da limitação do poder do Estado, mas visa a aperfeiçoar novas práticas e estabelecer novas paradigmas”⁶¹.

O neoconstitucionalismo, assim, perpassa pela constitucionalização do direito e da força normativa da constituição, que se torna o centro do ordenamento, bem como pela reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral e, sobretudo, o direito e a justiça, numa busca pela superação da dicotomia jusnaturalismo versus positivismo, sob a base do pós-positivismo.

Para Dirley da Cunha, o neoconstitucionalismo abrange: a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia; a incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas

⁵⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶¹ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 67.

fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como diversos temas do direito infraconstitucional; e a eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas⁶².

Bernardo Gonçalves afirma que as perspectivas neoconstitucionais se enveredam pelas seguintes teses⁶³:

- a) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas constitucionais e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais (busca pela efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista sua eficácia irradiante), para todos os ramos do ordenamento, na lógica de que as normas constitucionais dotadas de força normativa devem percorrer todo o ordenamento e condicionar a interpretação e aplicação do direito;
- b) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- c) rejeição do formalismo e a busca mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico como a ponderação e as teorias da argumentação;
- d) reaproximação entre o direito e a moral, um moralismo jurídico ou uma leitura moral da Constituição;
- e) a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (o Judiciário passa a ser um poder protagonista das ações).

Com isso, em consequência, tem-se uma leitura da teoria da norma, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, a exigência de procedimentos complexos como o da ponderação para a solução de colisões entre eles; da teoria das

⁶² CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

fontes, com o desenvolvimento e fortalecimento do papel do judiciário, bem como dos Tribunais Constitucionais para a concretização da Constituição, levando, com isso, a uma ampliação da judicialização das questões político-sociais assumindo o Judiciário um papel central⁶⁴.

Além disso, pode-se incluir a teoria da interpretação, com a necessidade de novas posturas interpretativas à luz do papel assumido pela Constituição no que tange à sua centralidade e força normativa, fazendo com que os antigos métodos tradicionais da interpretação, nascidos do direito privado, sejam colocados em questionamento perante novas práticas hermenêuticas alinhadas a teorias da argumentação e à busca de racionalidade das decisões judiciais, tendo em vista a filtragem constitucional e a interpretação das normas jurídicas, conforme a constituição⁶⁵.

No Brasil, o neoconstitucionalismo vem se desenvolvendo de forma célebre após a promulgação da Constituição de 1988, com o devido reconhecimento da normatividade e centralidade constitucional, e por meio da busca de concretização e efetividade de suas normas.

O neoconstitucionalismo, enfim, propõe-se a ser uma teoria desenvolvida para um modelo específico de organização jurídico-política, que é o constitucionalismo contemporâneo, característico de determinados tipos de Estado, como o Estado constitucional democrático, no qual a incorporação de um extensivo rol de valores morais pelo direito, sobretudo por meio dos princípios constitucionais, inviabiliza qualquer tentativa de separação entre os valores éticos e o conteúdo jurídico⁶⁶.

2.4 Constitucionalização do direito do Brasil

O sentido de constitucionalização do Direito associa-se ao grandioso efeito expansivo das normas constitucionais, “cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”⁶⁷.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 334.

O processo de constitucionalização do direito deu-se na Alemanha. Com a Lei Fundamental de 1949, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, devem desempenhar também a função de instituir uma ordem objetiva de valores. Para Barroso:

O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais⁶⁸.

No Brasil, como já visto, o novo direito constitucional desenvolveu-se partir da Constituição de 1988. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, resultando na aplicação direta da Constituição a diversas situações e, sobretudo, na interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com o texto constitucional. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

A partir de 1988, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. “Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos”⁶⁹.

A constitucionalização do direito infraconstitucional tem como sua principal marca a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional, de modo que toda interpretação jurídica passa a ser também uma interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior.

Nos dizeres de Barroso, a Constituição é aplicada (a) diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional; e b)

⁶⁸ Ibidem, p. 337.

⁶⁹ Ibidem, p. 343.

indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, orientando seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais⁷⁰.

Assim, a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema⁷¹.

A constitucionalização do direito repercute sobre todos os Poderes do Estado, impondo deveres de atuação, tudo com o fim de se observar os ditames da Constituição.

De acordo com Barroso, relativamente ao Legislativo, pode-se afirmar que a constitucionalização do direito: (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral; (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No que tange à Administração Pública: (i) limita-lhe a discricionariedade; (ii) impor a ela deveres de atuação; (iii) fornece fundamentos de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário⁷².

Quanto ao Poder Judiciário: (i) serve de parâmetro para o controle (incidental e por ação direta); (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares: estabelece limitações a sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais⁷³.

Quando se considera que, no Brasil, a Constituição de 1988 expressa uma heterogênea mistura de interesses (sejam de trabalhadores, de classes econômicas e categorias funcionais, de reservas de mercado, de privilégios, entre outros), numa Carta analítica, prolixa e corporativa, tem-se que todos os principais ramos do direito infraconstitucional acabaram tendo aspectos seus tratados na Constituição.

Diante de todo o exposto, pode-se perceber que o novo direito constitucional, a força normativa da constituição e a constitucionalização do direito

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem, p. 344.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

tornaram o Poder Judiciário o protagonista do sistema jurídico brasileiro, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a última palavra do direito.

2.5 Ascensão do judiciário

Com o novo direito constitucional e, no Brasil, com a Carta de 1988, o Judiciário, em especial seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, vem aumentando sua importância no cenário nacional, assumindo uma posição de centralidade na vida institucional brasileira, com decisões que cada vez mais invadem a esfera de competência dos demais Poderes. Sem a intenção de esgotar o tema, passa-se inicialmente a analisar alguns aspectos que favorecem a expansão de poder do Judiciário brasileiro: os chamados conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios e a intervenção judicial da vida brasileira.

2.5.1 Os chamados conceitos jurídicos indeterminados

São expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não fez – por não poder fazer ou simplesmente não querer fazer –, no relato abstrato de enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da CF/88, a saber: “pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, entre outras”⁷⁴.

Ou seja, são cláusulas gerais, de linguagem aberta e vaga, que transferem ao intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos concretos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o conceito jurídico indeterminado, compreendido como um dispositivo vago e que também possibilita interpretação

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 302.

ampla, não depende de edição posterior de outra norma, sendo, sim, instituto de grande amplitude”⁷⁵.

Os conceitos jurídicos indeterminados, não tendo qualquer vinculação com outras normas, podem fazer surgir uma série de diferentes decisões, a depender da interpretação a ser dada. Como a aplicação judicial de um direito depende da atuação de cada juiz, são diversos os fatores que influenciam na interpretação da norma, haja vista não haver isenção de valores.

Fatores como colisão de normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais; como o método interpretativo do juiz, que pode recorrer a elementos extrajurídicos, como econômicos ou políticos e legitima sua decisão indicando um direito fundamental que tenha proximidade com a decisão; e relativos à questão moral; tudo isso pode ocasionar em um sistema jurídico sem a necessária e adequada previsibilidade nas decisões judiciais, que asseguram um mínimo de estabilidade e continuidade necessárias às relações em sociedade.

2.5.2 A normatividade dos princípios

Segundo Dworkin, os princípios são padrões que devem ser respeitados para poder atender a algum critério de justiça ou de equidade de algum padrão de moralidade, não sendo necessário que esteja positivado⁷⁶.

Com o novo direito constitucional, houve uma troca da superioridade legislativa pela superioridade da Constituição, das regras pelos princípios. Representando a existência de justiça e moralidade, os princípios constitucionais passam a ser requisito de validade do sistema. Suas normas são de vinculação obrigatória para as leis ordinárias e para a atuação dos poderes estatais, bem como para os particulares.

De acordo com Paulo Bonavides, os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo um sistema normativo, de modo que

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

“todo o discurso normativo tem que colocar em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam”⁷⁷.

Os princípios são dotados de eficácia jurídica. São, por vezes, fundamentos direto de uma decisão e, de outras vezes, terão incidência indireta, condicionando a interpretação de determinada regra.

Barroso apresenta três modalidades de eficácia dos princípios: direta, interpretativa e negativa⁷⁸.

Terá eficácia direta (ou positiva) quando incidir sobre uma realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica contida no princípio. Ou seja, o princípio opera no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato.

Já a eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais, funcionando como vetores da atividade do intérprete, principalmente na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Assim, orientam a interpretação das regras para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

Por fim, a eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão, podendo, inclusive, resultar na declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

A fim de ilustrar essa aplicação concreta dos princípios, tem-se a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, orientador da interpretação das leis ordinárias, fundamento para decisões judiciais de diversos alcances (como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público).

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 307.

Também pode-se citar o princípio republicano (fundamento para interpretação restritiva das hipóteses de tratamento especial conferido a agentes públicos, como os relativos ao foro por prerrogativa de função), o princípio da isonomia (fundamento da adoção de cotas raciais em universidades), o princípio do devido processo legal (fundamento para o reconhecimento de constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições de réu não oferecem perigo), o princípio da razoabilidade (fundamento para o controle de legitimidade das desequiparações entre pessoas), entre tantos outros.

2.5.3 A intervenção judicial na vida brasileira

Como visto, no Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, não apenas disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, mas também estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Essa interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais representa o que Barroso chama de jurisdição constitucional. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda, envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição⁷⁹.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 302.

Intervenção judicial significa, em última análise, a transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da judicialização⁸⁰.

Dentre as causas existentes para esse fenômeno, pode-se apresentar a percepção da sociedade de um Judiciário forte e independente, capaz de garantir direitos que a política majoritária, muito em razão da crise de representatividade, não assegura, tornando esse Poder, ao menos do ponto de vista de grande parte da sociedade brasileira, o grande promovedor de justiça. Como consequência disso, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais no Brasil⁸¹.

Outra causa desse fenômeno refere-se ao fato de que os próprios “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”⁸². Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas que são divisíveis, a exemplo da união homoafetiva e da criminalização da homofobia.

Como o Brasil possui uma Constituição analítica, abrangente, esse fenômeno assume proporções colossais, fazendo com que muitos assuntos da vida política, econômica e social sejam “constitucionalizáveis”, isto é, levados para o universo do Poder Judiciário, que passa a ser um grande direcionador da vida brasileira.

Essa ascensão do Poder Judiciário frente aos outros poderes, essa transformação institucional que o retirou do papel de coadjuvante e o colocou na posição de centro das principais decisões políticas do Estado, esse protagonismo judicial na concretização dos ditames constitucionais, essa transferência das decisões relevantes da sociedade para o Judiciário, tudo isso levou ao denominado ativismo judicial, tema a ser analisado na sequência.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem, p. 432.

Quando questões relevantes, seja do ponto de vista político ou social, são decididas pelo Poder Judiciário, refletindo uma transferência de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, tem-se a judicialização.

Quando essa transmissão atinge questões políticas importantes dos poderes políticos, isto é, assuntos que seriam próprios dos outros Poderes da política democrática, tem-se a judicialização da política.

Luiz Roberto Barroso ampliou o conceito de judicialização utilizando o termo “judicialização da vida”, em que as decisões políticas e sociais de uma sociedade são transferidas para o domínio do judiciário, em detrimento dos outros poderes, tanto do ponto de vista quantitativo (pela explosão de litigiosidade no Brasil) como qualitativo⁸³.

Em relação a judicialização qualitativa (expressão que representa a judicialização da política), tem-se que boa parte das grandes questões nacionais políticas, econômicas e sociais passaram a ser tratadas pelo Poder Judiciário brasileiro. Considerando apenas o Supremo Tribunal Federal, Barroso cita exemplos como *impeachment*, planos econômicos, possibilidade ou não de prisão após condenação em segundo grau, foro privilegiado, descriminalização de drogas, entre outros. Essas grandes questões nacionais terminam sendo judicializadas quando não são resolvidas pelas instâncias políticas tradicionais⁸⁴.

2.6 Ativismo judicial

Segundo Barroso:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Nesse período ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial, ganhando força a

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁸⁴ Ibidem.

expressão ativismo judicial e sendo equiparada ao exercício impróprio do poder judicial⁸⁵.

Ativismo judicial está associada a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁸⁶.

Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial é o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento⁸⁷”, representado pela “descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁸⁸.

O professor norte-americano Craig Green discorre sobre o ativismo judicial como “o abuso da independência judicial, quando é exercida fora dos limites da função judicial [...] e que existe para delinear o uso inapropriado do poder e da discricionariedade judiciais que vão de encontro a normas concernentes à função judicial”. Para o professor, decisões oriundas do ativismo judicial seriam decisões não-judiciais⁸⁹.

Conforme Carlos Eduardo Dieder Reverbel, tem-se o ativismo judicial quando “o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política [...] acabando com o Estado de Democracia, com a roupagem de estar instaurando um verdadeiro Estado de Direito”⁹⁰.

Para Mauro Cappelletti, o ativismo judicial se notabiliza por uma opção de postura do Judiciário frente a sociedade, cabendo a escolha entre continuar adepto à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional, marcadamente do século

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 433.

⁸⁶ Ibidem, p. 434.

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁸⁸ Ibidem, p. 308.

⁸⁹ GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal. v. 58, n. 5 Atlanta: Emory University School of law, 2009, pp. 21-23.

⁹⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 4, n. 1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009, p. 8-10.

XIX, ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se finalmente um forte e importante poder⁹¹.

Não há dúvidas de que o Brasil tem sido palco do ativismo judicial, ligado à ascensão do Poder Judiciário, que ganhou mais visibilidade e importância política. O professor Oscar Vilhena Vieira utiliza o termo “Supremocracia” para caracterizar o protagonismo judicial na figura do Supremo Tribunal Federal, com tanta concentração de poderes⁹².

Com a Constituição de 1988 o Judiciário tornou-se o principal ator no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação de direitos fundamentais. Carlos Alexandre de Azevedo Campos informa que nas 1ª e 2ª instâncias tornaram-se comuns decisões que interferem diretamente em políticas públicas e sociais, como por exemplo as de moradia, urbanização, educação, meio-ambiente, sistema prisional, de saúde, entre outros⁹³.

Com isso, temos como núcleo do ativismo judicial a escolha do Poder Judiciário em assumir uma postura ativa na concretização dos direitos fundamentais, deixando de lado a tradicional separação rígida dos poderes e assumindo responsabilidades para ditar os rumos da sociedade. Ou seja, o judiciário assume o papel de protagonista.

Diante do que foi até aqui exposto neste primeiro capítulo, como fomentadores do ativismo judicial, e consequente protagonismo do Poder Judiciário, em breve síntese, pode-se elencar (i) a superação do modelo positivista; (ii) a crise dos poderes Legislativo e Executivo; e (iii) a força normativa da constituição de 1988, com a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações.

Em relação à superação do modelo positivista, tal análise já foi feita no item 2.3.2 deste capítulo, a qual remetemos o leitor.

Em relação ao poder Legislativo, impulsiona o ativismo judicial a morosidade na produção das leis de interesse público e a abstenção nas decisões de

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

⁹² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**. Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

assuntos polêmicos, isto é, assunto delicados que fazem parte da vida política, mas que são capazes de comprometer futuras eleições. Tudo isso gerou enorme desconfiança no Legislativo, com a conseqüente crise de representatividade desse Poder por não cumprir os objetivos pretendidos e/ou, principalmente, por cumprir de maneira desvirtuada. A sociedade, assim, passa a desacreditar nessa instituição e de sua capacidade de representar seus anseios.

No que diz respeito à força normativa da constituição de 1988, com aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais, importante partir da premissa de que direito fundamental não possui um conteúdo fechado e definido, necessitando de especificação em cada caso concreto.

Os direitos fundamentais passam a ter aplicação direta na sociedade sob a forma de princípio. Como consequência da aplicação direta da Constituição, os direitos fundamentais são encarados como ditames obrigatórios na forma de princípios. Ocorre uma subordinação das leis e do poder público aos princípios constitucionais, na forma dos direitos fundamentais. Com isso, os princípios constitucionais passam a ser requisito de validade de todo o sistema. Suas normas são de vinculação obrigatória para as leis ordinárias e para a atuação dos poderes estatais, bem como para os particulares.

Porém, como grande problema que se coloca, os direitos fundamentais possuem definição aberta por conta de sua natureza principiológica. Diferentemente das regras, que seguem a lógica do tudo ou nada, os princípios possuem uma dimensão de peso. Um princípio pode ter um peso maior em determinado caso concreto, em detrimento de outro, sendo mais importante neste caso.

Segundo Barroso, exatamente por conta dessa conotação aberta, os princípios acabam por fornecer apenas ditames gerais e abstratos, necessitando de uma complementação por parte do intérprete para sua aplicação⁹⁴. Para Alexy, é nesse momento que surge a necessidade da utilização da ponderação na aplicação dos direitos fundamentais, através da técnica da ponderação e proporcionalidade⁹⁵.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

Tem-se, com isso, a concessão de grande margem interpretativa na utilização desses princípios, pois se a utilização de princípios e da ponderação possibilitou uma atuação incisiva do judiciário, sua aplicação auferiu um cunho de alta subjetividade interpretativa, uma larga margem de indefinição do conteúdo dos princípios e um clima de insegurança.

O intérprete acaba deturpando o texto constitucional de acordo com a sua conveniência, com seus valores, com fatores econômicos ou políticos, por conta do subjetivismo e variação de conceitos. Passa-se a ter a concreta possibilidade de imposição de valores dos juízes, que citam conceitos como princípios, ponderação e valores mínimos para respaldar suas decisões, que em verdade está repleta de valores pessoais.

Na realidade, o modelo jurídico que deveria privilegiar a justiça na aplicação das normas dos valores constitucionais, acaba por proporcionar o ditame de valores pessoais.

Ampliando a possibilidade de participação do judiciário nas decisões baseadas na constituição, na aplicação direto dos direitos fundamentais na forma de princípios, possibilitou-se a cada juiz, a bem da verdade, a aplicação de seus diversos valores pessoais a demandas judiciais de forma desordenada. Vários juízes aplicando diversos valores a diversas causas culminam em um enorme clima de incerteza jurídica.

Como a Constituição de 1988, analítica, trouxe diversos artigos com aspecto de conceitos indeterminados, possuindo abertura em sua definição, e considerando a sua forma normativa, criou-se a possibilidade de que qualquer assunto possa ser inserido como constitucional, servindo de embasamento para aplicação de valores pelos juízes.

A consequência deste quadro é uma indesejada diversidade de decisões judiciais, para situações semelhantes, é uma profunda situação de insegurança jurídica no sistema brasileiro, posicionando a segurança e o protagonismo judicial em lados opostos de uma balança em que há uma relação inversamente proporcional.

A falta de uniformização das interpretações judiciais, isto é, a falta de igualdade perante a lei, a falta de relativa previsibilidade em sua interpretação e

aplicação, fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, gerando intranquilidade e ofendendo o respeito à dignidade humana.

Tem-se, com isso, um cenário de insegurança jurídica no sistema jurídico brasileiro, oriundo do protagonismo assumido pelo Poder Judiciário.

2.6.1 Interpretação e alteração do texto constitucional por decisão judicial

Ao lado das competências formais de alteração constitucional, no âmbito da reforma constitucional, existe a possibilidade de mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, isto é, sem que seja alterado o texto da Constituição. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional.

A ideia de mutação constitucional guarda relação com a concepção de que uma constituição é um organismo vivo, submetido à dinâmica da realidade social, e que, portanto, não se esgota por meio de fórmulas fixas e predeterminadas. Ou seja, consiste na modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração do texto constitucional, em virtude da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional⁹⁶.

No entanto, a mutação constitucional assume uma problemática de especial relevância no contexto das constituições rígidas, cujo texto apenas pode ser modificado mediante processo de alteração mais agravado, pois abre maior espaço para o desenvolvimento do direito constitucional pela via da interpretação. Essa maior abertura e indeterminação em geral das disposições constitucionais, do texto constitucional, contribuem para uma maior possibilidade de participação criativa dos órgãos jurisdicionais e de todos os que operam no plano da concretização da constituição⁹⁷.

Para Lenio Streck, “a tese da mutação constitucional nada mais é que uma solução para um suposto hiato entre texto constitucional e realidade social, a exigir uma jurisprudência corretiva [...], ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹⁷ Ibidem.

evolutiva [...] contribuindo para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes⁹⁸.

Conforme será tratado em capítulos seguintes deste trabalho, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente o sentido normativo da Constituição, e não o de mudar a Constituição, de criar o direito, como se acaba fazendo sob a luz da “necessária mutação constitucional”. O judiciário não deveria legislar.

Anderson Teixeira, desejando apresentar um sentido positivo ao ativismo judicial, discorre que:

Um juiz ativista atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar e aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes⁹⁹.

Em que pese a importância e necessidade de se concretizar os princípios constitucionais, a questão que se coloca é que, com a infinidade de interpretações possíveis pelos juízes, tem-se outra infinidade de decisões judiciais divergentes, conflitantes, contraditórias, com ausência de uniformidade perante o direito e eliminação de qualquer previsibilidade que deve ter um sistema jurídico.

O ativismo judicial praticado no Brasil resulta de ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos¹⁰⁰.

Assim, o problema de se ter juízes e tribunais fora dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição é a inevitável multiplicidade de possibilidades de pronunciamentos conflitantes, marcada pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Mut(il)ação constitucional**: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coord.). Crise dos poderes da república: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: RT, 2017, p. 210.

⁹⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 8, 2012, pp. 48-49.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir um mínimo de coerência e integridade do ordenamento jurídico, resultando num cenário de total insegurança jurídica e de desigualdade perante a lei.

Nelson Nery e Georges Abboud apresentam uma crítica no sentido de que a dependência de convicções pessoais do julgador enfraquece a democracia, em especial na questão da responsabilidade do juiz: “apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte e que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém [...]. No Estado Democrático de Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹”.

Diante de todo o exposto, necessário se faz a existência de um sistema que assegure a segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, observando as decisões passadas para aplicação nos casos futuros e semelhantes.

Como alternativa capaz de promover um único sentido ao direito, com coerência, previsibilidade, garantindo a segurança jurídica e a igualdade, passa-se a analisar, no capítulo seguinte, os precedentes judiciais.

¹⁰¹ ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Ativismo Judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo Judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES

Neste capítulo analisar-se-á o sistema de precedentes judiciais no Brasil, como uma alternativa capaz de fornecer ao ordenamento jurídico segurança jurídica, protegendo a estabilidade, a coerência, a previsibilidade e a igualdade do Direito. Após análises históricas, conceitos e características, verificar-se-á o sistema de precedentes instituído no Brasil, a sua importância, o seu alcance e a sua eficácia, sempre buscando sua compatibilização com a tradição jurídica brasileira.

3.1 Sistema de *Common law*¹⁰²

O sistema do *common law* – “direito comum” – é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça. Consubstancia-se em regras não escritas e tem os casos concretos como fontes do direito.

Para Renê David, “todo o estudo do common law deve começar por um estudo do direito inglês. O *common law* é um sistema profundamente marcado pela sua história, e esta história é de forma exclusiva, até o século XVIII, a do direito inglês”¹⁰³. Pela importância, analisar-se-ão, com destaque ao primeiro, o direito inglês e o direito dos Estados Unidos da América, que são os principais sistemas que sustentam a cultura dos precedentes, a cultura precedencialista, verificando a história, a estrutura e as fontes do direito desses dois países.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier,

O common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas do common law, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano¹⁰⁴.

¹⁰² Optou-se por utilizar *common law* e *civil law* como substantivos masculinos, considerando o significado de *law* como direito.

¹⁰³ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009, p. 53.

3.1.1 O *Common law* no direito inglês

A expressão *common law* refere-se à aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepôs ao direito costumeiro aplicado por jurisdições locais. Por isso a palavra *common*, porque valia para todo o reino¹⁰⁵.

De acordo com Aurélio Viana e Dierle Nunes, apesar de Inglaterra ter sido parte do Império Romano, tal romanização não deixou vestígios consideráveis no direito, na língua e em outras instituições dos períodos que se seguiram. Antes dos anos 1000, conviviam no território britânico normas de diversas origens e se aplicavam também os usos locais¹⁰⁶.

A história do direito inglês é dividida por René David em quatro períodos: o primeiro é anterior à conquista normanda de 1066, no qual o direito inglês é conhecido como anglo-saxônico; o segundo período vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), sendo considerado o período de efetiva formação do *common law*, em que se firma um novo sistema jurídico diante dos costumes locais; o terceiro período vai de 1485 até 1832 e corresponde à convivência do *common law* com as regras de equidade, sendo tratado como período da rivalidade com a *equity*; finalmente o quarto período tem início em 1832 e se estende até os dias atuais, denominado de período moderno¹⁰⁷.

Uma data de grande importância na história da Inglaterra é o ano de 1066, em que a Inglaterra é conquistada pelos normandos, iniciando-se a unificação do direito. A conquista normanda levou para a Inglaterra um poder forte e centralizado, desaparecendo a época tribal e instalando-se, com caráter militar e organizado, o feudalismo no país. Esse feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento do *common law*, então chamada de *comune ley*, isto é, o direito comum a toda a Inglaterra¹⁰⁸.

Este direito comum, até 1066, não existia. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplicava o costume local, limitando-se a

¹⁰⁵ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰⁸ Ibidem.

decidir qual das partes deveria provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tinha nenhuma pretensão de ser racional. Depois da conquista, as *County Courts* foram sendo substituídas por jurisdições senhoriais que, ainda que de um novo tipo, continuavam tendo como base a aplicação do direito costumeiro eminentemente local. O direito canônico continua a ser aplicado pelas jurisdições eclesiásticas. A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, foi obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster¹⁰⁹.

No início da conquista normanda os litígios eram levados às diferentes jurisdições, exercendo o rei apenas a "alta justiça", isto é, tomando conhecimento de um litígio apenas em casos excepcionais: quando a paz do reino fosse ameaçada e quando as circunstâncias impossibilitavam que a justiça fosse praticada pelos meios normais.¹¹⁰

Fora das jurisdições reais, de modo geral, todos os litígios continuaram a ser resolvidos pelas *Hundred* ou *County Courts*, pelas jurisdições senhoriais e eclesiásticas, sendo também, posteriormente, resolvidos pelas diversas jurisdições municipais ou comerciais às quais o privilégio de administrar a justiça fora concedido para certos tipos de questões¹¹¹.

Diferentemente do Continente Europeu, que, a partir da síntese de Justiniano, teve o desenvolvimento do direito apoiado nos institutos e nas categorias do direito romano, na Inglaterra os juristas estavam mais preocupados com a prática, num entrelace entre os costumes e o direito¹¹².

No final do século XII o *common law* estava consolidado, sendo assim sintetizado os seus contornos gerais por John Gilissen:

Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz 'dizer o direito', declarar o que é direito; e a *declaratory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata que ele existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão. Na realidade, os juízes referiam-se a princípio (sec. XIII-XIV)

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

sobretudo ao costume, designadamente ao ‘costume geral imemorial do reino’; em seguida, pretendeu-se que um costume só era ‘imemorial’ se existisse já antes de 1189 (data fixada por uma lei de 1275; mas o princípio não foi admitido senão no século XVIII). Os juízes deviam também aplicar as leis. A autoridade da lei em relação ao *common law* foi posteriormente contestada; pretendeu-se mesmo que uma lei apenas era obrigatória se o juiz a considerasse conforme o *common law*¹¹³.

Aurélio Viana e Dierle Nunes apontam que um documento legal, o *Statute of Westminster II*, de 1285, passou a permitir a emissão de *writs*, desde que se estivesse diante de um caso similar ao anterior, associando, assim, *writs* e precedente. A construção do ordenamento jurídico inglês ia se tornando dependente da própria atividade judicial. À medida que novos *writs* eram concedidos, os precedentes passavam a ser estudados e invocados em demandas futuras, operando-se, desta feita, a fórmula típica dos primeiros tempos do *common law*¹¹⁴.

Além de identificar a estirpe do precedente, o *Statute of Westminster II* também está relacionado a uma busca por coerência empreendida pelo rei Eduardo I, que se notabilizou pelo esforço em conferir maior coerência às fontes esparsas do *common law*, tendo sido chamado, por isso, de “Justiniano inglês”¹¹⁵.

Ao exigir o apontamento da semelhança entre o caso presente e o *writ*, a inovação do *Statute of Westminster II* previu a técnica jurídica do cotejo de casos, imersa na cultura do *common law* e capaz de demonstrar a dinâmica de funcionamento desse modelo, que se orienta por decisões passadas. Para Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi, esse modo de limitação e aplicação comparada dos *writs* evoca o reforço da feição argumentativa do *common law*¹¹⁶.

Conjugado com o inconformismo da parte perdedora, como era elaborada na estrita dependência de processos formalistas, o *common law* não pode desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época. Depois da sua notável expansão no século XIII, o *common law* viu surgir um

¹¹³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212.

¹¹⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 212.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Ed. Unb/Finattec, 2011.

sistema rival, a *equity*, que se desenvolveu a partir da percepção das deficiências no modelo do *common law*¹¹⁷.

Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios. Aflorava naturalmente ao espírito da parte perdedora que lhe restava ainda uma possibilidade de obter justiça: era o recurso direto ao rei, fonte de toda a “justiça e generosidade”. Sobre isso, destaca Renê David:

As jurisdições reais decidiram mal na concreta espécie. Não deveria o rei remediar o erro dos seus tribunais? Esse recurso supremo ao rei, nas concepções da Idade Média, surgia como uma coisa natural, e os Tribunais Reais, inicialmente, de forma alguma se sentiam desprestigiados, por verem as partes solicitarem ao rei que fizesse uso de suas "prerrogativas". Os próprios Tribunais Reais deviam o seu desenvolvimento ao funcionamento deste mesmo princípio, pelo qual se podia apelar para o rei, em casos excepcionais, para obter justiça. Consequentemente, aconteceu que, desde o século XIV, os particulares, não podendo obter justiça pelos Tribunais Reais, ou chocados pela solução dada à sua causa por esses tribunais, se dirigiram ao rei para lhe pedir que interviesse para tranquilizar a consciência e fazer uma obra de caridade¹¹⁸.

Ou seja, surgiu a possibilidade da modificação do destino do caso pelo uso de um recurso direito ao rei, que não permitia o mau funcionamento da justiça em seu reino, possibilitando a aplicação da moral no lugar do direito estrito, uma vez que este último era muito formalista¹¹⁹.

Como nem todas as petições eram julgadas pelo próprio rei, mas sim direcionadas ao seu Chanceler, formaram-se as regras da equidade com as decisões do Chanceler. Isso permitiu a existência de um dualismo no direito inglês, com a convivência concomitante das regras do *common law*, que advinham dos Tribunais Reais de Westminster, e as soluções de *equity*, do Tribunal da Chancelaria¹²⁰.

Renê David relata a *equity* no século XVI, na época dos Tudors:

O Chanceler, a partir de 1529, não é mais o confessor do rei, nem um eclesiástico; é quase sempre um jurista. Examina as queixas que lhe são dirigidas como um verdadeiro juiz, mas seguindo um processo inspirado no direito canônico, inteiramente diferente, nos seus

¹¹⁷ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁸ Ibidem, p. 371.

¹¹⁹ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹²⁰ Ibidem.

princípios, do processo seguido pelos tribunais de *common law*. Os princípios substantivos de que faz aplicação são igualmente, e em larga medida, provenientes do direito romano e do direito canônico. Estes princípios dão, de uma forma geral, melhor do que as regras arcaizantes e ultrapassadas da *common law*, satisfação ao sentimento do interesse social e da justiça do tempo da Renascença. Pela preocupação de justiça e de boa administração, os soberanos ingleses apoiam, nesta época, a jurisdição do Chanceler¹²¹.

Vê-se, assim, que o direito inglês, no século XVI, aproximou-se do direito do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência do *common law*. Porém, “a revolução que teria conduzido a Inglaterra para a família dos direitos romano-germânicos não se realizou; foi concluído um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler”¹²².

Contudo, como sinaliza Renê David, esse compromisso não resulta de uma lei, nem de uma decisão formal tomada pela autoridade real ou pelos juízes, mas sim de um conflito de extrema violência entre os tribunais de *common law*, representados pelo juiz-presidente Edward Coke, que era o chefe da oposição liberal do parlamento, e a jurisdição do Chanceler, quando o rei Jaime I, em 1616, pronuncia-se em favor da jurisdição do Chanceler¹²³.

Assim, subsistiu a jurisdição do Chanceler, a *equity*, mas sem tentar realizar novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law*, preceituando, portanto, de acordo com os seus precedentes. Ainda, entendeu-se, por outro lado, que o rei, futuramente, não utilizará mais a sua prerrogativa de justiça para criar novas jurisdições independentes dos tribunais de *common law*. A própria natureza da *equity*, finalmente, transforma-se: o Chanceler, homem político ou jurista, já não é qualificado para estatuir em nome da lei moral e tende a proceder mais como jurista. O controle da Câmara dos Lordes é, por outro lado, admitido em relação às decisões do Tribunal da Chancelaria, desde 1621. Os tribunais de *common law* aceitam, nestas novas condições, as intervenções do Chanceler que podem apoiar-se num precedente¹²⁴.

¹²¹ DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

¹²² Ibidem, p. 373.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

Os séculos XIX e XX também representam uma época de grande transformação na história do direito inglês, marcada pelo triunfo das ideias democráticas e sob a influência de Jeremy Bentham, bem como pelo desenvolvimento sem precedentes da legislação.

Uma obra considerável de reforma e de modernização do direito inglês foi realizada no século XIX. Assistiu-se a uma verdadeira revolução, operada pelas reformas radicais introduzidas no processo, especialmente em 1832, 1833 e 1852. O direito inglês desenvolvera-se até então nos quadros processuais constituídos pelas diversas formas de ação. Libertos dos entraves do processo, os juristas ingleses vão doravante, como os seus colegas da Europa continental, prestar uma maior atenção ao direito substantivo na base do qual, futuramente, as soluções da *common law* tenderão a ser sistematicamente reagrupadas¹²⁵.

Em relação a organização judiciária, ocorre uma profunda mudança no período de 1873-1875 pelos *Judicature Acts*, que suprimem a distinção formal dos tribunais do *common law* e do Tribunal de *equity* da Chancelaria.

Todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as de *equity*, contrariamente à situação anterior em que era necessário ir a um tribunal de *common law* para obter uma solução de *common law* e recorrer ao Tribunal da Chancelaria para obter uma solução de *equity*¹²⁶.

Já no tocante ao direito substantivo, realizou-se uma obra e ordenadora (*consolidation*), “libertando o direito inglês de soluções arcaicas e esforçando-se, em vários domínios, por apresentar sistematicamente as suas regras”¹²⁷. A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez o direito inglês perder o seu aspecto tradicional, ou seja, não intervém nesta obra nenhuma codificação concebida à maneira francesa, e o desenvolvimento do direito inglês mantém no essencial a obra dos tribunais. Assim,

O legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um novo direito. Os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, desde então, no que diz respeito à jurisprudência e legislação, a nova coleção dos Law Reports (criada em 1865), e no

¹²⁵ Ibidem, p. 377.

¹²⁶ Ibidem, p. 377.

¹²⁷ Ibidem, p. 378.

que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a enciclopédia das *Laws of England*, publicada sob a direção de Lorde Halsbury¹²⁸.

3.1.1.1 A estrutura do direito inglês e a formação do jurista

Dentre os fatores que contribuíram para a fixação do modelo de precedentes no direito inglês, torna-se importante verificar o modo pelo qual se deu a formação do jurista inglês, assim como a dinâmica de funcionamento de seu ensino jurídico.

Referida relevância se justifica para que se possa melhor compreender, quando comparada à tradição do *common law* no direito inglês, a formação e ensino jurídicos do Brasil no uso de julgados de tribunais ou de súmulas, por exemplo, para a prática decisória em nosso país.

A falta de habilidade ou de adequação para se extrair os fundamentos determinantes de acórdãos, a utilização de ementas (que só possuem função catalográfica) com efetiva força decisória e o uso de enunciados de súmulas como se fossem comandos gerais e abstratos são alguns exemplos de equívocos de muitos juízes no Brasil.

Partindo de uma explicação pela história da estrutura do direito inglês, em detrimento do romano, René David esclarece que o sistema dos direitos românicos é um “sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador. [...] O direito inglês, pelo contrário, foi ordenado, sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram impostos pelo processo”¹²⁹.

Já em relação ao papel das universidades,

Enquanto os juristas do continente europeu recebiam a sua formação nas universidades, na Inglaterra acontecia de forma diferente. O processo inglês não se opunha somente à influência do direito romano; a sua complexidade desencorajava os juristas a irem receber nas universidades uma aprendizagem de princípios, que não lhes serviria para nada na prática. Os juristas ingleses nunca foram formados pelas universidades [...]. Foram tradicionalmente formados pela prática, na qual não ouviam falar em direito romano, mas em que a sua atenção era constantemente chamada para as questões de

¹²⁸ Ibidem, p. 378.

¹²⁹ Ibidem, p. 385.

processo e de prova, das quais dependiam o sucesso e a própria admissibilidade de uma nação. Muito naturalmente, as categorias do direito inglês foram construídas, nestas condições, considerando o processo na base dos diferentes tipos de ações que podiam ser propostas nos Tribunais Reais¹³⁰.

O direito inglês até o século XIX não é nem direito de universidades nem um direito de princípios, mas sim um direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, formado essencialmente pela prática. Somente uma minoria de juristas estudou nas universidades. Ressalta-se que nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário. A maioria dos juristas era formada unicamente pela prática, escutando as lições dos juízes e participando no trabalho dos advogados¹³¹.

Durante o século XX, entretanto, o direito inglês enriqueceu-se consideravelmente quanto à sua essência e adquiriu um rigor comparável ao dos direitos do continente europeu. Os juristas ingleses frequentam cada vez mais os cursos de direito das universidades, para aprenderem os princípios que foram sistematizados atualmente de maneira totalmente semelhante aos princípios dos diferentes direitos românicos. Contudo, e muito relevante, o estado de espírito produzido por uma tradição secular, herdada dos práticos, perpetua-se em numerosas instituições e continua vivo nos juristas¹³².

Ressalta-se, porém, que os direitos do continente europeu não se tecem a partir de decisões de jurisprudência, mas cujos princípios foram elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito de Justiniano¹³³. O direito inglês, por sua vez, proveniente dos processos do *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial, suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra.

O direito inglês, no que diz respeito às suas fontes, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial.

¹³⁰ Ibidem, p. 386.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

Tendo sido menor na Inglaterra do que no continente a influência das universidades e da doutrina, e nunca tendo sido efetuada pelo legislador através da técnica de codificação uma reforma geral, o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários. Ele é, de forma típica, um direito jurisprudencial (*case law*)¹³⁴.

A lei apenas desempenhou, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência. Porém:

Na Inglaterra de hoje, a lei e os regulamentos já não podem ser considerados como tendo uma função secundária. A sua função é, com efeito, igual àquela que essas fontes do direito desempenham no continente europeu. No entanto, por razões de ordem histórica, essa função exerce-se de um modo diferente; a estrutura do direito inglês opõe-se a que se veja na obra do legislador o equivalente aos códigos e leis do continente europeu. Comparadas à jurisprudência e à lei, as outras fontes desempenham no direito inglês de hoje uma função secundária¹³⁵.

Estas outras fontes do direito inglês seriam o costume, a doutrina e a razão.

Nos direitos da família romano-germânica, como o francês, os princípios do direito foram sempre procurados num corpo de regras preestabelecido, como ocorre nos códigos. As decisões de jurisprudência podem efetivamente ser dotadas de uma certa autoridade. Contudo, de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito.

Na Inglaterra a situação apresenta-se muito diferente, nunca tendo sido reconhecida a autoridade do direito romano como ocorreu no continente europeu. O *common law* foi criado pelos Tribunais Reais de Westminster, sendo um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a "certeza" e comprometerem a própria existência do *common law*¹³⁶.

¹³⁴ Ibidem, p. 415.

¹³⁵ Ibidem, p. 415.

¹³⁶ Ibidem.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial.

Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. [...] A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente. O estabelecimento de uma hierarquia judiciária mais sistemática e o melhoramento da qualidade das compilações jurisprudenciais contribuíram para produzir o mesmo resultado¹³⁷.

Dierle Nunes e Aurélio Viana destacam a importância da publicidade das decisões judiciais no *common law*:

Há muito, no *common law inglês*, se verificou a necessidade de se ofertar a devida publicidade às suas decisões mediante a consolidação de relatórios (*reports*) hábeis a dar conhecimento de seu teor à comunidade jurídica, a prioritariamente dos fundamentos dessas decisões para a consolidação de uma teoria dos precedentes obrigatórios¹³⁸.

Com os *reports*, o inteiro teor dos casos julgados nas cortes inglesas e as anotações sobre as questões mais importantes desses casos passaram a ser de conhecimento dos juízes e advogados, que puderam invocar os precedentes e o direito neles contido. Ronaldo Cramer observa que esses relatórios, até 1535, eram feitos por particulares, normalmente um jurista. Apenas a partir de 1865 passaram a ser elaborados por um conselho, intitulado *Council of Law Reporting for England and Wales*, método que perdura até os dias de hoje¹³⁹.

Tendo se tornado vinculante na Inglaterra no século XIX, quando foi constituído o sistema de *stare decisis*, a divulgação dos precedentes não é importante apenas no contexto processual. Os precedentes criam expectativas normativas para os jurisdicionados, que passam a confiar que o seu comportamento será juridicamente valorado segundo as leis e a interpretação que os tribunais fazem dessas leis. O sistema jurídico deve permitir que por meio das decisões passadas possa-se prever decisões futuras, criando expectativas normativas, o que significa mais segurança,

¹³⁷ Ibidem, p. 428.

¹³⁸ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 82-83.

¹³⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

mais confiança no sistema. A tradição da *common law* é melhor compreendida com a percepção da forte imersão do jurista nos casos passados¹⁴⁰.

Assim, ampla divulgação dos precedentes é condição imprescindível para a formação de expectativas e para a promoção da confiabilidade do jurisdicionado nos tribunais, de modo a possibilitar que as pessoas em geral tomem conhecimento do conteúdo dos precedentes e possam planejar e projetar suas vidas segundo o que os tribunais devem decidir de forma estável, coerente e íntegra¹⁴¹.

Destaca-se, por fim, que a regra do precedente não deve ser compreendida como de aplicação automática ou paralisante da evolução do direito. O precedente não representa obstáculo ao desenvolvimento do direito. Conforme ensina Renê David:

A regra do precedente tem por finalidade fornecer quadros ao direito inglês, mantendo uma estrutura jurisprudencial, de acordo com a tradição deste direito. Se ela pareceu adquirir, no século XIX, uma certa rigidez é porque as condições da época o exigiram; na mesma época e em condições análogas dominava na França a escola da exegese¹⁴².

A evolução natural da sociedade exige flexibilidade. Na Inglaterra, segundo Renê David, conservou-se a regra do precedente, mas, nos domínios em que se tornou necessária, fez-se a adaptação às necessidades da época, elaborando novas doutrinas e utilizando, sobretudo, a técnica das "distinções". "A evolução é suficientemente rápida para que, nos assuntos tradicionais do *common law*, o legislador seja muito raramente solicitado a intervir"¹⁴³.

3.1.1.2 A teoria do *stare decisis*

A denominação *stare decisis* advém da expressão latina *stare decisis et quieta non movere*, isto é, "aderir a precedentes e não perturbar coisas que estão

¹⁴⁰ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁴¹ Ibidem, p. 85.

¹⁴² DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 443.

¹⁴³ Ibidem, p. 443.

estabelecidas”¹⁴⁴. Gustavo Santana Nogueira tratou a mesma expressão, qual seja, *stare decisis et quieta non movere*, como “o nome da teoria segundo o qual os precedentes, decisões reiteradas ou não, de Tribunais vinculam julgamentos futuros que tratem da mesma matéria”¹⁴⁵. De maneira simples, pode-se dizer que *stare decisis* é a regra em que os órgãos jurisdicionais ficam vinculados aos precedentes.

De acordo com a doutrina do *stare decisis*, conforme Tono M. Fine:

[...] uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. [...]. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores¹⁴⁶.

A regra da aderência ao precedente foi estabelecida na Inglaterra no caso *Beamish vs. Beamish*, julgado em 1861 pela *House of Lords*¹⁴⁷, fixando a regra de que seus precedentes eram vinculantes às decisões das cortes inferiores.

Em 1898 a *House of Lords* ratifica o *stare decisis* no caso *London Street Tramways vs. London County Council*, estabelecendo que “uma decisão desta Casa sobre uma questão de direito é conclusiva, e que nada, salvo um Ato do Parlamento, pode tornar certo o que alegadamente está errado em um julgamento desta Casa”¹⁴⁸.

De acordo com Mauro Cappelletti, reconhece-se que foi a partir do caso *London Street Tramways vs. London County Council* que a *House of Lords* passou a se vincular aos seus próprios precedentes, sendo a regra do *stare decisis* acolhida no direito inglês de maneira absoluta até 1966, ano em que foi admitida a superação de seus próprios precedentes¹⁴⁹.

¹⁴⁴ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15.

¹⁴⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere***: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.

¹⁴⁶ 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: RT, vol. 782, 2000, p. 90.

¹⁴⁷ Nesta decisão a *House of Lords* considerou que um casamento só seria válido pelas leis inglesas se realizado perante um clérigo ordenado, afirmando que o fato de ser o noivo, ele próprio, um clérigo ordenado não validava o casamento se não tivesse sido celebrado perante outro clérigo ordenado. A *House of Lords* expressamente afirmou que a autoridade de *The Queen vs. Mill* é presumida e vinculante. CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁴⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999.

Vê-se, com isso, que a vinculação aos precedentes no *common law* não decorreu de norma positivada, mas sim de uma construção ao longo do tempo, de acordo com a forma de atuação dos órgãos jurisdicionais.

Também é possível perceber que o *common law* não pode ser confundido com o *stare decisis*. O *common law* existiu por vários séculos sem *stare decisis*, vindo a tornar-se um sistema caracterizado pelo *stare decisis* apenas a partir do século XIX. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

[...], qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*¹⁵⁰.

Por fim, sobre as vantagens do *stare decisis*, em tradução de Ellen Gracie Northfleet, Edward D. RE:

Pedra angular do sistema do Common Law, o poder vinculante dos precedentes Judiciais ou *stare decisis*, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós. A aplicação da doutrina nas jurisdições anglo-americanas demonstra vantagens que podem ser resumidas em três aspectos. Ela permite que o juiz se beneficie da experiência de seus predecessores; uniformiza a aplicação do direito e, sobretudo, torna esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica¹⁵¹.

3.1.2 O *Common law* no direito dos Estados Unidos da América

O direito desenvolvido na Inglaterra depois da conquista normanda (1066), principalmente pela obra dos Tribunais Reais, passou por uma importante expansão. O *common law* tornou-se um importante sistema de direito do mundo. Naturalmente, em função das condições particulares dos países em que o sistema foi admitido, tal

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 31.

¹⁵¹ RE, Edward D. **Stare decisis**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 702, abr. 1994, p. 7.

expansão do direito inglês não ocorreu sem que o common law passasse por certas alterações ou adaptações.

Passa-se ao estudo do direito dos Estados Unidos da América, analisando, concisamente, a sua história, sua estrutura e suas fontes.

Os primeiros núcleos de população inglesa no território dos Estados Unidos datam somente do século XVII, não se conhecendo na América o *common law* neste período, seja pela inexistência de jurista, seja porque não agradaram aos colonos, ou porque consideraram favoravelmente a lei escrita¹⁵².

No século XVIII, estando constituídas das treze colônias em 1722:

Com a melhoria das condições de vida dos colonos e a transformação da sua economia e das suas concepções, sente-se nas colônias a necessidade de um direito mais evoluído. A common law, por outro lado, começa gradualmente a ser considerada de outra maneira: pode ser utilizada como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real; além disso, passa a ser considerada como um elo entre tudo o que é inglês na América, em face das ameaças vindas da Louisiana e do Canadá Francês¹⁵³.

Com a independência americana, proclamada em 1776, criam-se para as ex-colônias inglesas, agora Estados Unidos da América, condições inteiramente novas. A ameaça francesa, atenuada desde a anexação do Canadá pela Inglaterra, em 1763, desapareceu completamente com a aquisição da Louisiana pelos Estados Unidos em 1803. Com a independência política tornou-se necessário popularizar a ideia de autonomia do direito americano¹⁵⁴.

Como o território de New Orleans, destacado da antiga Louisiana, após sua incorporação à União, adotou códigos à maneira francesa, especialmente um código civil (1808), e como Bentham ofereceu em 1811 os seus serviços ao presidente Madison para dotar os Estados Unidos de um código, teve-se, até meados do século XIX, grande hesitação sobre o desfecho da luta que se travou na América entre aqueles que preferiam o *common law* e os defensores da codificação¹⁵⁵.

Contudo, os Estados Unidos acabaram finalmente por se manter no sistema do *common law*, à exceção do território de New Orleans, que se tornou em

¹⁵² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵³ Ibidem, p. 451.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

1812 o Estado da Louisiana. Para Revê David, foram razões para o triunfo da *common law*:

A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *common law*. As obras magistrais de certos juristas, entre os quais convém citar em primeiro lugar Kent, com os seus Comentários (1826-1830), e Story, asseguraram a adesão dos Estados Unidos a este sistema. Devemos acrescentar ainda a influência das escolas de direito, que apenas conheceram uma verdadeira expansão depois da Guerra de Secessão (1861-1865), mas que, desde o início da independência, vêm contribuindo para a formação de especialistas, mediante um ensino fundado sobre a *common law*¹⁵⁶.

No entanto, o conflito que, depois da independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou durante mais de meio século, entre o sistema romano-germânico e o *common law*, contribuiu para dar ao *common law* dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com o *common law* da Inglaterra¹⁵⁷.

O direito inglês admitido na América é o direito que vigorava na Inglaterra na época em que a dominação inglesa se exercia naquele local, isto é, o direito inglês até 1776, sendo, após esta data, independentes. Porém, isto não afasta o fato de durante muito tempo a Inglaterra ter sido um modelo para os juristas americanos¹⁵⁸.

Em diversos Estados, como na Inglaterra, abandonaram-se as antigas formas de ação para adotar um processo muito menos formalista, de modo a que a atenção dos juristas pudesse estar voltada, mais do que no passado, para a substância do direito, e não para a administração da justiça. As relações entre *common law* e *equity* foram igualmente revistas, tendo por consequência, na maior parte dos Estados, a abolição da dualidade de jurisdições de *common law* e *equity*. Finalmente, manifestou-se nos diversos Estados uma tendência a favor de uma certa racionalização; tal como na Inglaterra, procurou-se libertar o direito de soluções arcaicas, revogando leis antiquadas; procurou-se sobretudo simplificar o conhecimento do direito, apresentando as regras, em múltiplos domínios, sob uma forma sistemática, por meio de uma obra de consolidação¹⁵⁹.

O direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do direito inglês. Os conceitos se tornaram muitas vezes diferentes, e os dois direitos, inglês e americano, já não se identificaram pela sua estrutura. “Os juristas americanos formaram-se e organizaram-se profissionalmente

¹⁵⁶ Ibidem, p. 453.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 455.

de modo diferente dos juristas ingleses; a atitude americana em face do direito não é idêntica à atitude inglesa; a teoria das fontes do direito difere, tal como a prática, nos dois países”¹⁶⁰.

Destaca-se, em relação à estrutura, a distinção que se fez nos Estados Unidos, mas não na Inglaterra, entre direito federal e direito dos Estados. Os Estados Unidos são um Estado federal, tendo atribuições tanto as autoridades federais como as dos Estados. A competência legislativa dos Estados é a regra, enquanto a competência das autoridades federais a exceção, fundada sobre um dado texto da Constituição. No que se refere ao *common law*, o princípio nos Estados Unidos é o da competência de cada um dos Estados e não das autoridades federais. No entanto, René David faz a seguinte ressalva:

Pode-se dizer que nos Estados Unidos não há *common law* federal, mas é necessário corrigir esta afirmação dizendo que os cinquenta direitos judiciários que se encontram nos cinquenta Estados, embora sejam em teoria distintos, são considerados como sendo ou devendo ser idênticos uns aos outros. Esta identidade não cria um conceito de direito federal, mas, na realidade, não existe grande diferença entre cinquenta direitos estaduais concebidos como uniformes e um direito único que seria, pelo seu âmbito de aplicação, um direito federal¹⁶¹.

No que diz respeito às fontes do direito dos Estados Unidos, este é, assim como o direito inglês, um direito essencialmente jurisprudencial. Porém:

O recente desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, tende a aumentar a importância da lei; a evolução do direito é, doravante, em múltiplos e importantes setores, comandada pela legislação. Porém, este fenômeno, relativamente recente na Inglaterra, não surge nos Estados Unidos como uma novidade; ele se enquadra aí em uma série de fatos que contribuíram, depois da independência americana, para dar relevo à lei escrita; o mais importante deles é a existência de uma Constituição Federal, dotada de uma Declaração dos Direitos (*Bill of Rights*), que é a própria base das instituições americanas e o fundamento das liberdades públicas (*civil rights*) nos Estados Unidos¹⁶².

Na Inglaterra, desde o século XIX, existe uma regra do precedente que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Nos Estados Unidos também existe regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas

¹⁶⁰ Ibidem, p. 457.

¹⁶¹ Ibidem, p. 472.

¹⁶² Ibidem, p. 477.

condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente, haja vista a estrutura federal do país¹⁶³.

Ou seja, os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, relativamente às matérias do domínio de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado.

Por fim, segundo René David¹⁶⁴, considerando que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões, mudanças de jurisprudência não são tão raras como ocorre na Inglaterra¹⁶⁵.

3.2 Sistema de *Civil Law*

Tendo seu berço na Europa, ligado à antiga Roma, o direito romano-germânico formou-se muito em função dos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica deu-se para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos¹⁶⁶.

O surgimento das universidades deu-se no século XI. O direito romano começou a ser estudado nas universidades a partir da inauguração da Universidade de Bolonha, em 1808, tomando como base o *Corpus Iuris Civilis*¹⁶⁷, que foi uma

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ De acordo com Mauro Cappelletti, a declaração do Lord Chanceler, em 1966, falando pela unanimidade da *House of Lords*, afirmou o poder daquela Corte de alterar a própria jurisprudência. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999.

¹⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶⁷ O *Corpus Iuris Civilis* era composto por quatro livros: o *Codex* (código Justiniano), que reunia todas as constituições imperiais romanas; o *Digesto* (ou *Pandectas*), que continha os comentários dos grandes jurisconsultos romanos; as *Institutas*, uma espécie de manual para estudo do direito romano; e as *Novelas*, que tinham as constituições imperiais elaboradas a partir de 1534. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica.* Rio de Janeiro, Forense, 2016.

grande compilação de leis romanas feita pelo Imperador bizantino Justiniano I, no século VI, e descoberta por volta do ano de 1100¹⁶⁸.

A criação do direito romano-germânico está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma novamente consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso¹⁶⁹. O direito romano-germânico passa a ser notado pelos governadores e surge como melhor opção na criação de um sistema jurídico apartado dos valores religiosos e condizente com o ideário humanista¹⁷⁰.

Surgidos a partir da adoção do direito romano pelos países da Europa continental, os novos ordenamentos jurídicos foram complementando-se e modificando-se por novas leis e decisões de tribunais, surgindo, assim, em cada país, um direito local de inspiração romana. Até que no século XIX, inspirado pelo movimento iluminista, iniciado no século XVIII, esses países começaram a elaborar códigos, reunindo todas as normas de cada uma das áreas do Direito¹⁷¹.

Cramer ressalta que essa fase de codificação teve também forte influência na Revolução Francesa, feita com base em ideais iluministas. “A Revolução de 1789 fomentou outros movimentos políticos e a criação de outras ordens estatais, mas também foi marcante para a configuração do *Civil Law* como um sistema baseado em códigos”¹⁷².

Até a Revolução Francesa, os juízes eram oriundos de classes abastadas e mantinham relações com a aristocracia, sem compromisso com o julgamento de boa-fé, com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade. Como os cargos judiciais eram comprados ou herdados, os juízes usavam seu poder para preservar seus privilégios e defender os interesses da nobreza. De acordo com Marinoni:

Os juízes pré-revolucionário negavam-se a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas

¹⁶⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

¹⁶⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁷⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Ibidem, pp. 25-26.

leis de modo a manter o status quo. Não havia qualquer isenção para “julgar”¹⁷³.

Os revolucionários, com a Revolução, separaram os poderes do Estado, ficando o Judiciário apenas com o poder de julgar, que deveria se restringir a declarar a lei no caso concreto, ou seja, o juiz *bouche de la loi* (boca da lei). A criação do direito cabeia somente ao Poder Legislativo¹⁷⁴.

A preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do Judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo¹⁷⁵.

Esta limitação do poder de julgar e dizer a vontade da lei exigiu uma legislação completa, com previsão de solução para todos os tipos de conflito, que não fosse passível de ambiguidade em suas disposições. Assim surge a necessidade de elaboração de códigos e, em 1804, promulga-se o Código Civil Francês, denominado *Code Napoleón*, que influenciou, tanto na forma como no conteúdo, a criação de vários outros códigos na Europa e América do Sul, além da Louisiana, nos Estados Unidos da América.

Portanto, sobretudo com a revolução francesa, nos países de origem românica, a lei passou a protagonizar a manifestação do direito, incumbindo às decisões judiciais papel meramente secundário, acessório, mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa¹⁷⁶.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

¹⁷⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 46.

¹⁷⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Os códigos marcam o *civil law* como um sistema em que as normas estão na lei, que apenas as revelam, de modo que ao juiz cabe apenas afirmá-la em seus pronunciamentos.

Atualmente o direito romano está disperso pelo mundo inteiro, tendo ultrapassando as fronteiras do antigo Império Romano e conquistando, além de grande parte do continente europeu, como Itália, Alemanha, França, Espanha e Portugal, a América Latina, grande parte da África, os países do Oriente Próximo e o Japão. Esta expansão deveu-se em parte à colonização e em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX¹⁷⁷.

Diferentemente dos países de *common law*, que buscam a garantia da segurança jurídica por meio dos precedentes judiciais, no *civil law* tal segurança jurídica é almejada através das leis, com a positivação do direito. O direito, neste contexto, é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, de modo a fundar-se em juízos de fato. A fonte imediata do *civil law* é a lei.

Com o passar do tempo, contudo, o poder de julgar foi se ampliando, possibilitando ao juiz a interpretação do texto da lei para se extrair a norma a ser aplicada no caso concreto.

Com o pós-positivismo, após a Segunda Guerra Mundial e o novo direito constitucional, é reconhecida a força normativa da Constituição e a aplicação direta dos princípios ao caso concreto, assim como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tornando a atividade de julgar ainda mais ampla.

O *civil law* consolidou-se como um sistema em que o direito nasce da lei, cabendo ao juiz a interpretação do texto para afirmar a norma jurídica a ser seguida. No entanto, quando visto em países como o Brasil, a positivação do direito não mais garante a segurança jurídica que deve ser almejada pelo ordenamento.

A ausência de uniformidade, estabilidade e coerências das decisões judiciais, com todas as mazelas que isso provoca no sistema, demonstra que o poder de julgar, a liberdade do juiz na criação da norma, ampliou-se em demasia.

¹⁷⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Ainda que o direito esteja largamente positivado, a falta de limitação na atividade interpretativa do juiz e, portanto, da norma a ser considerada, conjugada com o desrespeito às decisões análogas anteriores, impõe um cenário que insegurança em países de *civil law* como o Brasil.

3.3 Convergência entre *civil law* e *common law*

Em breve síntese, uma diferença entre as duas tradições de sistemas jurídicos está no fato de que, enquanto o *civil law* busca a solução do caso concreto partindo da lei, regra geral e abstrata, o *common law* leva em consideração as decisões judiciais de casos análogos anteriores.

Pode-se também diferenciar o *common law* do *civil law* pelo modelo de aplicação do direito, sendo o *case law* no primeiro e *code law* no segundo. No *common law* a solução do caso concreto se encontra a partir da casuística dos tribunais, enquanto no *civil law* a solução está nos códigos, nas instituições jurídicas. De acordo com Alexandre Câmara, essa distinção tem influência também no ensino jurídico, tendo em conta que no *common law* se utiliza o *case method* e no *civil law* prevalece o método dedutivo¹⁷⁸.

Observa-se, porém, uma tendência de aproximação entre esses dois sistemas.

Mauro Cappelletti destaca que:

De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento jurídico e do direito jurisprudencial¹⁷⁹.

Michele Taruffo vai no mesmo sentido de que a ideia de vinculação aos precedentes não é uma característica exclusiva do *common law*:

Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l'impiego del precedente e della giurisprudenza riveste nella vita de il diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una

¹⁷⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999, p. 124.

caratteristica peculiare degli ordinamenti di common law, essendo ormai presente in quis tutti i sistemi, anche di civil law¹⁸⁰.

Ronaldo Cramer apresenta duas causas para esse “recíproco avizinamento”: a primeira é a globalização, que demanda que os sistemas jurídicos dos países não sejam muito diferentes; e a segunda vem da procura, por parte dos países, por soluções para as deficiências dos seus sistemas jurídicos¹⁸¹.

Em ambos os contextos – da globalização e da procura por soluções – países do *common law* são incentivados a editar mais leis, de modo a produzirem normas jurídicas mais rápido do que a partir dos casos julgados, e países do *civil law* são incentivados a dar mais força aos precedentes, de modo a dar mais previsibilidade à resposta judicial sobre questão já julgada¹⁸².

Em países de *civil law*, como o Brasil, as mudanças ocorridas a partir da metade do século passado, conforme o primeiro capítulo deste trabalho, tornaram o direito positivado insuficiente para satisfazer as necessidades do ordenamento jurídico, sobretudo o princípio da igualdade, quando a segurança jurídica fica comprometida.

Os textos normativos abertos, os conceitos jurídicos indeterminados, a prevalência dos princípios, que passam a ser os meios pelos quais devem ser interpretadas as normas, e a própria força normativa da Constituição contribuem para o exercício da atividade criativa do direito por parte dos juízes. Todas essas causas impulsionaram a aproximação, no Brasil, com o *common law*. Trata-se de uma questão de necessidade para se buscar a desejada segurança jurídica.

Contudo, referida aproximação deve ser feita por meio de uma convergência entre os dois sistemas que, segundo Ronaldo Cramer, é a incorporação de institutos de outras tradições, para resolver, de maneira mais eficiente, os

¹⁸⁰ “Em primeiro lugar, é importante sublinhar a grande importância que o uso do precedente e da jurisprudência tem na vida do Direito de todos os sistemas modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas legais mostraram que a referência aos precedentes deixou de ser, há muito tempo, uma característica peculiar dos sistemas de common law, uma vez que estão presentes em todos os sistemas, mesmo de tradição civil law”. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: **Rivista Trimestrale Diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, a. 61, n. 3, 1996, p. 795.

¹⁸¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

¹⁸² Ibidem.

problemas práticos do sistema jurídico local, sem descaracterização da tradição originária¹⁸³.

O Brasil é um país de tradição *civil law*, que tem no direito positivado a sua principal fonte do direito. Porém, quando o direito legislado não tiver clareza e objetividade suficientes para ser aplicado ao caso concreto, a fim de se evitar as diversas formas de interpretação advindas da atividade criativa por parte dos juízes, que é uma deficiência no sistema jurídico, deve-se buscar no *common law* a solução¹⁸⁴.

Ou seja, no contexto de multiplicidade de decisões judiciais para casos análogos, provocada pelas mais distintas formas de interpretação, a segurança jurídica deve ser garantida, salvaguardando-se a igualdade perante as decisões judiciais, com o dever judicial de respeito aos precedentes.

Assim é também como trata Luiz Guilherme Marinoni:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, já muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like casos alike*)¹⁸⁵.

Não basta, portanto, que o precedente tenha meramente efeito persuasivo, devendo figurar como fonte do direito. Nesse sentido, Mauro Cappelletti:

Falta nos países de *civil law* algo semelhante à regra formal do “*stare decisis*”, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais¹⁸⁶.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Nos casos em se considere que um texto legal jamais terá um único significado ou interpretação; que por mais perfeita que a construção linguística possa parecer, o texto legal tem, em menor ou maior latitude, significado equívoco e indeterminado; isso, por si só, já fundamenta um sistema de precedentes.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999, p. 121.

3.3.1 O Direito brasileiro e as tradições de *civil law* e de *common law*

Insta esclarecer que não se distinguem as duas tradições jurídicas – *common law* e *civil law* – pelo fato de, como elemento a ser observado em decisões judiciais, uma usar-se o precedente e a outra não. Conforme já verificado, há uma tendência de convergência entre os sistemas, embora se mantenham relevantes diferenças.

Não é o simples fato de um ordenamento jurídico adotar instituições que normalmente são encontradas em uma determinada tradição¹⁸⁷ jurídica que o faz integrar essa “família”, saindo daquela que sempre pertenceu¹⁸⁸.

O direito brasileiro não abandonou a sua tradição de *civil law* para passar a integrar o *common law*, ou mesmo passou a adotar um sistema híbrido, uma espécie de “*civil law commonlizado*”. No Brasil o direito vem sendo desenvolvido a partir de bases culturais herdadas da Europa Continental desde a sua independência. Mesmo com a proclamação de República, em que o Brasil passa por uma transformação da cultura jurídica, com forte influência de instituições jurídica dos Estados Unidos da América¹⁸⁹, não se abandonou as tradições jurídicas de origem romanista¹⁹⁰.

A aproximação entre o Direito Privado brasileiro e o da Europa Continental pode ser vista, exemplificativamente, no Código Civil de 1916 que, de acordo com Pontes de Miranda, concorreu com 172 artigos do *Code Civil*; 83 do português; 72 do italiano; 66 de projetos alemães; 67 do espanhol; entre outros¹⁹¹.

Com o passar do tempo o Direito brasileiro foi evoluindo, porém, sem abandonar a sua tradição de *civil law*. Não obstante, tem se valido de técnicas de padronização decisórias, de que são exemplo os precedentes.

¹⁸⁷ Tradição é algo relacionado com a história. Não é um conjunto de normas legais. É um conjunto de atitudes enraizadas a respeito da natureza do direito, do seu papel na sociedade e na organização política. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele é uma expressão.

¹⁸⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁸⁹ Quando o país passou a ser uma República presidencialista e federativa.

¹⁹⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Alexandre Câmara reforça a ideia de que, ainda que se adote o sistema de precedentes, o direito brasileiro mantém a tradição de *civil law* porque, diferentemente dos países de tradição anglo-saxônica, o precedente no Brasil precisou, para passar a ter eficácia vinculante, de disposição legal expressa neste sentido¹⁹².

Ou seja, se no Brasil os precedentes que vinculam possuem essa eficácia por força de lei, norma positivada, isso demonstra que o sistema jurídico continua sendo o de *civil law* e que há um grande distanciamento da tradição de *common law*, afinal, foi preciso uma lei para que os precedentes fossem obrigatoriamente observados.

Não se está aqui a negar a influência do *common law* no Direito brasileiro, mas sim reconhecendo que, sem que esteja positivada a vinculação obrigatória, a ausência de tradição em se respeitar os precedentes é um fator que muita dificulta o seu estabelecimento amplo e natural.

3.4 As razões para seguir precedentes

O mais relevante princípio do *common law* é o de que casos similares devem ser tratados da mesma forma. É a máxima *treat like casos alike*.

O precedente deveria ser seguido simplesmente por ser este o comportamento tido como mais correto, e não porque existe uma lei obrigando a essa conduta. A questão é primordialmente cultural.

Como o Brasil é um país de *civil law* e o respeito ao precedente é bastante excepcional, necessário se faz justificar as razões, ou os fundamentos, para utilização de um sistema de precedentes vinculantes, considerando o escopo deste trabalho, qual seja, a segurança jurídica¹⁹³.

¹⁹² CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁹³ Não se despreza, de maneira alguma, os demais fundamentos para adoção do sistema de precedentes, sobretudo os pragmáticos, a exemplo da duração razoável do processo, o desestímulo à litigância, a possibilidade de orientação jurídica, o favorecimento de acordos, a duração razoável do processo, o aumento da eficiência do Poder Judiciário, entre outros. Optou-se, por uma necessidade de limitação e escopo do trabalho, por não os desenvolver nesta dissertação.

3.4.1 Segurança jurídica

Combinado com o Preâmbulo, ao instituir no seu art. 1º um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar a segurança como valor¹⁹⁴, a Constituição Federal do Brasil de 1988 refere-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física, dando sentido de segurança jurídica à palavra “segurança”¹⁹⁵.

O art. 5º da CF/88, ao garantir o direito à segurança ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade, que são qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais, termina por proteger a segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores, isto é, como valores jurídicos, o que reforça o sentido da palavra segurança¹⁹⁶.

Além disso, entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º, há vários relativos à segurança física e individual e às exteriorizações específicas da liberdade, o que pressupõe uma maior amplitude da previsão do *caput* do mencionado artigo e corrobora com a conclusão do sentido de segurança, como sendo segurança jurídica¹⁹⁷.

Em relação à dimensão normativa, a segurança jurídica qualifica-se como norma jurídica da espécie norma-princípio¹⁹⁸, ou, no dizer de Paulo de Barros Carvalho, é, por excelência, um sobreprincípio¹⁹⁹, pois de nada adianta direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem com a dimensão que o bom uso jurídico requer,

¹⁹⁴ O Preâmbulo Constitucional, que também veicula valores, estabelece: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, **a segurança**, (...)”.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67584/70194/>. Acesso em: 23/07/2019.

sendo, assim, a razão de ser de todos os demais vetores e diretrizes constitucionais²⁰⁰.

Assim, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, como Estado de Direito, funda-se na segurança jurídica, princípio fundamental da ordem jurídica brasileira²⁰¹.

Para José Augusto Delgado, a segurança jurídica há de ser vista como sendo um enunciado principiológico com hierarquia superior, isto é, contendo um valor que deve ser aplicado de modo absoluto para consagrar a força do Direito quando vinculado às situações concretas conflituosas e que estão a exigir, especialmente, pronunciamentos judiciais que as estabilizem, sendo compreendida como: a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; e d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados²⁰².

Como princípio jurídico, a segurança jurídica provém de imposição normativa. No entanto, quando pensado no sistema de precedentes, deve ser vista como um estado sempre desejável, qualificado como digno de ser buscado, ou seja, como valor. Assim apresenta Humberto Ávila:

A segurança jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa. Desse modo, o uso da expressão 'segurança jurídica' denota juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores²⁰³.

Quando mais o ordenamento jurídico brasileiro se aproximar da ideia de que o sistema de precedentes deve ser respeitado não por força de um princípio normativo, mas sim porque esse sistema garante um ambiente mais seguro para a sociedade, algo naturalmente sempre desejável, mais fácil será a consolidação deste sistema.

²⁰⁰ DELGADO, Jose Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>, Acesso em: 23/07/2019.

²⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁰² DELGADO, Jose Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>, Acesso em: 23/07/2019.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. **TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 122-123.

A necessidade de um sistema de respeito aos precedentes deu-se, basicamente, conforme desenvolvido no primeiro capítulo, por todas as alterações que o novo direito constitucional trouxe para o ordenamento, que resultou no protagonismo do Poder Judiciário e, em consequência, na indesejável insegurança jurídica para aqueles que necessitam de respostas do sistema jurídico. Antes, como ressalta Ronaldo Cramer, “o sistema brasileiro podia conviver com a dispersão de jurisprudência, uma vez que os parâmetros decisórios não eram tão necessários”²⁰⁴.

Atualmente, diante de todas essas circunstâncias, exige-se do Judiciário uma atuação uniforme no julgamento dos processos, principalmente quando as causas possuem a mesma tese jurídica, a fim de gerar previsibilidade, que é uma dimensão subjetiva da segurança jurídica, pois permite-se pautar a vida em sociedade, inibindo o surgimento de novos conflitos, sobretudo os casos repetitivos²⁰⁵. Para Teresa Arruda Alvim Wambier:

O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem aos precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem²⁰⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar da previsibilidade e sua relação com os precedentes, expõe com muita clareza que:

A verdade é que o pleno conhecimento do direito legislado não apenas é impossível, mas igualmente dispensável para a previsibilidade e para a tutela de segurança jurídica. Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado do *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que

²⁰⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 55.

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, n. 172. São Paulo: RT, 2009, p 129.

estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário²⁰⁷.

Percebe-se, a partir desta passagem de Marinoni, quando considerado num país como o Brasil atual, como a ausência de respeito aos precedentes, capaz de suprir as deficiências as quais o *civil law* veio a ter, pode tanto prejudicar o sistema jurídico. Indo além, urge no Brasil o respeito aos precedentes.

Há que se salientar, todavia, a ressalva feita por Humberto Ávila, a quem previsibilidade do sistema jurídico significa a antecipação com exatidão das consequências jurídicas futuras, dentro da ideia de se poder prever com absoluta certeza o resultado das decisões judiciais, não sendo possível de se atingir. Para o referido autor a ordem jurídica pode gerar calculabilidade, isto é:

[...] um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada²⁰⁸.

E prossegue em relação à calculabilidade promovida pelos precedentes:

O importante para o tema ora versado é que a referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do Poder Judiciário²⁰⁹.

Assim, num desacordo meramente semântico, o sentido de calculabilidade trazido por Humberto Ávila é o mesmo que o que previsibilidade tratado neste trabalho, qual seja, a possibilidade de prever os resultados possíveis para o caso concreto e realizar uma estimativa das probabilidades com alguma estabilidade, isto é, uma noção razoável dos posicionamentos judiciais e, por conseguinte, da ordem jurídica, para que o cidadão saiba o que pode ou não fazer.

De acordo com Marinoni, sistemas de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possuem plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 99-100.

²⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 605.

²⁰⁹ *Ibidem*, 635.

grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível. “A previsibilidade constitui razão para seguir precedentes”²¹⁰.

Porém, a garantia da previsibilidade das decisões judiciais não é algo que diz respeito apenas ao sistema de *common law*. Tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *common law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar segurança²¹¹.

A estabilidade²¹², dimensão objetiva da segurança jurídica, reclama um mínimo de continuidade, seja em relação ao direito legislado, seja em relação ao respeito às decisões judiciais, quais sejam, os precedentes.

Para Marinoni, a segurança jurídica, “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser Estado de Direito”²¹³.

Contudo, dentro do contexto das mazelas provocadas pelo protagonismo judicial que este trabalho tem por premissa, observa Marinoni:

Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão do globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício de dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões²¹⁴.

Em linhas gerais, portanto, o princípio da segurança jurídica, além de fundamento para o sistema de precedentes, pode ser considerado como norma que vai nortear o uso dos precedentes, pois, seja em relação à previsibilidade ou em

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 102.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Estabilidade não pode ser confundida com imutabilidade. As leis e os precedentes devem ser modificados para que se adaptem à evolução da sociedade.

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

²¹⁴ Ibidem, p. 103.

relação à estabilidade, a obediência ao precedente é imprescindível. Com isso, um ordenamento que não impõe respeito aos seus precedentes cria um cenário de imprevisibilidade para a sociedade e compromete a estabilidade da ordem jurídica.

3.4.2 Igualdade

Nos termos do artigo 5º, caput, de Constituição Federal de 1988, “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]*”. O tratamento desigual é permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam e impõem o tratamento desigual, sendo absolutamente rechaçado qualquer tratamento desigual quando não fundado em um critério capaz de impor um tratamento desigual, caracterizando uma discriminação gratuita.

Assim como a segurança jurídica, a igualdade sendo fundamento do sistema de precedentes também deve ser vista como um valor. Recorrendo-se novamente à máxima *treat like casos alike*, isto é, casos similares devem ser tratados da mesma forma, garantindo o mesmo resultado do processo, tem-se – ou dever-se-ia ter – na igualdade, independente de princípio normativo, algo naturalmente sempre desejável e esperado.

Para Lucas Buril de Macedo:

A teoria dos precedentes é amplamente fundamentada no adágio *treat like casos alike*, que nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo Judiciário no *common law*. A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram no passado. A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade²¹⁵.

Humberto Ávila corrobora com tal raciocínio:

Essa autovinculação decorre da exigência de tratar igualmente casos iguais. A lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus tornos. Portanto, ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos

²¹⁵ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154.

passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato²¹⁶.

3.5 Argumentos contrários à teoria dos precedentes

Pode-se suscitar alguns argumentos, sobretudo quando considerado o ordenamento jurídico brasileiro, contrários ao sistema de precedentes vinculantes. Tratar-se-ão aqui dos seguintes: seria um impedimento ao desenvolvimento do Direito; violação à independência do juiz; violação ao princípio da separação dos poderes; e de que a jurisprudência brasileira é instável, tornando insegura a aplicação dos precedentes. Refutar-se-ão todos.

Rotineiramente endereçada à teoria dos precedentes, a crítica de que seria um impedimento ao desenvolvimento do Direito, isto é, engessaria o sistema, parte da premissa de que os precedentes não admitem reforma ou discussão. Além disso, tal corrente pressupõe que as regras jurídicas devem estar sempre em constante mudança.

Os precedentes trazem segurança jurídica, gerando estabilidade para o ordenamento jurídico, que é um de seus fundamentos. Porém, o precedente deixa de ter continuidade quando há algum motivo para modificá-lo. Ou seja, a noção de estabilidade presume a possibilidade de adaptação ou mudança do precedente²¹⁷.

O *common law* admite mudança de seus precedentes, seja para evitar uma injustiça a um caso concreto, seja para o desenvolvimento do direito²¹⁸. São diversas técnicas, que serão posteriormente tratadas, que permitem a revogação ou o distanciamento de um precedente, como o *overruling* ou o *distinguishing*, e que não permitem que o ordenamento jurídico pare de se desenvolver.

De acordo com Marinoni:

Frise-se que os precedentes, num sistema que se funda no seu respeito, somente podem ser revogados excepcionalmente, quando o

²¹⁶ ÁVILA, Humberto. **TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 635.

²¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

²¹⁸ Registre-se que na Inglaterra os precedentes já foram imutáveis. Entre 1886 e 1966 a *House of Lords* entendeu estar irremediavelmente obrigada a respeitadas as suas decisões passadas. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

desenvolvimento da doutrina demonstra que o precedente está indiscutivelmente equivocadamente ou quando surgem novos valores ou novas circunstâncias fáticas – como aquelas derivadas da evolução tecnológica – que impõem a sua redefinição. É claro que os precedentes não podem ser revogados apenas porque a corte não gosta dos seus fundamentos ou entende que outros seriam mais apropriados, ou mesmo supõe que tais fundamentos não são adequados e válidos. Para a revogação de um precedente, a evolução da doutrina tem que deve ter chegado a um estágio em que o fundamento que o ancorava não seja mais sustentável nos tribunais. Do contrário não haveria sentido em se falar em força obrigatória dos precedentes e em estabilidade e segurança por ela proporcionadas²¹⁹.

Em relação ao pressuposto de que as regras jurídicas devem estar em constante mudança, ainda que a sociedade esteja sempre evoluindo, e de fato está, esse desenvolvimento não seria possível se, a todo momento, as regras jurídicas estivessem sujeitas à alteração. Sem um mínimo de rigidez que garanta a segurança não é possível a evolução do sistema.

Quanto à crítica de que o sistema de precedentes violaria a independência do juiz, sustenta-se, em linhas gerais, que a independência do juiz está relacionada ao fato de poder decidir de maneira diferente dos Tribunais Superiores, ainda que, com isso, o termine-se por dar tratamento desigual a casos iguais.

Viola a igualdade e o Estado de Direito admitir que um caso, cuja questão já foi definida pelas Cortes Supremas, possa ser julgado de forma distinta por um órgão inferior do Poder Judiciário, quando, como todos sabem, a jurisprudência é uma. Ora, se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente, o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado²²⁰.

Ou seja, não é possível tolerar um sistema de justiça em que se permita ao juiz o poder de julgar o caso como bem entender, mesmo que exista contornos já conferidos pelos Tribunais Superiores, constituindo, pois, uma pretensão alheia ao Estado de Direito.

O entendimento não deveria ser o de que um juiz inferior está subordinado ao superior, mas sim de que o Poder Judiciário respeite as suas decisões passadas,

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

²²⁰ Ibidem, p. 150.

os precedentes que se formaram no passado. Todos os juízes devem respeito ao precedente, e não somente os de órgãos inferiores. Repita-se: é o Poder Judiciário quem deve respeito aos precedentes. Novamente Marinoni esclarece:

Deveria ser evidente, mas não é, que o cargo de juiz não existe para que aquele que ocupa possa proferir 'a sua decisão', mas para que possa colaborar com a prestação jurisdicional – para o que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço²²¹.

No que concerne à crítica de que o sistema de precedentes violaria o princípio da separação dos poderes, esta pode ser afastada quando se considera que, num sistema de *civil law* como adotado no Brasil, a norma não é construída a partir da vontade do juiz, ou mesmo a partir dos costumes da sociedade. A norma é produto da interpretação do texto normativo, é extraída a partir do texto normativo, que por sua vez é a lei.

No Estado Democrático de Direito brasileiro todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido²²². Como as leis produzidas são, em última análise, expressão da vontade popular, os Tribunais quando extraem a norma do precedente com base nas leis conformam-se com essa vontade popular²²³.

Marinoni traz dois relevantes argumentos para afastar a crítica de violação ao princípio da separação dos poderes. O primeiro é que os precedentes não tem natureza legislativa porque, além de poderem ser revogados pelas Cortes, apenas tem eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário.

O segundo argumento, diz o autor:

O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais, diante do princípio da separação dos poderes, constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei, parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo cria-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, as Cortes Supremas devem

²²¹ Ibidem, p. 151.

²²² CF/88, art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²²³ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário²²⁴.

Por fim, o argumento crítico ao sistema de precedentes de que a jurisprudência brasileira é instável, o que torna insegura a sua aplicação, demonstra, irrefutavelmente, a ausência de cultura de respeito aos precedentes e, por consequência, a distância que se está, sem a interferência do Órgão de Cúpula, do efetivo estabelecimento de tal sistema. A jurisprudência é instável exatamente porque não respeita os precedentes.

Como se verá nos itens seguintes neste capítulo, o Código de Processo Civil de 2015 prevê a implementação de um sistema de precedentes, fazendo, espera-se, com que este fenômeno passe a ser mais estudado e compreendido, sobretudo pelos operadores do direito, tornando o seu uso mais eficiente. Ou seja, almeja-se que a imposição normativa reunida no CPC/2015 tenha o condão de, à medida que foram sendo utilizados e com o passar do tempo, introduzir a cultura necessária de respeito aos precedentes. Até que se chegue a este desejável momento, entretanto, este papel deve ser atribuído ao Órgão de Cúpula brasileiro, conforme se analisará no terceiro capítulo deste trabalho.

3.5.1 O princípio do contraditório e a participação no resultado do processo

Uma crítica bastante difundida sobre o sistema de precedentes, ou um argumento contrário à teoria dos precedentes, refere-se ao fato de que, com a eficácia vinculante, haveria produção de efeitos capazes de alcançar quem não tenha participado do procedimento de produção do pronunciamento judicial, não respeitando, assim, o princípio constitucional do contraditório e, por consequência, o devido processo legal e o Estado Democrático de Direito.

O precedente é uma decisão judicial e sua formação precisa, necessariamente, dar-se em contraditório, nos precisos termos do disposto nos artigos 7º e 10 do CPC/2015²²⁵, que exigem, para a construção de qualquer decisão

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 149-150.

²²⁵ *Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 10. O juiz não pode decidir, em*

judicial, o efetivo contraditório, entendido este como garantia de participação com influência e de não surpresa.

A questão aqui posta recai na necessidade de redimensionar o princípio do contraditório, pensando-o para definição da norma geral – a *ratio decidendi* –, e não para a definição da norma individualizada, como tradicionalmente sempre o foi.

Mesmo que em um ato decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final. Tal norma é geral exatamente porque pode desprender-se do caso específico que a originou a ser aplicada em outras situações futuras²²⁶.

A partir disso, o princípio do contraditório não pode mais ser visto apenas como um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada, que é estabelecida no dispositivo da decisão. É preciso que seja visto como um direito de participação na construção da tese estabelecida na fundamentação do julgado.

Por essa razão, para formação de um precedente, somente podem ser utilizados argumentos que foram submetidos ao contraditório.

Assim, ganha extrema importância observar os procedimentos que levam à formação de decisões judiciais que funcionarão como padrões decisórios, pois o modo como se desenvolve o contraditório nesses procedimentos será responsável por justificar a eficácia vinculante desses padrões.

Nestes termos, ganham importância prática no redimensionamento do contraditório num sistema de precedentes: a) a ampliação das possibilidades de intervenção de *amicus curiae*; b) as audiências públicas, abrindo espaço para que todos aqueles que possam sofrer os reflexos de tais decisões tenham oportunidade de se manifestar; c) os terceiros interessados no resultado, impondo-se a necessidade de se repensar as hipóteses de permissão de suas intervenções, ampliando-as²²⁷.

grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

²²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²²⁷ Ibidem.

Tem-se, desta feita, que a amplitude do contraditório deve ser muito maior nos procedimentos de produção de padrões decisórios que têm eficácia vinculante, devendo observar uma participação subjetivamente ampliada, isto é, não se limitando aos atores do processo originalmente instaurado, além de uma forma qualificada de deliberação por parte dos órgãos jurisdicionados²²⁸.

A legitimidade constitucional dos padrões decisórios vinculantes, afastando o argumento do não respeito ao contraditório e do devido processo legal, está ligada à criação de oportunidades para que, nos processos decisórios destinados à sua formação, estejam representados todos os interesses, ainda que formalmente não participem do processo todos os interessados²²⁹.

Portanto, a representatividade adequada permite que os efeitos de uma decisão vinculem aqueles que não participaram do processo, pois enseja a ampliação do contraditório efetivo na formação do padrão decisório vinculante.

3.6 A história da formação dos precedentes no Direito Brasileiro

A partir da Constituição do Império, de 1824, far-se-á, de forma sistematizada, uma análise histórica da relação entre o Direito brasileiro e um sistema de precedentes, a fim de se verificar de que maneira conviveram o *civil law* brasileiro e os precedentes.

Marcus Seixas Souza aponta que, ainda que a Constituição do Império consagrasse expressamente o princípio da legalidade²³⁰, foi “neste momento histórico que a função dos precedentes judiciais passou a ser, tal qual no direito contemporâneo, a de proporcionar a identificação de uma interpretação legal preferível”²³¹.

²²⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ *Artigo 179, I, da Constituição Política do Império do Brasil: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.*

²³¹ SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014, p. 94.

Pimenta Bueno, que produziu sua obra ao tempo do Império²³², sobre ser ou não possível a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes, assim se pronunciou:

Poderá, porém, uma tal decisão servir de regra obrigatória para o futuro enquanto não houver medida legislativa? Certamente não. [...]. Uma decisão obrigatória em caso singular dispõe só dele, mas quando ela vale disposição geral toma caráter de lei, cria direito e obrigações, torna-se uma norma social, e isso é da alçada exclusiva do legislador²³³.

Vê-se, assim, que o fundamento para negar a eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal na época Imperial era a exigência de separação dos poderes, nos mesmos termos em que ainda hoje encontramos na doutrina do *civil law*. Sobre o tema, remetemos o leitor ao item 3.2, já tratado neste trabalho.

Em 1850 foi editado o Decreto n. 738, atribuindo aos Tribunais de Comércio autorização para que tomassem assentos e estabelecendo a eficácia vinculante desses assentos, conforme seu artigo 12:

Art. 12. Os referidos assentos serão publicados pela imprensa; e seis mezes depois da sua publicação estabelecerão regra de direito para decisão das questões, que no futuro se suscitarem sobre os usos commerciaes a que os mesmos assentos se referirem: e todos os Juizes e Tribunaes, arbitros, e arbitradores serão obrigados a regular por elles as suas decisões, em quanto não forem derogados ou alterados por decisão do Poder Legislativo.

No ano de 1875 o Decreto Legislativo n. 2.684 ratificou a aplicação dos assentos até então existentes, atribuiu-lhes força de lei e autorizou o Supremo Tribunal de Justiça a expedir novos assentos com eficácia vinculante, sendo proibida a revogação pelo próprio Tribunal, nos termos do artigo 1º e do § 3º do artigo 2º:

Art. 1º - Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio.

Art. 2º, § 3º - Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.

²³² A primeira edição de sua obra, aqui citada, é de 1857.

²³³ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. In Marquês de São Vicente. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: 34 Editora, 2002, p. 455.

Com a República, foram extintos os assentos com eficácia vinculante e foi previsto para o Supremo Tribunal Federal, antigo Supremo Tribunal de Justiça, o cabimento do recurso extraordinário, inspirado no Direito dos Estados Unidos da América, sem força vinculante, para fazer o controle da aplicação das leis federais e da Constituição²³⁴.

Alexandre Câmara informa que outros mecanismos destinados a exercer funções análogas às dos antigos assentos surgiram, destacando-se o prejulgado²³⁵. Quando se identificava, num caso concreto, divergência de interpretação da lei entre os órgãos fracionários da Corte de Apelação, a questão era submetida ao julgamento dos integrantes de todas as Câmaras. A decisão era considerada um prejulgado, com força obrigatória para o caso sob julgamento. Porém, não vinculava os casos futuros fora da Câmara ou Turma, tornando-se um precedente persuasivo²³⁶.

Para Alexandre Câmara, o prejulgado pode ser considerado um ancestral do incidente de uniformização de jurisprudência, previsto do Código de Processo Civil de 1973, “sendo um incidente processual que se julgava por meio da prolação de acórdão”²³⁷, “cuja redação se deve ter em mira a fixação de norma aconselhável para os casos futuros, sendo sua observância obrigatória na Câmara ou Turma que o suscitara”²³⁸.

O prejulgado foi regulamentado no Código de Processo 1939:

Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

José Frederico Marquês dispõe que o prejulgado não era muito empregado, mas que trazia segurança e uniformização na aplica da lei:

Ao que parece, não tem sido ele muito empregado, embora devessem os juizes valer-se, mais a miúdo, de tal remédio, para evitar as procrastinações que o recurso de revista sempre traz. Além do mais,

²³⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²³⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

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

²³⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 118.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Embargos, prejulgado e revista no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Ed. 1937, p. 163.

muitos ganhariam, não só a celeridade da resolução das causas, como, também, a segurança e uniformidade na aplicação da lei, se o uso do prejudgado estivesse mais generalizado. Sua utilização e eficiência seriam muito maiores do que as do recurso de revista. Infelizmente, porém, dele se não tem lançado mão, salvo um ou outro caso esporádico em que se fez aplicação do art. 861 do Cód. de Proc. Civil²³⁹.

As Constituições da República de 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 mantiveram a previsão recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que, na visão de Ronaldo Cramer, funcionava como importante gerador de precedentes para o Judiciário brasileiro, ainda que sem força vinculante²⁴⁰.

Alterando seu regimento, o Supremo Tribunal Federal criou a súmula de sua jurisprudência, com enunciados que representavam o seu entendimento sobre questões jurídicas controversas, sobretudo as repetitivas²⁴¹.

As súmulas, deve ser ressaltado, não foram concebidas para servir como precedente, mas sim organizar o trabalho dos membros da Corte, identificando o julgamento passado da questão para evitar julgamentos contraditórios sobre o mesmo assunto²⁴².

Idealizador das súmulas, Victor Nunes Leal apresenta a sua motivação:

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante de falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematiza-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a ideia da Súmula²⁴³.

²³⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições do direito processual civil**. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 244.

²⁴⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁴³ LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, n. 145, 1981, p. 14.

Em 1973, o Código de Processo Civil, não repetindo a previsão do prejudgado, estabeleceu a uniformização de jurisprudência e a assunção de competência, conforme artigos 476 e 555, § 1º:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Art. 555, § 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

A Constituição de 1988, de forte inspiração quanto à forma de controle na Constituição austríaca, introduziu a ação direta de inconstitucionalidade. A Emenda Constitucional 3, de 17 de março de 1993, acrescentou no texto a ação declaratória de constitucionalidade, previu a ação de descumprimento de preceito fundamental e determinou que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, têm eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, além ratificar o efeito vinculante das ações do controle concentrado, introduziu o artigo 103-A na Constituição, prevendo a aprovação de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional e desde que mediante decisão de dois terços dos seus membros.

O Código de Processo Civil de 1973, depois de receber diversas reformas, além da previsão da uniformização de jurisprudência e da assunção de competência, passou a ter regras de valorização do precedente. Conforme sistematização feita por Ronaldo Cremer, pode-se incluir²⁴⁴:

- a) art. 285-A: permite ao juiz julgar improcedente liminarmente o pedido com fundamento em precedente do próprio juízo;
- b) art. 475, § 3º: dispõe que não cabe a remessa necessária, quando a sentença contrária à Fazenda Pública estiver fundada em

²⁴⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 47.

- precedente do Plenário do STF, em súmula do STF ou de outro tribunal superior;
- c) art. 518, § 1º: impede a admissão da apelação em primeira instância, caso a sentença recorrida esteja em conformidade com súmula do STJ ou STF;
 - d) art. 557: confere ao relator o poder de negar seguimento ao recurso, se a pretensão recursal for contrária a precedente, sumulado ou não, do próprio tribunal ou de tribunal superior;
 - e) art. 557, § 1º: outorga ao relator o poder de dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em confronto com precedente, sumulado ou não, de tribunal superior.

Por fim, em relação ao Código de Processo Civil de 1973, houve a previsão de um importante precedente oriundo de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, nos termos dos artigos 543-B e 543-C²⁴⁵.

3.6.1 O Código de Processo Civil de 2015

A Lei 13.105 de 16 de março de 2015 criou o novo Código de Processo Civil. Se considerada a data da publicação da exposição de motivos, 08/06/2010, tem-se quase cinco anos de tramitação e discussão do projeto.

Na exposição de motivos, a palavra segurança jurídica aparece treze vezes, revelando grande preocupação com a ausência de uniformização e estabilização jurisprudencial e, de outro lado, demonstrando a direção que o novo Código pretendia seguir. Há, no Código de 2015, valorização do precedente judicial, com a instituição de um sistema de precedentes.

Antes de se analisar este sistema de precedentes, lançar-se-á mão da sistematização apresentada por Ronaldo Cramer quanto aos institutos relativos aos precedentes no novo Código, encontrando-se²⁴⁶:

- a) art. 311, inciso II: dispõe que o juiz pode outorgar tutela de evidência ao autor, se os fatos estiverem comprovados por

²⁴⁵ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

²⁴⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 48.

documentos e o caso se encaixar em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

- b) art. 332: autoriza ao juiz, nas ações que dispensam instrução probatória, jogar improcedente liminarmente o pedido, com fundamento em súmula do STF ou STJ, julgamento de casos repetitivos, julgamento de assunção de competência ou súmula do tribunal de justiça sobre direito local;
- c) art. 489, § 1º, inciso V: exige que o juiz, ao aplicar um precedente, identifique seus fundamentos determinantes e demonstre que o caso se encaixa nesses fundamentos;
- d) art. 489, § 1º, inciso VI: exige que o juiz, ao deixar de seguir um precedente, demonstre a distinção com o caso concreto ou a superação do entendimento;
- e) art. 496, § 4º, incisos I a III: dispensa a remessa necessária, se a sentença contra a Fazenda Pública estiver de acordo com súmula de tribunal superior, julgamento de casos repetitivos e julgamento de assunção de competência;
- f) art. 932, inciso IV: confere ao relator o poder de negar seguimento ao recurso, se este estiver em confronto com súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, julgamento de casos repetitivos ou julgamento em assunção de competência;
- g) art. 932, V: concede ao relator o poder de dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida for contrária à súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, julgamento de casos repetitivos ou julgamento em assunção de competência;
- h) art. 926: estabelece normas gerais sobre precedentes, mas afirma que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente;
- i) art. 927: define quais são os precedentes com força vinculante e estabelece algumas regras sobre aplicação, modificação e publicidade do precedente.

Nota-se que o legislador difundiu, em diversas partes do Código, técnicas de aplicação de precedentes e de provimentos vinculantes, havendo um encadeamento dessas técnicas favoráveis à aplicação dos precedentes, embora sejam os artigos 926 e 927 o grande eixo para compreensão do sistema de precedentes.

3.7 O Sistema de Precedentes Judiciais Brasileiro

Na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira – Dicionário Aurélio – sistema é um “conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação” e, conforme o mesmo dicionário e numa noção

mais ligada à proposta de codificação, uma “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”²⁴⁷.

Para a configuração de um sistema de precedentes, três aspectos ganham máxima relevância: a coerência de enunciados legais que convergem em prol de uma finalidade específica; a estrutura organizacional de emissão de pronunciamentos; e a autoridade exercida pela estrutura organizacional anteriormente mencionada²⁴⁸.

Com o intuito de esclarecer o que pode ser compreendido por precedentes e, mais, se realmente pode-se falar em precedentes judiciais no direito brasileiro, a partir do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), Ronaldo Cramer apresenta cinco correntes criadas pela doutrina sobre o precedente judicial no CPC/2015.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...].

A primeira corrente, defendida por autores como Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros, defende que o referido artigo contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, principalmente, do argumento semântico²⁴⁹.

A segunda corrente, por sua vez, defende que o artigo 927 não estabelece precedente vinculante. O que de fato vincula, para esse entendimento, são os precedentes que contam com reclamação para forçar o seu cumprimento. Portanto, seriam vinculantes apenas as súmulas vinculantes, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e as decisões nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Estariam nessa corrente, autores como Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵⁰.

Pela terceira corrente, o artigo 927 não teria o condão de estabelecer força vinculantes aos precedentes ali listados, mas apenas exigir que os juízes e tribunais

²⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1943.

²⁴⁸ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁴⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁵⁰ Ibidem.

levem em conta tais precedentes em suas decisões. Filia-se a esta corrente Alexandre Freitas Câmara²⁵¹.

A quarta corrente sustenta que, se o artigo 927 do CPC/2015 for interpretado para abrigar um rol de precedentes vinculantes, a norma será inconstitucional. Incluem-se nesta corrente Nelson Nery Jr, Rosa Maria de Andrade Nery, Cassio Scarpinella Bueno e José Rogério Cruz e Tucci, para quem apenas a súmula vinculante e os julgados de controle direto de constitucionalidade podem ter efeito vinculante, por conta de previsão constitucional²⁵².

Finalmente, para a quinta corrente, sustentada por Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, todas as decisões emanadas das Cortes Superiores, e não apenas aqueles previstos no artigo 927 do CPC/2015, devem ser vinculantes²⁵³.

Entende-se que o artigo 927 contém um rol de precedentes vinculantes, algo já implantado, uma realidade a ser seguida, pois há um comando peremptório a ser cumprido pelos juízes e tribunais. Ou seja, como argumento semântico, o artigo 927 ao dispor que “os juízes e os tribunais observarão: [...]”, a norma não abre espaço para não ser aplicada, ou seja, a *ratio decidendi* contida na fundamentação do julgado tem força vinculante.

Não obstante, frisa-se, os precedentes não são apenas aqueles previstos no artigo 927 do CPC/2015. Compreende-se que todos os pronunciamentos de tribunais devem ser tidos como padrões decisórios para casos futuros, isto é, que as decisões dos tribunais devem ser vinculantes, e não apenas aqueles emanados das Cortes Superiores. Portanto, filia-se à quinta corrente supra citada, com a ressalva de que os tribunais inferiores também devem constituir precedentes vinculantes. Tais razões e os fundamentos que autorizariam tal pensamento serão expostos no terceiro capítulo deste trabalho. Neste momento, importante ter claro que a decisão oriunda de um tribunal deve ser obrigatoriamente observada.

O Brasil, filiado ao *civil law*, nunca esteve autenticamente mergulhado na tradição dos precedentes. As universidades nunca estiveram preocupadas com o

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Ibidem.

precedente judicial. Ainda que se tenha revelado a existência de diversos enunciados legislativos a partir dos quais se preza pela aplicação do direito jurisprudencial, a realidade é que não se implantou, de forma genuína, a tradição dos precedentes em nosso país. O direito jurisprudencial brasileiro não possui sólido lastro histórico²⁵⁴.

O sistema de precedentes implantado foi por meio de reforma legislativa, de tal sorte que a noção de precedente é delineada pelo conteúdo extraído do próprio texto legal.

O CPC/2015 de fato institui um sistema de precedentes judiciais. O Brasil tem desenvolvido, a partir das últimas décadas do século XX, técnicas e institutos processuais visando ao fortalecimento do direito jurisprudencial.

Aurélio Viana e Dierle Nunes lembram que ao longo da tramitação legislativa “chegou a contar no texto do projeto do CPC/2015 um capítulo denominado ‘Do Precedente Judicial’. Muito embora tenha sido posteriormente suprimido, a lógica de decidibilidade contida no Código, segundo a qual decisões passadas exercem influência sobre casos a serem decididos no presente-futuro, manteve-se”²⁵⁵.

No Brasil, o sistema de precedentes judiciais não existe do mesmo modo como é considerado do direito inglês ou norte-americano, mas sim em função da estrutura normativa trazida pelo novo sistema processual. Por isso não está correto dizer que se está passando por um processo de *commonlização*, algo que se daria pela própria lógica dos precedentes, que não Brasil não existe.

País de *civil law*, o Brasil, por meio de norma positivada, instituiu um sistema de precedentes. Portanto, tenta adaptar-se à teoria dos precedentes mantendo a sua própria tradição, que é a interpretação e aplicação da lei.

A principal fonte do Direito brasileiro é a legislação. Contudo, em nome da segurança jurídica, as decisões dos Tribunais devem ser vinculantes para todos os juízes e tribunais inferiores, inclusive aquele que a proferiu.

²⁵⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁵⁵ Ibidem, p. 222.

Deve o juiz buscar na lei a solução para o caso concreto. No entanto, havendo decisão dos tribunais cujo fundamento determinante – *ratio decidendi* – seja semelhante, este padrão decisório deve, necessariamente, ser seguido.

Não se trata de substituir as leis pelos precedentes judiciais, pois a tradição brasileira ainda é o *civil law*. O que não é possível tolerar é a negação da teoria dos precedentes e aceitar todos os males provocados pela multiplicidade de decisões judiciais para casos semelhantes.

Deve-se ressaltar, com extrema relevância, que se há decisão anterior de um tribunal, que deve ser seguida para casos semelhantes futuros, esta decisão surgiu a partir de uma interpretação da lei por parte do tribunal. Esse tribunal, assim, já extraiu a norma da lei, que servirá de padrão decisório. Portanto, não se está, absolutamente, substituindo as leis pelo precedente, mas sim considerando o precedente que surgiu da lei, o que é totalmente compatível com a tradição *civil law*.

3.7.1 Os Precedentes Vinculantes no CPC/2015

O CPC/2015 apresenta um guia de uniformização e manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, a fim de garantir o princípio constitucional da isonomia, gerando mais previsibilidade e aumentando segurança jurídica²⁵⁶.

Determinadas decisões, a partir do CPC/2015, já nascem com força de precedentes, que devem ser necessariamente observados. São as disposições do artigo 927²⁵⁷, o qual passa-se, brevemente, a expor.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

²⁵⁶ ALVIN, Tereza Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁵⁷ O rol do artigo 927 do CPC/2015 não é exaustivo, mas sim exemplificativo, dado que não há qualquer impedimento normativo para que outra norma federal possa prever eficácia vinculante para outro tipo de precedente. No próprio CPC, inclusive, o artigo 1.035, § 8º ao dispor que “negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”, acaba prevendo hipótese de eficácia vinculante não inserida no artigo 927.

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.

3.7.1.1 As decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade – Art. 927, I

O artigo 102, § 2º, de Constituição Federal de 1988 já previa que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O que vincula aqui é o dispositivo da decisão. E vincula todo o Poder Público, à exceção do Poder Legislativo.

Já o artigo 927, I, do CPC, por sua vez, prevê a eficácia de precedente vinculante que tais decisões passam a ter. Referida eficácia não abrange o dispositivo, mas sim a *ratio decidendi* da decisão proferida no controle concentrado, além de vincular apenas os órgãos do Judiciário, incluindo do próprio STF.

Assim, a decisão definitiva de mérito proferida no concreto concentrado de constitucionalidade, com o CPC/2015, passa a ter duas eficácias que não se confundem. A primeira, de decisão, que torna o dispositivo do pronunciamento vinculante para o Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta. A segunda, de precedente vinculante, que vincula a *ratio decidendi* para o Judiciário²⁵⁸.

3.7.1.2 Os enunciados de súmula vinculante – Art. 927, II

A diante tratar-se-á com profundidade sobre a súmula. No momento, porém, convém destacar que súmula e precedente são coisas distintas, sendo a primeira o texto da *ratio decidendi*.

A inclusão da súmula vinculante no rol do artigo 927 não a transforma em precedente, mas impõe que seu precedente originário seja vinculante. Portanto, na sistemática dos precedentes, a súmula vinculante não deve ser empregada a partir de seu texto, mas sim do precedente que a produziu, pois é nele que se encontra a norma jurídica criada pelo STF. Por isso faz-se fundamental a análise do teor do debate em que a súmula foi aprovada, para identificação e compreensão do precedente originário.

3.7.1.3 As decisões nos incidentes de assunção de competência e de julgamento de casos repetitivos – Art. 927, III

Em relação ao inciso III, do artigo 927, compreendidas como precedentes, essas decisões passam a ter efeito vinculante a partir de sua *ratio decidendi*, e não de seu dispositivo. Tratam-se de meios de resolução de casos de massa de ou questões múltiplas.

Todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida deverão ser enfrentados no bojo desses incidentes. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e possibilidade de participação de *amicus curiae*²⁵⁹.

Esses procedimentos formam um “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas regras se complementam reciprocamente”²⁶⁰.

Com o processo de formação do precedente, na sua interpretação e aplicação a casos futuros e similares o julgador verificará se é ou não caso de distinção ou superação. Se for, não aplica o precedente. Se não for, aplica-se o

²⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁶⁰ Ibidem, p. 479.

precedente e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorpora à própria decisão que o invocou²⁶¹.

3.7.1.4 Os enunciados de súmulas do STF e do STJ – Art. 927, IV

Assim como exposto no item 3.7.1.2, saliente-se que a inclusão da súmula no rol do artigo 927 não torna vinculante o seu enunciado, mas sim o seu precedente originário.

A súmula é o texto da tese de direito e não pode, por isso, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta.

A *ratio decidendi*, ou os fundamentos determinantes de uma decisão, espelham não apenas uma tese de direito, mas sim a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática. A súmula, o enunciado, não vai refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente. Por isso se fala em “súmula a partir dos precedentes que lhe deram origem”²⁶².

3.7.1.5 As decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais – Art. 927, V

O artigo 927, V, do CPC/2015, prevê duas ordens de vinculação: uma interna e outra externa.

Ocorre a vinculação interna em relação aos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte.

Já a vinculação externa se dá em relação aos demais órgãos de instância inferior – sejam juízes ou tribunais inferiores – aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos, e ao próprio tribunal que produziu o precedente.

Tem-se, diante disso, que precedentes do:

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 287.

- a) plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros;
- b) plenário e órgão especial do STJ, em matéria de direito federal infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como TRFs, TJs e juízes (federais e estaduais) e ele vinculados;
- c) plenário e órgão especial do TRF vinculam o próprio TRF, bem como juízes federais a ele vinculados;
- d) plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais e ele vinculados²⁶³.

Considerando a ausência de tradição de respeito aos precedentes no direito brasileiro e que a implantação desse sistema deu-se por meio de positivação normativa, evidencia-se neste inciso V, do artigo 927, do CPC15, a fundamentação para que as decisões de todos os tribunais sejam vinculantes para os juízes e tribunais inferiores, incluindo o próprio tribunal que proferiu o pronunciamento.

Frise-se mais uma vez o que se está aqui defendendo. Havendo decisão dos tribunais, qualquer tribunal, e não apenas os Superiores, cujo fundamento determinante – *ratio decidendi* – seja semelhante, este padrão decisório deve, necessariamente, ser seguido pelos juízes e tribunais inferiores. Evidentemente, havendo decisão anterior proferida por uma Corte Superior, não há que se falar em precedente de um tribunal inferior (TRF ou TJ); se posterior a decisão da Corte Superior, o precedente do tribunal inferior deixa de ser aplicado por revogação.

3.8 O precedente judicial

Nos termos do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, são elementos da sentença, além do relatório, a fundamentação e o dispositivo. Neste último, o juiz fixa a norma jurídica individualizada do caso concreto, recaindo sobre ela a coisa julgada e estabilizando a decisão que resolveu aquele caso.

Na fundamentação, por sua vez, o juiz demonstra a existência de uma norma jurídica geral do caso concreto. É uma norma geral que serve de base para

²⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 480.

extração da norma individual que se encontra no dispositivo da decisão, ou seja, dessa norma jurídica geral decorre a norma individualizada.

Assim, enquanto no dispositivo tem-se a norma individualizada do caso concreto, a norma que regula o caso, na fundamentação tem-se a norma geral, da qual decorre a norma do caso concreto, a norma individualizada.

Em toda decisão judicial há a norma que regula o caso – a norma do dispositivo – e a norma geral para aquele caso – a norma que serve como fundamento para aquela solução individual que foi apresentada pelo juiz, a norma da fundamentação.

A norma jurídica geral do caso concreto é dita geral porque regula situações hipotéticas. É uma norma construída a partir de um caso, que nasce tendo em vista as peculiaridades de determinado caso. O juiz, diante de um caso concreto e a partir do direito positivo, identifica qual é a norma jurídica geral para aquele caso específico. É uma norma que tem gênese, tem origem, e só pode ser compreendida à luz daquele caso.

Com isso, tem-se uma norma construída a partir de um caso, que fundamenta a sua solução e que servirá como modelo para resolução de casos futuros semelhantes. A esse conjunto, à essa soma, dá-se o nome de precedente judicial.

A decisão judicial passa a ser vista a partir de uma dupla perspectiva: como solução de um caso e como um precedente. Como solução de caso, vê-se o dispositivo da decisão. Na fundamentação o órgão julgador apresenta o precedente.

O precedente, diante disso, é a soma do caso, da argumentação jurídica e da norma jurídica que foi fixada, sendo esta última o seu núcleo.

O núcleo do precedente, portanto, é a norma jurídica construída, isto é, o seu elemento normativo, chamado de *ratio decidendi*. É a *ratio decidendi* que tem aptidão para ser aplicada a outros casos, pois é dela que decorre a norma individualizada constante do dispositivo da decisão.

Em sentido *lato*, portanto, pode-se definir o precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como

diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em sentido *estrito*, o precedente é a própria *ratio decidendi*²⁶⁴.

Ronaldo Cramer apresenta o conceito de precedentes a partir de dois sentidos: próprio e impróprio. Pelo primeiro, precedente é a decisão judicial que fixou a tese jurídica, a norma jurídica, a ser seguida pelas futuras decisões em casos iguais²⁶⁵. Pelo segundo, precedente é a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, isto é, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos²⁶⁶.

Daniel Mitidiero, considerando, em linhas gerais, precedente como sendo as razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes de Justiça a pretexto de solucionar casos concretos e que vinculam o comportamento de todas as instâncias judiciais inferiores, da própria Corte, do Estado Constitucional e orientam a conduta dos indivíduos e da sociedade civil, extrai que o conceito de precedente é qualitativo, material e funcional²⁶⁷.

É um conceito qualitativo, porque:

Depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedente²⁶⁸.

É um conceito material, porque:

Depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seu aspectos fático-jurídicos – os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram”. [...] É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não operam sem referência a fatos²⁶⁹.

²⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁶⁵ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; TUCCI, José Rogério Cruz e. “**Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012; MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. “**Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil**”. Alexandre Freire *et al.* (coord.). **Novas Tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013.

²⁶⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 99.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 100.

É um conceito funcional, porque:

Depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve ser resolvido²⁷⁰.

Quando visto na tradição do *common law*, o julgado não nasce como precedente, mas é reconhecido como tal por decisões posteriores. Ao tempo em que é proferido, o julgado ainda não constitui um precedente. São as decisões posteriores que identificarão na jurisprudência passada a existência de um precedente para solucionar o caso em julgamento. Assim, o julgado se torna precedente por decisões posteriores. Essa é a razão pela qual o precedente, em regra, é visto de maneira retrospectiva²⁷¹.

No Brasil, entretanto, principalmente a partir do sistema de precedentes implantado pelo novo Código de Processo Civil, é preciso considerar as opções legais e tradições processuais, que diferem em absoluto do *common law*.

No ordenamento jurídico brasileiro, como visto, os precedentes vinculantes encontram-se previstos em lei, motivo pelo qual já se conhecem previamente as decisões que ostentam esse *status*. O julgado, assim, quando precedente vinculante, já nasce com essa condição. O tribunal já sabe que o seu pronunciamento constituirá uma diretriz decisória que subordinará julgamentos futuros²⁷².

É por essa razão que para alguns autores, como Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, não existe um sistema de precedentes judiciais no Brasil, mas sim um sistema de decisões vinculantes. Sustentam que se o pronunciamento judicial já nasce como vinculante, então não pode ser considerado um precedente²⁷³.

Para o fim proposto de uniformização e manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, garantindo o princípio constitucional da isonomia, gerando mais previsibilidade e garantindo segurança jurídica, precedente é decisão que cria a norma jurídica a ser seguida em casos semelhantes,

²⁷⁰ MITIDIÉRO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 100.

²⁷¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. **O que é isto** – precedentes judiciais e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

independentemente de o pronunciamento judicial já nascer como precedente ou se tornar posteriormente um precedente.

Na tradição de *civil law* a norma positivada indica a decisão judicial que deve ser seguida em casos futuros e equivalentes. Em uma aproximação com o *common law*, até que se adquira um mínimo de tradição de respeito aos precedentes, é preciso que a Corte Suprema do Brasil faça com que juízes e tribunais observem os precedentes em seus julgados.

3.8.1 A *ratio decidendi* e o *obter dictum*

Conforme já exposto, tem-se na fundamentação de uma decisão judicial o núcleo do precedente, isto é, a norma jurídica construída, que é o seu elemento normativo, chamado de *ratio decidendi*, da qual decorre, por sua vez, a norma individualizada constante do dispositivo da decisão.

Portanto, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação, pois se extrai da *ratio decidendi* a regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada²⁷⁴.

Por isso se torna de extrema importância o cuidado na elaboração da fundamentação dos julgados pelos tribunais, com observância rigorosa ao artigo 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015²⁷⁵, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será

²⁷⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁷⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...].

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

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

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

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

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

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

possível, a partir dali, extrair uma regra geral a ser obrigatoriamente observada em situação futuras e análogas²⁷⁶.

Um método de identificação do precedente, apresentado por Fredie Didier Jr., chamado de “Teste de Wambaugh”, baseia-se em uma técnica segundo a qual se constata que um determinado enunciado é razão de decidir quando, excluído, implica uma mudança da conclusão final do julgamento, isto é, a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente. Caso a exclusão do enunciado não afete o comando final, não se estará diante da *ratio decidendi*²⁷⁷.

No entanto, o mais importante é que a *ratio decidendi* seja compreendida como as razões necessárias e suficientes para a solução da causa pelo tribunal. Essa é a norma jurídica gerada pelo precedente, a norma que deve ser seguida em casos futuros. Portanto, ser fiel ao precedente significa o respeito à essas razões.

Há que se considerar a existência de argumentos que surgem na fundamentação, como as passagens ilustrativas, os argumentos de aproximação, os trechos digressivos, as opiniões pessoais dos julgadores não submetidas a julgamento, que completam o raciocínio contido na *ratio decidendi*, mas que dela não fazem parte. Ou seja, são argumentos dispensáveis para determinar a norma do precedente. Esses são os *obiter dicta* ou, no singular, *obiter dictum*.

Em breve síntese:

[...], pode-se considerar a *ratio decidendi* (ou *holding*, nos Estados Unidos) os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução da demanda (fundamentos determinantes). Ao contrário, aquilo que não é essencial para que uma decisão de dê de determinada forma constituem meros *dictum* (ou *obiter dictum*)²⁷⁸.

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

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

²⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 375.

Ou seja, são *obiter dicta* as razões que não são necessárias e nem suficientes para a solução da questão, não integrando a parte vinculante do julgado.

No entanto, embora argumentos dispensáveis para determinar a norma do precedente, o *obiter dictum* não é inútil. Tem um papel importante de movimentar o sistema, movimentar a argumentação, além de poder servir como uma forma do tribunal sinalizar o comportamento que pretende adotar no futuro.

3.8.2 Precedente e decisão judicial

Todo precedente ressaí de uma decisão judicial. No entanto, para que uma decisão judicial seja um precedente, ela deve ser dotada de certa característica: a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos juízes²⁷⁹. Assim, nem toda decisão constituirá um precedente²⁸⁰.

O precedente constitui decisão sobre matéria de direito, e não de matéria de fato. Quando enfrentados pontos de direito, muitas decisões acabam se limitando a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que dê ao menos uma interpretação da norma legal. Também há a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou. Nessas situações, não se estará diante de precedente²⁸¹.

No entanto, para constituir precedente, não basta apenas que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. Necessário se faz que tal decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto²⁸².

Além disso, um precedente exige definição, ao menos por maioria, da questão de direito. Por isso uma decisão que resolve um recurso por maioria de votos, mas soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por

²⁷⁹ Esse é o sentido da expressão “decisão judicial” utilizada neste trabalho capaz de gerar o precedente.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

minorias, não constituirá um precedente²⁸³. Ou seja, só há precedente quando o fundamento – e não apenas o resultado – for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado.

Nesse ponto reside um grande problema no Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, muitas vezes a maioria – ou todos – de seus 11 (onze) ministros concordam com a conclusão, mas cada um com base em uma *ratio decidendi*. Importante frisar que só se pode falar de *ratio decidendi* com eficácia vinculante quando encampada pela maioria dos membros do tribunal.

Assim, conforme Marinoni:

Uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. Outrossim, um precedente requer análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado²⁸⁴.

Portanto, pode-se afirmar que o precedente é a primeira decisão que, ao menor por maioria, decide a questão de direito ou a decisão que, igualmente ao menos por maiorias, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina²⁸⁵.

3.8.3 Precedente, jurisprudência e súmula

Embora sejam institutos ligados, o precedente, a jurisprudência e a súmula não se confundem. Conforme observa Fredie Didier Jr:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal²⁸⁶.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem, pp. 158-159.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 500.

Portanto, para Didier Jr., quando a *ratio decidendi*, construída a partir da solução de um caso, começa a ser aplicada em diversos casos, ou, dito de outra forma, quando outros casos começam a ser decididos com base na mesma *ratio decidendi* da solução de um caso anterior, surge aquilo que se denomina de jurisprudência. Ou seja, a jurisprudência é a reiterada aplicação de um precedente²⁸⁷.

A partir do momento em que tal jurisprudência passa a prevalecer no tribunal, ela se transforma em jurisprudência dominante, em entendimento prevalecente.

Quando o texto da *ratio decidendi* que tem sido reiteradamente aplicada no tribunal é enunciado, tem-se a súmula. Súmula é o enunciado, o texto da *ratio decidendi*.

Há, assim, uma evolução entre os institutos, pois o precedente interpreta a lei e constrói uma *ratio decidendi*, essa *ratio decidendi* reiteradamente aplicada vira jurisprudência, para depois o tribunal escrever, enunciar a *ratio decidendi*.

Tem-se então que súmula não é precedente. Súmula é enunciado, é o texto da *ratio decidendi* e deve ser interpretada contextualizada com a *ratio decidendi* que a gerou.

Não se pode interpretar súmula como artigo de lei, de forma independente. A súmula é o texto de uma norma que foi construída a partir de um caso, que é a *ratio decidendi*. Ou seja, só se pode interpretar a norma à luz daquele caso.

Assim como sua interpretação não pode ser feita dissociada da sua origem, também não se pode redigir uma súmula ignorando a sua origem. Se a súmula é texto da *ratio decidendi*, a súmula tem que ser, o máximo possível, o texto correspondente ao que se enunciou no precedente.

É assim que prevê o artigo 926, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) ao dispor que:

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

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

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

Ou seja, ao redigir a súmula, tem de respeitar os precedentes que a geraram. Ao se interpretar a súmula, tem de interpretar de acordo com os precedentes que a geraram. A súmula não pode se dissociar de sua origem.

Registre-se novamente que no Brasil, não com pouca frequência, os julgamentos dos órgãos colegiados acabam gerando uma situação bastante problemática quando os julgadores concordam com a conclusão, mas cada um deles com base em uma *ratio decidendi* diferente. Só é possível falar de *ratio decidendi* que possa ser sumulada, tendo efeito obrigatório, quando se se tratar de *ratio decidendi* adotada pela maioria dos membros do tribunal.

Aponta Daniel Mitidiero que, tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante. Já as súmulas, também na sua compreensão tradicional, constituem um método de trabalho, um meio para ordenar e facilitar a tarefa judicante de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto, não gozando também de força vinculante²⁸⁸.

O Código de Processo Civil, porém, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomados em incidente de assunção de competência (artigo 927, inciso III) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, acaba por romper em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência²⁸⁹.

Isso significa, segundo Mitidiero, que ao lado da jurisprudência tradicional, o direito brasileiro conhece igualmente a jurisprudência uniformizadora, com a característica desta última ser obrigatória²⁹⁰.

²⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Ibidem.

Da mesma forma as súmulas passaram a ser reconhecidas como guias para a interpretação do direito (artigo 927, II e IV), com previsão do dever de identificação e de congruência com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações²⁹¹ (artigo 926, § 2º²⁹²).

3.8.4 *Distinguishing*

O precedente não pode ser visto como encerramento definitivo da história institucional da resolução das questões neles versada. O sistema jurídico tende a se autodesenvolver, justificando a criação de técnicas que impeçam o uso irracional dos precedentes.

Considerando que o raciocínio por meio de precedentes é constituído por comparações, analogias e contra analogias entre situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos, buscando-se compreender se determinado caso anterior deve servir de orientação para a decisão, como fundamento da aplicação ou não do precedente em determinado caso, utiliza-se a técnica da distinção ou *distinguishing*²⁹³.

Para André Frederico Horta:

É possível classificar a técnica da distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro estrito: a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente²⁹⁴.

Portanto, à luz de um caso concreto e a partir de um método de comparação, o magistrado analisa os elementos objetivos da demanda, confrontando com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Havendo aproximação, passa-se a analisar a *ratio decidendi* – a tese jurídica – firmada nas decisões

²⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²⁹² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

²⁹³ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015**: uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie et al. (org.). Precedentes – Coleção Grandes Temas Do Novo CPC. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁹⁴ Ibidem, p. 311.

proferidas nessas demandas anteriores. Estar-se-á diante de um *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma.

José Rogério Cruz e Tucci apresenta o *distinguishing* como um método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”²⁹⁵.

A distinção entre casos, ressalte-se, não pode ser considerada como uma forma de se deixar de aplicar o padrão decisório, mas sim uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir. Nesse mesmo sentido ensina Thomas da Rosa de Bustamante, para quem:

O afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é informada –, mas apenas sua não aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência²⁹⁶.

3.8.5 *Overruling*

Quando uma Corte de Justiça revoga um precedente anteriormente proferido – considerando que no Brasil o sistema de precedentes está substancialmente positivado, já nascendo a partir de uma decisão judicial apta a gerar o precedente – por outro precedente, está-se diante de uma superação de precedente, ou *overruling*. Ou seja, *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente²⁹⁷.

A necessidade de estabilidade da jurisprudência, requisito indispensável para conferir segurança jurídica ao sistema de precedentes, impõe que a superação deve ocorrer de forma excepcional.

²⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

²⁹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 469.

²⁹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

No entanto, 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, mas sim a alteração injustificada desse entendimento. Os fundamentos para a superação de um precedente podem ser a revogação ou modificação da lei em que se baseou, a mudança de entendimento da comunidade jurídica e alterações econômicas, políticas, culturais ou sociais referentes à matéria decidida²⁹⁸.

O artigo 927, § 4º, do CPC/2015 assim prevê:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...].

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

Percebe-se que a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente.

Celso de Albuquerque Silva resume as principais hipóteses de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incerto; e (iii) quando se revelar inexecutável na prática²⁹⁹.

3.9 A eficácia jurídica do precedente

Michele Taruffo propõe duas formas de classificação do precedente. A primeira é quanto à origem, que identifica o precedente a partir do tribunal que o gerou, sendo vertical ou horizontal³⁰⁰.

Precedente vertical é aquele que foi construído pelos tribunais superiores, tendo sua aplicação de cima para baixo dentro da organização judiciária, isto é, dos tribunais superiores para os outros tribunais. Precedente horizontal, por sua vez, é aquele que deve ser respeitado pelo próprio tribunal que o editou, ou seja, sua vinculação

²⁹⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁹⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁰⁰ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. **Revista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 48, n. 2. Milão: Giuffrè, 1994.

é interna, aplicada apenas aos órgãos do mesmo tribunal que o construiu. Essa classificação será amplamente analisada no terceiro capítulo deste trabalho.

A segunda classificação de Taruffo é quanto à eficácia jurídica do precedente, isto é, a sua capacidade de vincular ou não os julgamentos de casos futuros, podendo ser persuasivo ou vinculante.

O precedente persuasivo não tem eficácia vinculante, sendo apenas utilizado como um “reforço de argumentação, seja pela parte, seja pelo magistrado, para demonstrar o acerto do discurso jurídico”³⁰¹. Constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada³⁰²”, na medida em que, se o magistrado “o segue, é por estar convencido de sua correção³⁰³”. Essa é a eficácia mínima de todo precedente.

O precedente vinculante, ou obrigatório, tem eficácia vinculativa em relação aos casos futuros e semelhantes. Precedente com eficácia vinculante significa que a tese jurídica, que é a norma jurídica geral – *ratio decidendi* –, estabelecida na fundamentação de uma decisão judicial tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação³⁰⁴. Para não seguir o precedente, deve ser demonstrada a distinção entre o caso concreto e o caso do precedente, ou se o precedente tiver sido superado por outro precedente.

A eficácia vinculante do precedente evidencia a importância que deve ser dada à fundamentação de um pronunciamento judicial. Conforme já exposto anteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu que não se considera fundamentado o pronunciamento que se limita a invocar algum padrão decisório “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta à aqueles fundamentos” (artigo 489, § 1º, V)³⁰⁵.

³⁰¹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 116.

³⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 13.

³⁰³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 53.

³⁰⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁰⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 15.

Questão central que se coloca neste capítulo do trabalho diz respeito tanto ao reconhecimento como à defesa de que todo precedente (cumpridas as características que lhe são impostas para sua formação, já analisadas neste trabalho) oriundo de uma Corte de Justiça deve, necessariamente, ter força vinculante, vertical e horizontal.

Como, entretanto, no sistema brasileiro, de tradição *civil law*, os precedentes são vinculantes por expressa disposição legal, sobretudo pelo artigo 927 do CPC/2015, grande parte da doutrina considera que apenas esses teriam força vinculante, conforme visto no item 3.7 deste trabalho.

Novamente se reforça que a fonte primária do Direito brasileiro é a lei. Contudo, havendo pronunciamento judicial de tribunal que tenha construído uma tese jurídica, esse padrão decisório deve ser seguido. E isso não configura a substituição da lei pelo precedente judicial, pois a decisão paradigma foi construída a partir da interpretação da lei por parte do tribunal, extraindo-se a norma jurídica. Logo, o sistema de precedentes vinculantes do Direito brasileiro não é incompatível com a tradição *civil law*.

O motivo para se reconhecer e defender a eficácia vinculante de precedente emanado de tribunal está na necessidade de se conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, em tutelar, portanto, a estabilidade e a coerência da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Reforçando a eficácia vinculante do precedente, Daniel Mitidiero discorre que:

Embora o Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedentes entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer: a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta³⁰⁶.

Portanto, para Mitidiero, para quem os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Superiores, a eficácia vinculante do precedente decorre

³⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 93.

da “força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado”³⁰⁷.

Assim, a força vinculante do precedente não depende de expressa disposição do direito positivo. É fruto da interpretação da legislação e do valor atribuído a essa interpretação, seja pela “autoridade do direito interpretado”, seja pela “autoridade de quem interpreta”, considerando estas últimas todas as Cortes de Justiça, e não apenas as Cortes Superiores.

Diante disso, pode-se concluir que a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa à própria vinculação ao Direito, o que não pode ser tolerado em um ordenamento jurídico, por todos os males que isso provoca, conforme já apresentados.

Surge, então, a necessidade da Corte Suprema do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, garantir que o sistema de precedentes judiciais brasileiro seja efetivo. Passa-se, então, a analisar o papel do STF no capítulo seguinte.

³⁰⁷ Ibidem, p. 93.

4 O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, é composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha, mediante sabatina e em votação secreta, pela maioria absoluta dos membros do Senado. Esses onze ministros são divididos em duas Turmas, cada uma com cinco membros, que estão no mesmo patamar de hierarquia.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos, do modo como foi previsto na Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal não é, rigorosamente, uma Corte Constitucional, embora caiba a ele, precipuamente, a guarda da Constituição, isto é, realizar o controle de constitucionalidade concentrado no Direito brasileiro. Suas competências vão muito além disso³⁰⁸.

Nos termos do artigo 102 da Carta de 1988³⁰⁹, dois tipos de competência para o STF foram consagrados: (1) originária, quando é acionado diretamente. Ou seja, são questões decididas apenas por ele, que não chegam ao seu exame por intermédio de recursos ordinários ou extraordinários. Aqui julga-se em única instância; e (2) recursal, quando decide matéria que lhe foi submetida por via de recursos ordinários ou extraordinários. Aqui julga-se em última instância, haja vista que o caso levado à sua jurisdição já passou, anteriormente, pelo crivo de outros órgãos jurisdicionais, competindo a ele proferir a palavra final a seu respeito, em grau de recurso.

Assim, além de reservar ao STF competências que garantem o exercício do controle de constitucionalidade pela via concentrada (ações de controle de constitucionalidade abstrato) ou difusa (por via de Recurso Extraordinário), a Constituição de 1988 ainda o destinou a função de padronização da jurisprudência e interpretação da lei. Ou seja, deve exercer o STF a função de uniformização do

³⁰⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁰⁹ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...]. II - julgar, em recurso ordinário: [...]. III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...].*

ordenamento jurídico brasileiro por meio de seus julgados de questões de índole constitucional.

Neste capítulo serão analisados, inicialmente, os deveres dos tribunais no sistema de precedentes e a colegialidade das decisões que servirão como precedentes. Tais questões são aplicáveis a todos os tribunais da Justiça brasileira.

Na sequência, passar-se-á a analisar questões relacionadas ao Tribunal de Cúpula brasileiro. Deve ser ressaltado que, embora grande parte destes assuntos também caibam ao STJ³¹⁰, neste momento este trabalho se limitará a analisar exclusivamente o papel do STF, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, a quem todos os demais tribunais estão subordinados, detentor da última palavra na interpretação da norma, ou, considerando o objeto deste trabalho, Corte responsável pela efetividade do sistema de precedentes no Brasil e pela unidade do Direito.

4.1 Deveres dos tribunais no sistema de precedentes³¹¹

O princípio da segurança jurídica é o principal fundamento defendido neste trabalho para a adoção do sistema de precedentes. Um ordenamento que não impõe respeito aos seus precedentes torna a resposta judicial imprevisível para a sociedade e compromete a estabilidade da ordem jurídica.

Exatamente porque é construído para concretizar a segurança jurídica, o precedente não deve retratar um posicionamento frágil do tribunal, não deve constituir

³¹⁰ Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça também deve exercer função de uniformização do ordenamento jurídico brasileiro por meio de seus julgados, por meio de sua competência originária e recursal, principalmente a prevista no artigo 105, inciso III, da Constituição de 1988, qual seja, o recurso especial.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...].

³¹¹ Pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) mostrou que para aproximadamente 51,5% dos juízes de primeiro e segundo grau, o magistrado deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Esse percentual vai à 55% quando os entrevistados são Ministros de Tribunais Superiores. Associação dos Magistrados Brasileiros. Quem somos: a magistratura que queremos. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 09/03/2020.

uma posição que não diga respeito à história do tribunal naquele determinado julgamento da matéria e, sobretudo, não deve ser ignorado pelo tribunal³¹².

É nesse contexto que se passa a analisar o artigo 926 do CPC/2015:

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

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

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

4.1.1 Dever de uniformização da jurisprudência

O dever de uniformizar a jurisprudência pressupõe que o tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica. Deve o tribunal resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre determinado assunto³¹³.

Assim, não é possível a tolerância de divergência entre órgãos fracionários de um tribunal, pois isso impede que se identifique a sua posição sobre a matéria, que é fundamental para o sistema de precedentes.

O artigo 926, § 1º desdobra o dever de uniformizar, com a obrigação dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante por meio das súmulas. Além disso, condiciona esse dever ao cumprimento do § 2º do mesmo artigo. Portanto, os tribunais editarão enunciados de súmulas observando as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

De acordo com Fredie Didier Jr., o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre, assim, o caráter de concretude do direito judicial que se constrói³¹⁴.

³¹² CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

³¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³¹⁴ Ibidem.

Conforme Hermes Zaneti Jr, “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação”³¹⁵.

4.1.2 Dever de manter a jurisprudência estável

Jurisprudência estável significa a existência de precedentes firmes e sólidos, que demonstram com clareza o posicionamento do tribunal sobre determinada questão. E isso somente se alcança se os tribunais respeitarem, também, os seus próprios precedentes³¹⁶. A jurisprudência estável é pressuposto para a identificação e compreensão do precedente, padrão decisório a ser seguido. Além disso, a estabilidade gera credibilidade para o Judiciário.

É por isso que qualquer mudança de posicionamento – superação – deve ser adequadamente justificada, e também a razão pela qual Fredie Didier Jr. fala em princípio da “inércia argumentativa” como sendo a norma que:

- a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação qualificada nos termos do art. 489, *caput* e § 1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, § 1º, VI, CPC; e
- b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V, CPC)³¹⁷.

Ou seja, a “inércia argumentativa” vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões até então não cogitadas ou enfrentadas. Tal princípio, mais do que norma infraconstitucional, encontra-se implicitamente consagrado na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que

³¹⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 380.

³¹⁶ Enunciado 316 do FPPC: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.

³¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 488.

garanta: a) a igualdade de tratamento para casos afins (art. 5º, *caput*, CF/88³¹⁸); b) a motivação adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF/88³¹⁹); e c) o contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5º, LV, CF/88³²⁰)³²¹.

4.1.3 Dever de dar publicidade aos precedentes

Para que o sistema de precedentes tenha efetividade, é fundamental que o princípio da publicidade seja redimensionado. Não basta garantir que as decisões judiciais sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fonte de precedentes com força vinculante para que, assim, sejam-lhes dada uma publicidade adequada³²².

Não é por outra razão que o artigo 927, § 5º, do CPC/2015, prevê que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Ou seja, é preciso tornar os posicionamentos daquele tribunal, vinculantes de casos vindouros e afins, de maneira mais sistematizada, mais acessíveis aos juízes e jurisdicionados.

³¹⁸ CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

³¹⁹ CF/88 - Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³²⁰ CF/88 - Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³²¹ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2014, n. 229, pp. 392-393.

³²² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

4.1.4 Dever de coerência e dever de integridade

Esses dois deveres, ao lado dos demais, compõem o complexo de situações jurídicas passivas imputadas aos tribunais. Tais deveres servem como instrumento para o desenvolvimento do microssistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros³²³.

Coerência e integridade, apesar de dois deveres, formam um amálgama, servindo para o atingimento de um fim, qual seja, a jurisprudência deve ser consistente.

Nessa linha, não se pode admitir uma jurisprudência coerente, mas inconsistente, tampouco uma jurisprudência íntegra, mas inconsistente. Tem-se o primeiro caso quando o tribunal interpreta o Direito de modo coerente, logicamente coerente, mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa³²⁴.

O segundo caso, por sua vez, tem-se quando o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microssistema ou às relações entre o processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem enfrentar todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia³²⁵.

Por essa razão Fredie Didier Jr. sugere que a melhor opção do legislador fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela consistência de sua jurisprudência, pois, qualificar uma jurisprudência como consistente é considerá-la íntegra e coerente³²⁶.

4.1.4.1 Dever de coerência

A coerência entre duas normas pode ser vista em uma dimensão formal ou em uma dimensão substancial. A formal relaciona-se à ideia de não-contradição,

³²³ Ibidem.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ Ibidem.

³²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

enquanto que a substancial à ideia de conexão positiva de sentido. Seja como for, o dever de coerência abrange ambas³²⁷.

O enunciado 454 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe que:

Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência).

Enquanto que o enunciado 455 fixa que:

Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.

Os tribunais devem coerência à suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. As distinções feitas também devem ser coerentes. Portanto, a coerência impõe o dever de autorreferência, isto é, o dever de dialogar com os precedentes anteriores. Um precedente deve ser seguido, distinguido ou superado, mas jamais ignorados³²⁸.

4.1.4.2 Dever de integridade

Conforme enunciado 456 do FPPC, “uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

Aqui é necessário fazer referência à tese do Direito como integridade, de Ronald Dworkin³²⁹. Tal remissão não significa que o *caput* do artigo 926 do CPC/2015 tenha adotado de forma irrestrita a tese de Dworkin, “mas sim que referido dispositivo apenas se inspirou nessa tese para prescrever como deve ser construída, mantida e aplicada a jurisprudência, a fim de viabilizar o sistema de precedentes”³³⁰.

³²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

³³⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 126.

Para Dworkin, o Direito é compreendido como uma prática interpretativa, que se baseia no que já foi construído e acrescenta novas premissas para a compreensão futura da regra jurídica. O aplicador não descobre e nem cria o direito, mas assume posições interpretativas com base no passado e projetadas para o futuro³³¹.

O Direito como integridade revela-se em dois princípios: da integridade na legislação e da integridade no julgamento. Pelo primeiro princípio, a criação do direito pela lei deve ser feita de forma coerente com os princípios jurídicos que resumem as virtudes de uma sociedade. Pelo segundo princípio, que interessa para a interpretação do *caput* do artigo 926 do CPC/2015, a aplicação do direito deve se fazer de forma coerente com que se decidiu.

Assim, a integridade no julgamento, de acordo com Dworkin, revela-se como um “romance em cadeia”, em que a criação do precedente a partir de uma determinada norma jurídica não pode constituir um ato isolado. Deve, portanto, considerar os julgamentos anteriores, dialogando com o passado³³².

4.2 A colegialidade da decisão que servirá como precedente

Já foi dito neste trabalho, no capítulo anterior, que um precedente exige definição, ao menos por maioria, da questão de direito. Ou seja, só há precedente quando o fundamento – e não apenas o resultado – for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Passa-se, então, a analisar o modelo de deliberação visto nos tribunais brasileiros, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, e sua importância para a formação do precedente.

Alexandre Câmara esclarece que os tribunais brasileiros adotam o método *seriatim*, em que são “simplesmente somadas as conclusões dos votos proferidos pelos integrantes do órgão colegiado a fim de verificar qual foi o resultado do processo, ignorando-se a fundamental questão de saber se os fundamentos de cada voto são ou não coincidentes”³³³.

³³¹ Ibidem.

³³² DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

³³³ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 256.

Para André Rufino Vale:

O modelo de decisão *seriatim* se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série” como um *texto composto* – aí está o significado do termo em latim *seriatim*. Nos tribunais que adotam esse modelo, a deliberação comumente não se desenvolve com o objetivo de produzir um texto final com uma única *ratio decidendi* que possa representar a posição institucional da Corte (unívoca e impessoal), mas como uma proclamação sucessiva das decisões individuais dos membros do tribunal, normalmente precedidas de um discurso que cada juiz tem o direito de realizar, seja através de um texto escrito por ele preparado previamente ou por meio da improvisação oral, para apresentar publicamente sua própria argumentação e seu julgamento individual do caso. O resultado da deliberação é apresentado em texto composto pelo diversos votos e seus respectivas *ratio(nes) decidendi*, tornando bastante complicada em algumas ocasiões a tarefa de definir com precisão o fundamento determinante da decisão do tribunal, a qual normalmente pode ser realizada pela extração do “mínimo comum” entre os distintos argumentos individuais³³⁴.

Este é o modelo de deliberação tradicionalmente empregado no Supremo Tribunal Federal³³⁵. Cada um dos membros da Corte profere seu voto sem dialogar com os votos dos demais, fazendo com que o acórdão seja uma “sucessão de monólogos”, acrescentando uma “camada de confusão” aos entendimentos do tribunal, na medida em que dificulta demasiadamente a identificação dos fundamentos determinantes do Tribunal³³⁶.

Assim, se todos os membros do colegiado, ou sua maioria, concordam com determinado fundamento específico, a tarefa torna-se simples. No entanto, quando esse consenso não é encontrado, quando o Tribunal se divide quanto aos fundamentos de uma decisão, torna-se muito difícil identificar os fundamentos determinantes de um acórdão.

Há, todavia, um sistema de deliberação capaz de eliminar a maior parte das dificuldades do modelo *seriatim*: o sistema de deliberação *per curiam*. Por este método, a decisão deve ser apresentada ao público “como sendo a expressão unívoca

³³⁴ VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília. Brasília-Alicante, 2015, p. 115.

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 257.

do órgão judicial considerado como uma unidade institucional indivisível, desconsideradas as posições individuais dos membros do colegiado”³³⁷.

Nas deliberações *per curiam* os membros do colegiado devem dialogar entre si a fim de identificar o entendimento a ser adotado pelo tribunal, divulgando-o como decisão do tribunal. Permite-se, com isso, mais facilmente afirmar qual é o fundamento determinante de uma decisão³³⁸.

Esse modelo de deliberação *per curiam* resulta de uma atuação cooperativa dos membros do Tribunal, compatível com um sistema processual participativo e coadunando-se com o artigo 6º do CPC/2015: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”³³⁹.

Diante disso, com vistas à formação de precedente, é fundamental que todos os integrantes de órgão colegiado atuem juntos na construção da decisão, mormente daquela que será empregada como padrão decisório dotado de eficácia vinculante.

A adoção do sistema de deliberação *per curiam* deve ser vista como uma alternativa para que se consiga evitar “o grande problema da identificação da *ratio decidendi* ao final do julgamento, que é o mais grave defeito do método do método de deliberação *seriatim*”³⁴⁰.

Em um sistema de deliberação *per curiam*, mesmo diante de uma conclusão que tenha sido unânime, considera-se vencido o magistrado que tenha chegado à mesma conclusão dos demais por fundamento diverso. Neste caso, inclusive, em uma releitura do artigo 941 do CPC/2015³⁴¹, o acórdão só deveria ser redigido pelo relator se foi o seu fundamento que prevaleceu. Não o sendo, isto é, não prevalecendo o fundamento empregado pelo relator, deveria ser redigido o acórdão

³³⁷ VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília. Brasília-Alicante, 2015, p. 109.

³³⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³³⁹ Ibidem, p. 259.

³⁴⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; *et al.* (coord.). **A força normativa do direito judicial**: uma análise da aplicação prática do precedente judicial e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 86.

³⁴¹ Art. 941. *Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.*

por quem tenha proferido o primeiro voto com a fundamentação vencedora, o que em muito facilitaria a identificação dos fundamentos determinantes do acórdão³⁴².

4.3 O STF como Corte Suprema

Um sistema jurídico que se preocupa com a promoção da igualdade e ao fortalecimento da segurança jurídica deve ter clareza no papel que a sua principal Corte exerce. A partir da construção teórica feita por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni³⁴³, é possível encará-la de duas formas: como Corte Superior ou como Corte Suprema³⁴⁴.

A primeira – Corte Superior – parte de uma perspectiva cognitivista ou formalista da interpretação jurídica e encara a corte como sendo uma corte de controle da legalidade das decisões recorridas, que se vale da sua jurisprudência como um simples parâmetro para aferição de erros e acertos cometidos pelo órgãos jurisdicionais inferiores na decisão dos casos a ele submetido³⁴⁵.

A atividade da Corte Superior é reativa, preocupando-se com o passado. O recurso dirigido pela parte à corte é fundado no *jus litigatoris*. A interpretação do Direito é apenas um meio para viabilização do fim, que é o controle da decisão recorrida. Neste modelo de corte, a uniformização da jurisprudência tem um papel instrumental, de modo que o desrespeito à interpretação ofertada pela Corte Superior pelos juízes que compõem as instâncias ordinárias é visto como algo natural dentro do sistema jurídico³⁴⁶.

A segunda – Corte Suprema – parte de uma perspectiva cética ou antiformalista da interpretação jurídica, notadamente na sua versão lógico-argumentativa, encarando a corte como sendo uma corte de adequada interpretação do Direito, que se vale dos seus precedentes como um meio para orientação da

³⁴² CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁴³ Os dois autores consideram como Corte Suprema tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, pois ambas funcionam como Corte de Precedentes.

³⁴⁴ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³⁴⁶ Ibidem.

sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do significado que deve ser atribuído aos enunciados legislativos³⁴⁷.

Sua atividade é proativa, endereçada para o futuro. O recurso dirigido pela parte à corte viabiliza a tutela do *jus constitutionis*. A interpretação do Direito é o fim da corte, sendo o caso concreto apenas o meio a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função. Neste modelo de corte, a formação do precedente tem um papel central, de modo que a violação à interpretação ofertada pela Corte Suprema pelos juízes que compõem a própria Corte e por aqueles que encontram em instâncias ordinárias é vista como uma grave falta institucional que não pode ser tolerada dentro do sistema jurídico³⁴⁸.

Quando visto a partir desses dois modelos, percebe-se, até com certa facilidade, que o Supremo Tribunal Federal se aproxima mais do modelo de Corte Superior. No entanto, essa tendência não se mostra capaz de viabilizar a adoção de mecanismos imprescindíveis para a promoção da igualdade e da segurança jurídica no ordenamento brasileiro.

É preciso, desta feita, que o Supremo Tribunal Federal seja pensado como uma Corte de Interpretação e de Precedentes, e não mais como uma Corte de Controle e de Jurisprudência. Ou seja, deve o Supremo Tribunal Federal exercer o papel de verdadeira Corte Suprema do Brasil.

É a partir desses conceitos e premissas criados pelos dois grandes expoentes do Direito Processual Civil brasileiro, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, que se passa a analisar o papel do Supremo Tribunal Federal sob os perfis funcional e eficaz. Antes, porém, e como introdução à análise dos perfis, buscar-se-á a compreensão da atividade interpretativa, que institui a norma jurídica, ou reconstrói o significado da norma.

4.3.1 Reconstruindo o significado normativo

Para entender o significado do Supremo Tribunal Federal no sistema jurídico brasileiro é necessário, antes, compreender no que constitui a atividade de

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ Ibidem.

interpretação do Direito: se é uma atividade descritiva e sem valor, cujo resultado é a declaração de uma norma preexistente e unívoca; ou uma atividade adscritiva e decisória, cujo resultado é a reconstrução de um determinado significado normativo entre diferentes possíveis. É exatamente essa compreensão que vai caracterizar a principal Corte de Vértice do Brasil: se uma Corte de controle e de jurisprudência ou uma Corte de interpretação e de precedentes.

Essa resposta, frise-se, vai influenciar diretamente o modo como se deve entender a finalidade das ações em que o Supremo Tribunal Federal deve se pronunciar, seja por meio de sua competência originária, seja por meio de sua competência derivada, com destaque a essa última pela relevância quantitativa de recursos extraordinários – e os respectivos agravos³⁴⁹.

Tal finalidade pode ser descrita como: se visam o controle sobre os erros e os acertos das decisões das instâncias inferiores formado no interesse das partes ou visam a promover a unidade do direito mediante uma adequada interpretação de textos normativos a partir de casos concretos.

Há que se considerar que, em grande medida, os textos em que o direito é escrito são equívocos e suas normas são vagas, tornando-o indeterminado³⁵⁰. Um texto é equívoco porque dá azo há dúvidas interpretativas a respeito do seu significado, seja porque é ambíguo³⁵¹, complexo³⁵², implicativo³⁵³, defectível³⁵⁴ ou redigido de forma aberta ou fechada, isto é, exemplificativo ou taxativo.

Essa potencial equivocidade dos textos muitas vezes não é algo que possa ser eliminado simplesmente pelo apuramento linguístico na sua redação, pois a equivocidade é uma decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos

³⁴⁹ Entre os anos de 2010 e 2019 o percentual de recurso extraordinário e de agravo (ARE) correspondeu à mais de 75% de todos os processos distribuídos ao STF. Dados retirados na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>. Acesso em 26/03/2020.

³⁵⁰ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁵¹ Quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis e excludentes.

³⁵² Quando dá lugar a dois ou mais significados possíveis e concorrentes.

³⁵³ Quando dá lugar logicamente a outro.

³⁵⁴ Quando está sujeito a exceções implícitas.

interpretativos por eles utilizados, que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significado³⁵⁵.

Conforme tratado no primeiro capítulo deste trabalho, a interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito com diferentes interesses, com as suas inclinações ético-políticas, isto é, suas concepções de justiça, com os conceitos jurídicos de que se vale, isto é, suas concepções dogmáticas, e com os argumentos interpretativos eleitos, isto é, os métodos interpretativos³⁵⁶.

As normas são vagas quando dão lugar a dúvidas interpretativas a respeito de casos que recaem ou não sob o seu campo de aplicação³⁵⁷, ou seja, são vagas porque se valem de predicados para comunicar aquilo que esperam de seus destinatários. Assim, a vagueza normativa deriva do fato de os predicados normativos terem seus confins de aplicação incertos por força da indeterminação das suas características e do seu alcance³⁵⁸.

No entanto, a fim de que o direito possa orientar condutas de modo a cumprir com os seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica pautada, principalmente, pela igualdade, necessário se faz reduzir a sua indeterminação, garantindo-se, assim, a segurança jurídica do sistema. E é neste momento que deve ter o Supremo Tribunal Federal o fundamental papel de buscar a unidade do direito, com interpretação racional que vise adequada hierarquização, coerência e universalização.

Uma ordem jurídica que busca a sua unidade é uma ordem jurídica que procura estabelecer os devidos vínculos de hierarquização e de coerência entre as fontes ao longo de um processo interpretativo guiado pela racionalidade. Universaliza, portanto, os resultados interpretativos, tornando-os padrões decisórios, replicáveis para a solução de casos futuros, ou, mais precisamente, que o fundamento

³⁵⁵ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

determinante, a tese jurídica, tenha condições de ser aplicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes³⁵⁹.

Considerando que norma constitua a resultado da interpretação, então não se pode mais supor que para dar unidade à ordem jurídica basta olhar para a constituição e para a legislação, como se esses documentos dotados de autoridade normativa não estivessem, em grande parte, sujeitos à interpretação³⁶⁰.

Imaginar que basta afirmar que todos têm direito à segurança e à igualdade, por exemplo, tendo como referenciais exclusivos a constituição e a lei para que de fato exista uma sociedade segura e igualitária, estar-se-ia ignorando todas as mazelas geradas pelo protagonismo judicial no Brasil: interpretações diferentes para os mesmos textos constitucionais e legais diante dos inúmeros casos concretos levados à apreciação da Justiça³⁶¹.

Daí porque se tornou urgente uma nova compreensão do significado da principal Corte de Vértice na ordem jurídica brasileira. Sua função principal não pode mais ser a de controlar erros e acertos na interpretação de normas tendo como eficácia a uniformização da jurisprudência mediante a declaração do seu sentido prévio e unívoco.

Se interpretar exige decisão sobre significados possíveis, então é preciso que determinado órgão jurisdicional decida por último, no sentido de ser a decisão a ser seguida.

Diante disso, interpretar com força vinculante visando à unidade do Direito a partir de casos concretos, portanto, é o papel que deve ser associado ao Supremo Tribunal Federal.

Essa compreensão, finalmente, pode ser vista em julgado do próprio Supremo Tribunal Federal que, ainda que em uma reafirmação de precedente (o que demonstra que o precedente originário não foi respeitado), evidencia o papel que a Corte deve exercer. O ordenamento jurídico brasileiro, em prol da segurança jurídica, necessita que isto ganhe cada vez mais espaço no âmbito do Tribunal:

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Ibidem.

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. **REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.** 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. 3. **O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.** 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIÉRO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. **A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”.** (MITIDIÉRO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. **Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação.** Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A incoerência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido.

4.3.2 Perfil funcional: do controle à interpretação

Para o significado do Supremo Tribunal Federal a qual se está aqui buscando entender, é necessário que se compreenda uma mudança em seu perfil funcional, qual seja: de corte de controle para corte de interpretação. Portanto, as ações de competência do STF devem ter em vista mais à unidade do direito do que a mera decisão do caso concreto.

Quando uma corte visa ao controle da decisão recorrida, ela desempenha uma função que pressupõe a existência de uma violação ao direito já ocorrida, sendo sua tarefa sancioná-la e neutralizar ou eliminar seus efeitos, quando possível, por meio de cassação ou reforma de decisão³⁶². O recurso, assim, é um meio para se reagir a uma violação do direito que já ocorreu, de modo que a atuação da corte é pensada para o passado. Ou seja, uma corte que visa meramente ao controle de uma decisão é uma corte reativa³⁶³.

Conforme descreve Piero Calamandrei, é papel da corte de controle atuar como “organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo³⁶⁴. Portanto, a principal função de uma corte de controle, reativa, é: “defender a legislação contra a atuação do próprio Poder Judiciário, reagindo às violações ao seu texto mediante um escrutínio da decisão judicial recorrida. É por essa razão que se trata de uma corte de tutela da legalidade diante das decisões judiciais”³⁶⁵.

Nessa perspectiva, não constitui propriamente a finalidade da corte a interpretação da legislação, sendo esta um meio para obtenção do controle de legalidade das decisões judiciais, este sim o seu fim³⁶⁶. Como afirma Michele Taruffo: “a interpretação da legislação é meio e não fim colimado à corte de controle”³⁶⁷. Ou

³⁶² TARUFFO, Michele. **Le Funzioni delle Corti Supreme**. Cenni Generali, Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

³⁶³ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile** (1920). In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, p. 33, v. VII.

³⁶⁵ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019, p. 48.

³⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile** (1920). In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, v. VII.

³⁶⁷ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile**, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 122.

seja, uma corte de controle é um órgão de controle de aplicação da legislação, não um órgão voltado precipuamente à interpretação do direito, interessando em primeiro lugar a decisão recorrida, e não a obtenção da unidade do direito³⁶⁸.

Uma corte de controle, ressalte-se, deve procurar uniformizar a sua jurisprudência. Porém, esse dever é meramente instrumental em relação ao seu escopo de controle da legalidade das decisões judiciais, pois a jurisprudência uniforme interessa apenas como meio de tutela da legalidade diante das decisões. Portanto é um dever menor³⁶⁹.

De outro lado, entretanto, quando a corte visa à interpretação, sua atuação passa a se destinar a orientação a adequada interpretação e aplicação do direito por parte de toda sociedade civil e de todos os membros de todo Poder Judiciário. A corte desempenha a interpretação com vistas ao futuro, como uma corte proativa. Sua função, assim, está em promover a unidade do direito mediante a sua adequada interpretação³⁷⁰.

Destaca-se, contudo, que a corte de interpretação deve promover a unidade do direito tanto para resolver questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais inferiores, como para desenvolver o direito diante das novas necessidades sociais, outorgando solução mais adequada e única a ser seguida para questões jurídicas novas³⁷¹.

Deve-se ressaltar, contudo, que o STF atuando como uma Corte de interpretação não implica em renúncia ao escopo de controle das decisões recorridas. Nos termos do art. 1.034 do CPC/2015³⁷², não se pode deixar de aplicar o direito à espécie, acaso seja conhecido o recurso interposto. No entanto, o que é imprescindível é uma mudança no peso que deve reconhecer às diferentes funções que podem ser exercidas pelo STF.

³⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile** (1920). In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, p. 105, v. VII.

³⁶⁹ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

³⁷² *Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.*

Como a função da corte está direcionada à interpretação do direito, que servirá de orientação para aplicações futuras, as decisões recorridas – ou as ações de competência do STF, em geral – passam a constituir um meio para a viabilização da consecução da finalidade colimada à corte, que é a outorga adequada da interpretação do direito. Portanto, aqui a interpretação do direito converte-se no próprio fim que move e legitima a atuação da corte, tornando-a uma corte de interpretação do direito, e não meramente uma corte de controle de decisões judiciais³⁷³.

Fundamental, por isso, que o Supremo Tribunal Federal passe a ser compreendido como uma Corte que apresenta como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil³⁷⁴.

Daí que interpretar adequadamente o direito não é um evento acidental na vida da corte. Pelo contrário interpretar adequadamente o direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do direito. Nesse modelo, a interpretação judicial da corte não é subserviente ao controle da legalidade da decisão recorrida. Sendo a função da corte de interpretação a outorga da unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia a caso concreto apenas seu ponto de partida. É por essa razão que a corte de interpretação é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para obtenção da sua unidade³⁷⁵.

Diante disso, a não observância dos fundamentos determinando adotados pelos próprios membros do Supremo Tribunal ou pelos outros órgãos jurisdicionais não pode ser admitida, seja por afronta a autoridade de quem interpreta ou a autoridade do direito interpretado. Isto e, corresponderia à negação da própria ordem jurídica, que a corte de interpretação tem o papel de tutelar e que deve ser vinculante, devendo ser prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela própria atuação da Corte Suprema.

Reconhecer a força vinculante ao precedente nesse contexto não é uma norma de direito positivo, mas uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica.

³⁷³ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ Ibidem, p. 54.

Dito claramente: a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto por uma corte de interpretação³⁷⁶.

A unidade do direito que a adequada interpretação da lei persegue está condicionada à existência de um efetivo sistema de precedentes vinculantes na ordem jurídica. Assim, o precedente é um instrumento do qual o Supremo Tribunal Federal passa a desempenhar suas funções.

Portanto, o significado do Supremo Tribunal Federal passa por uma transformação da eficácia que deve ser reconhecida aos seus julgados. Sua atuação como corte de interpretação que visa à unidade do direito, garantindo segurança jurídica ao ordenamento jurídico, exige um sistema de precedentes vinculantes.

4.3.3 Perfil eficaz: da jurisprudência ao precedente

Quando uma corte atua apenas declarando norma preexistente e unívoca para o caso concreto, ela produz apenas jurisprudência em sua concepção tradicional, isto é, um conjunto reiterado de decisões em um determinado sentido, capaz de servir de parâmetro de controle e sendo uma fonte secundária para o direito, sem força vinculante.

Porém, considerando que a Corte Suprema tem a função de decidir sobre significados normativos concorrentes, gerados a partir da possibilidade de interpretações diversas da norma legal, a fim de garantir a unidade do direito por meio de sua adequada interpretação, a consequência de sua atuação não pode se contentar com a mera declaração de norma preexistente: “a Corte deve construir o significado da norma a partir de determinado caso concreto, surgindo com isso um precedente”³⁷⁷.

Para Marinoni e Mitidiero, o julgamento de uma ação que leva um caso concreto ao exame da corte constitui um meio para a formação de precedentes, os quais “constituem fonte primária do direito”³⁷⁸.

³⁷⁶ Ibidem, p. 54.

³⁷⁷ Ibidem, p. 65.

³⁷⁸ Ibidem, p. 65.

Assim, como corte de interpretação, voltado para a obtenção da unidade do direito, a Corte Suprema constrói o precedente com eficácia para além das partes do caso concreto e vinculante. Essa eficácia, frise-se, deve-se ao fato de a interpretação consistir em uma construção de norma derivada de textos legais, ou de uma reconstrução de textos legais, direcionado para a proteção da unidade. A rigor, destaca-se, não se trata de criação de norma jurídica, mas sim de “fixação de sentido normativo anteriormente equívoco”³⁷⁹.

A vinculação ao precedente é inerente a uma corte que visa à unidade do direito mediante sua adequada interpretação. Por isso:

Sem força vinculante horizontal e vertical, o que implica dever de observância do precedente pelos próprios membros da Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais, a corte não tem como outorgar unidade ao direito mediante seus precedentes. Nessa perspectiva, o precedente judicial constitui fonte primária do direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da bondade e da congruência social das razões invocadas, mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado³⁸⁰.

Importante ressaltar, conforme analisado no segundo capítulo deste trabalho, que para a identificação, compreensão e aplicação do precedente é fundamental que sejam levados em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação. Daí, novamente, a importância de se ter claro o fundamento determinante, isto é, a tese jurídica – *ratio decidendi* – da decisão.

Certamente deve ser considerado que a vinculação ao precedente depende de seu reconhecimento pelo juiz encarregado de aplicá-lo, exigindo para tanto também interpretação. Para evitar que o precedente seja interpretado de maneira equivocada, exige-se “juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de identificação e universalização de razões”³⁸¹.

Por essa razão ganham substancial relevância a divulgação sistematizada dos precedentes, possibilitando o conhecimento a todos, e a fundamentação das

³⁷⁹ Ibidem, p. 70.

³⁸⁰ Ibidem, p. 71.

³⁸¹ Ibidem, p. 71.

decisões judiciais, principalmente para os casos em que entender o juiz que um precedente deva ser afastado – distinção ou superação.

O precedente deve ser visto por todo o ordenamento jurídico como resultado da reconstrução do sentido da legislação, único a ser considerado, garantindo a igualdade e a cognoscibilidade do direito. Sendo os textos de lei equívocos, a unidade do direito só pode ser alcançada se o juiz se enxergar como parte de um todo, em que o respeito a igualdade e a promoção da segurança jurídica dependem da atuação conjunta e coordenada do todo Poder Judiciário, da consciência da unidade institucional do Poder Judiciário, cuja liderança cabe à Corte de Interpretação e de Precedentes, Corte Suprema brasileira.

É a partir dessa perspectiva que a vinculação ao precedente não existe apenas quando o direito positivo assim o reconheça, a exemplo do artigo 927 do CPC/2015. O precedente, uma vez formado, passa a integrar a ordem jurídica como fonte do direito e deve necessariamente ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Conforme já exposto, para Marinoni e Mitidiero, o precedente passa a ser fonte primária do direito. Portanto:

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para que se realize o respeito à liberdade, à igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança jurídica”³⁸².

Sendo assim, casos iguais devem ser tratados de forma igual, seja pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que construiu o precedente, ou por qualquer outro juiz ou tribunal inferior. Recusar a aplicação do precedente judicial significa recusar a vinculação ao direito.

Diante de todo exposto até aqui, a função de interpretação não pode mais ser vista como uma atividade descritiva e cognitiva da qual resulta uma mera declaração de uma norma preexistente e unívoca. Interpretar implica conhecer significados possíveis de determinado texto, valorá-los argumentativamente e decidir por apenas um deles, reconstruindo, assim, o significado do texto normativo, que deve ser necessariamente seguido nos casos futuros e semelhantes. Portanto, atuar como Corte de Interpretação e de Precedentes é o papel do Supremo Tribunal Federal.

³⁸² Ibidem, p. 75.

Como Corte de Interpretação e de Precedentes, cabe ao Supremo Tribunal Federal dar unidade ao direito em todo ordenamento jurídico brasileiro, garantindo efetividade ao sistema de precedentes, isto é, discutindo teses jurídicas, tornando clara a *ratio decidendi* em seus acórdãos, com sua divulgação sistematizada e observância obrigatória. Esse é o objeto principal que norteou todo este trabalho.

Entretanto, diferentemente de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que consideram como Corte Suprema tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça, e para quem somente esses dois tribunais podem criar precedentes, os tribunais de segunda instância também devem ter a finalidade de construir precedentes, pelas razões que seguem:

- a) O que deve ser buscado é que todo texto de lei equívoco ou toda norma jurídica vaga seja interpretado pelo STF para se definir o padrão decisório a ser seguido por todo o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, à exceção das ações de competência originária do STF, até que tudo isso chegue ao Supremo Tribunal, é importante que o jurisdicionado tenha garantia da igualdade perante o juízo de primeiro grau ou mesmo perante o tribunal de segunda instância – TJ ou TRF;
- b) Existem matérias que dizem respeito exclusivamente à lei estadual ou municipal, de modo que os tribunais de justiça ou os tribunais regionais federais seriam a última instância para o jurisdicionado. Aqui, é imprescindível que os tribunais inferiores – TJ e TRF – constituam seus precedentes judiciais, garantindo a igualdade, ainda de estadual ou regional;
- c) Quando tratar-se de questão exclusivamente constitucional e o Supremo Tribunal Federal negar a repercussão geral, o recurso extraordinário não será conhecido. Nesse caso, a questão fica “nas mãos” dos tribunais de segunda instância, justificando a necessidade desses tribunais também constituírem precedentes vinculantes.
- d) O artigo 927, inciso V, do CPC/2015, ao dispor que “os juízes e os tribunais observarão: V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, positivou a vinculação externa e interna de qualquer tribunal, e não somente os superiores, pois há um

comando impositivo a ser cumprido pelos juízes e tribunais. A expressão “observarão” não abre espaço para não ser aplicada, ou seja, a *ratio decidendi* contida na fundamentação do julgado de um tribunal de segunda instância tem força vinculante;

- e) O artigo 926, do CPC15, ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, atribui deveres a todo a qualquer tribunal da justiça brasileira, e não apenas aos superiores. E o § 2º, ao dispor que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, evidencia a preocupação do legislador com o sistema de precedentes para qualquer tribunal;
- f) A colegialidade das decisões que servirão como precedentes, em que um precedente exige definição, ao menos por maioria, da questão de direito, é aplicável a qualquer tribunal, e não apenas aos superiores;
- g) Negar a eficácia do precedente, não observando os fundamentos determinantes adotados pelos tribunais de segunda instância também representaria negar a autoridade de quem interpreta.

Por esses motivos, tem-se a defesa de que qualquer tribunal que tenha proferido um acórdão, e não apenas os superiores, cujo fundamento determinante – *ratio decidendi* – seja semelhante à de casos futuros, este padrão decisório também deve ser seguido pelos seus próprios membros e pelos juízes a eles vinculados. Havendo decisão posterior de uma Corte Superior, o precedente do tribunal inferior deixa de ser aplicado.

Ressalta-se, por fim, que esses tribunais de segundo grau, embora devam também construir precedentes, não podem ser considerados como cortes de precedentes, pois não têm competência para garantir unidade de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, sobrevindo decisão posterior por uma corte superior, o seu precedente deixa de ser aplicado.

4.4 A função do STF na “criação” do direito

Como Corte de Interpretação e de Precedentes, convém esclarecer no que consiste a função do Supremo Tribunal Federal na “criação” do direito, de modo a compatibilizá-la com as críticas feitas no primeiro capítulo deste trabalho e premissa posta para a necessidade de um sistema de precedentes efetivo e garantido pela Suprema Corte brasileira³⁸³.

No *civil law*, considerando o positivismo de Hans Kelsen, um pronunciamento judicial, quando identifica a norma geral aplicável e a individualiza para o caso concreto, constitui o direito. Até esse pronunciamento, não há direito existente. Para Kelsen, então, o processo judicial seria o estágio de criação do direito a partir da norma geral editada pelo legislador³⁸⁴.

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, defende que o pronunciamento judicial, ao julgar o caso concreto, apenas declara o direito preexistente, sem qualquer criação. Tanto a norma como o direito já estariam contidos na lei. Ao juiz, por meio de métodos de interpretação, caberia apenas revelar o direito e dizer quem o tem naquele determinado caso³⁸⁵.

Considerando que a partir do texto normativo extrai-se a norma jurídica, sendo, portanto, coisas absolutamente distintas, tem-se que uma decisão judicial, ao interpretar dispositivo legal, cria a norma.

No sistema de precedentes, o julgado cria duas normas: uma geral, constituindo-se nos fundamentos determinantes da decisão, que é a norma do precedente; e uma individual, na parte dispositiva da decisão, que vai resolver o caso concreto.

A criação da norma, contudo, dá-se a partir de parâmetros estabelecidos pelo legislador, isto é, por meio de interpretação de texto de lei, harmonizando-se com a lei, conforme descreve Cândido Rangel Dinamarco:

³⁸³ Novamente ressaltamos aqui que, embora atribuída ao STF neste momento do trabalho por uma necessidade de delimitação, referida função pode ser destinada, a bem da verdade, a qualquer tribunal da justiça brasileira.

³⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

³⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, Campinas: Bookseller, 1998.

Ao exame desapassionado e livre de preconceitos e dogmas raciais, que aqui se postula, soa cínico ou ao menos ingênuo o discurso voltado a impugnar a legitimidade política dos membros do Poder Judiciário para emitir normas jurídicas com algum caráter de generalidade a abstração. Não exercendo poder outorgado pelo voto, já se disse, eles não seriam portadores de adequada representatividade que os legitimasse a legislar.

Como já se viu, as normas para as quais se pretende qualificar os juízes não dispõem de todo o caráter de generalidade e abstração que supostamente faria deles autênticos legisladores. Como dito, a eficácia vinculante de decisões judiciais, seja pelo que já existe no sistema ou pelo que se propôs a implantar de *jure condendo*, situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos³⁸⁶.

Ou seja, os precedentes, num sistema compatível com o *civil law*, produzem as normas jurídicas a partir de textos normativos. A rigor, portanto, não são precedentes criadores, mas sim precedentes interpretativos. É nisso que consiste o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte de Interpretação.

4.5 Precedentes no STF

Superada a análise do Supremo Tribunal Federal como uma Corte Suprema de Interpretação e de Precedentes, que deve garantir a unidade do direito, resguardando a igualdade e a segurança jurídico do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a examinar, de maneira não exauriente, os seus precedentes, isto é, os seus principais instrumentos para constituição de padrões decisórios a serem necessariamente seguidos por todos juízes e tribunais brasileiros, inclusive ele próprio.

4.5.1 O controle concentrado de constitucionalidade

No controle concentrado de constitucionalidade, diferentemente do difuso, há eficácia *erga omnes* da parte dispositiva da decisão. No entanto, também é preciso dar força vinculante aos seus motivos determinantes ou à sua *ratio decidendi*, de modo que o Supremo Tribunal Federal possa dar efetiva tutela à Constituição.

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**, n. 100. São Paulo: RT, out.-dez., 2000, pp, 178-179.

Assim, no controle concentrado, há a eficácia vinculante da decisão judicial, que vai produzir coisa julgada *erga omnes*, definindo se a norma que foi invocada é ou não constitucional, mas também há a eficácia vinculante do precedente constitucional.

O Supremo Tribunal Federal discutiu na Reclamação 1987/DF se os motivos determinantes da decisão proferida na ADIn 1662 teriam efeitos vinculantes, decidindo que a *ratio decidendi* da decisão constituída em ação direta de inconstitucionalidade vinculam os demais tribunais. Concluiu o Supremo Tribunal que, na decisão reclamada:

Revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão preferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. **A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto de reclamação.** Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional³⁸⁷.

Esse entendimento, que os motivos determinantes de decisão proferida em sede de controle abstrato têm eficácia vinculante, firmado na Rcl. 1987, foi reafirmado pela Suprema Corte brasileira na Rcl. 2363, nos seguintes termos da ementa:

[...].

5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

6. Eficácia que transcende o caso particular.

7 Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão.

8 Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662³⁸⁸.

Diante disso, a atribuição de eficácia vinculante aos motivos determinantes da decisão judicial proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade “confere, por consequência lógica, maior latitude à incidência da reclamação, que

³⁸⁷ STF, Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Corrêa, Dj 21.05.2004.

³⁸⁸ STF, Pleno, Rcl 2363, rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 01.04.2005.

passa a abranger a não observância dos motivos determinantes ou essenciais da decisão, deixando de se limitar à parte dispositiva”³⁸⁹.

Portanto, considerando que os motivos determinantes de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade também possuem eficácia vinculante, além da coisa julgada material, passa a ter significativa importância a constituição da *ratio decidendi*, de observância obrigatória para os demais tribunais e juízes.

4.5.2 O controle difuso de constitucionalidade

No controle difuso, não há eficácia *erga omnes* da parte dispositiva da decisão, que faz coisa julgada material. No entanto, é preciso dar força vinculante aos seus motivos determinantes, à *ratio decidendi*, de modo que sejam observados pelos demais órgãos judiciários.

Assim, quando se defende a atribuição de força vinculante às decisões tomadas em recurso extraordinário, no controle difuso do STF, “não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão”³⁹⁰.

O sistema jurídico permite que qualquer juiz realize o controle da constitucionalidade diante de casos concretos. No entanto, havendo tese jurídica já construída, havendo precedente, é preciso que este juiz esteja vinculado à essas decisões. O objetivo é dar racionalidade a esse sistema, pois, não fosse assim, o próprio funcionamento do controle difuso estaria impedido.

Nesse sentido, Marinoni³⁹¹:

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 305.

³⁹⁰ Ibidem, p. 298.

³⁹¹ Ibidem, p. 298.

órgãos jurisdicionais aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável³⁹².

Deve-se ressaltar, como já visto no capítulo anterior deste trabalho, que a eficácia vinculante das decisões proferidas em recurso extraordinário – em controle difuso – não tem qualquer relação com o fato de as decisões proferidas no controle objetivo produzirem coisa julgada *erga omnes* e eficácia vinculante, pois a força obrigatória dos precedentes constitucionais não deriva de as ações proferidas em ação direta produzirem coisa julgada *erga omnes* e eficácia vinculante. Os precedentes sempre devem ter eficácia obrigatória, não importando se há controle concentrado.

A eficácia vinculante do precedente é instituto que, “antes de se relacionar com o controle objetivo, advém da necessidade de dar força obrigatória aos fundamentos determinantes da decisão e, assim, da circunstância das decisões do Supremo Tribunal Federal terem passado a ser vistas como precedentes constitucionais”³⁹³.

Ou seja, em linha com a defesa de que todo precedente oriundo de uma Corte de Justiça deve ser obrigatoriamente observado, não se atribui eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal por se está tratando de controle objetivo das normas, mas sim do fato de que os motivos determinantes das suas decisões devem ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário, seja no controle concentrado ou difuso. Essa é a função do Supremo Tribunal Federal³⁹⁴.

Por fim, destacando mais uma vez a importância de se observar os fundamentos determinantes do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, Marinoni:

³⁹² Em sentido contrário, Lenio Luiz Streck, para quem “um juiz sempre poderá dizer que essa lei não é inconstitucional. [...]. Todo juiz é um guardião dessa arquitetura. É um *romancista na cadeia*, é um coautor de uma obra coletiva, o Direito, cujo propósito maior é o de fazer com que o uso da força coletiva esteja justificado em princípios. Portanto, já o disse: todo juiz, no Brasil ao menos, é um juiz constitucional. Seu dia a dia é a jurisdição constitucional. Não importe se ele ocupa o vértice ou o piso de uma pirâmide. [...]. Convenções (sejam estes precedentes da Corte de Vértice, sejam súmulas vinculantes, sejam dispositivos constitucionais) não resolvem o problema. Não desoneram o juiz do dever de interpretar”. STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 71-72.

³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 299.

³⁹⁴ XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **A eficácia vinculante no recurso extraordinário**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**. 2 ed., rev., amp., e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

Tratando-se de interpretação da Constituição, a eficácia da decisão deve transcender ao caso particular, de modo que os seus fundamentos determinantes sejam observados por todos os tribunais e juízes nos casos futuros. A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal debilita a força normativa da Constituição. A força da Constituição está ligada à autoridade dos precedentes do Supremo Tribunal Federal³⁹⁵.

4.5.2.1 O recurso extraordinário

Como a imensa maioria dos processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal estão relacionados à sua atuação como Corte recursal, representando o recurso extraordinário e o agravo em recurso extraordinário mais de 75% de todos os processos distribuídos no STF entre os anos de 2010 e 2019³⁹⁶, analisar-se-á com mais abrangência e profundidade este relevante instrumento de consecução de unidade do direito e promovedor de segurança jurídica.

Historicamente, o perfil decisório do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário, sempre esteve voltado para o caso concreto, apreciando o recurso e decidindo pelo seu provimento ou desprovimento. Ainda que sob influência do Ministro Victor Nunes Leal, a partir da década de 1960, quando começou a editar verbetes sumulares que sintetizavam alguns entendimentos do tribunal a serem observados em casos futuros e semelhantes, a explicitação e a deliberação sobre tese jurídica que justificou a prolação da decisão estiveram longe se der uma prioridade nesse período³⁹⁷.

A Constituição de 1988 garantiu ao recurso extraordinário três importantes características. A primeira, o seu cabimento essencialmente para a guarda da Constituição. A segunda, a introdução de um filtro recursal voltado para o autogoverno do STF, que é a repercussão geral no recurso extraordinário. E a terceira, a vocação

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 299.

³⁹⁶ Dados retirados na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>. Acesso em 26/03/2020.

³⁹⁷ RODRIGUES FILHO, JOSÉ MARCOS VIEIRA. STF e STJ: Tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coord.). **Crise dos poderes da república: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: RT, 2017.

expansiva das decisões tomadas em recurso extraordinário³⁹⁸, ou, no dizer de Marinoni, institucionalização da regra do *stare decisis* no direito brasileiro³⁹⁹.

Nos termos do art. 102, inciso III, da CF/88:

Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III – julgar, mediante RE, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida a lei local contestada em face de lei federal.

O Supremo Tribunal Federal exerce a guarda da Constituição mediante recurso extraordinário interpretando-a. Por meio de um caso concreto, o STF aplica o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015⁴⁰⁰) como uma consequência da sua principal tarefa: interpretar a Constituição, assegurando o respeito à igualdade de todos perante o Direito e garantindo a segurança jurídica⁴⁰¹.

Tendo em conta que o caso concreto levado pela parte é apenas um meio para o desempenho da função interpretativa, não estando a atuação da Corte teleologicamente a ele condicionada, pode-se aproveitar o caso narrado pela parte para a partir dele dar unidade ao direito, ainda que para tanto tenha de se pronunciar sobre questões que pertencem à matéria que envolve o caso, mas que não foram efetivamente impugnadas pela parte no recurso extraordinário (art. 1.038, § 3º, do CPC/2015⁴⁰²)⁴⁰³.

No mesmo sentido, eventual desistência do recurso extraordinário interposto não veda que a Corte se pronuncie sobre a questão jurídica por ele

³⁹⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: RT, 2017.

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁰⁰ Art. 1.034. *Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.*

⁴⁰¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

⁴⁰² Art. 1.038. *O relator poderá: [...] § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.*

⁴⁰³ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial – do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis**. São Paulo: RT, 2019, p. 75.

aportada ao seu conhecimento (art. 998, parágrafo único, do CPC/2015⁴⁰⁴). Assim, nos dizeres de Marinoni e Mitidiero, a Corte de interpretação autogoverna-se.

Tratando-se de um recurso interposto para uma Corte de interpretação e de precedentes, o conhecimento do recurso extraordinário está condicionado à demonstração de uma questão jurídica de fundamental importância, da necessidade de promover o desenvolvimento do Direito ou da necessidade de assegurar a igualdade de todos perante o ordenamento jurídico⁴⁰⁵.

Conforme artigo 1.035 do CPC/2015:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Com isso, a admissão do recurso é submetida à demonstração do interesse público no seu julgamento, consubstanciado na consecução da unidade do direito pela Corte mediante o seu conhecimento. Ou seja, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do direito (e não para tutela do direito das partes - *jus litigatoris*). É por essa razão que, de acordo com Michele Taruffo, a matéria que a Corte deve examinar passa a ser selecionada a partir de um critério teleológico, que leve em consideração a função que a Corte desempenha na ordem jurídica⁴⁰⁶.

A necessidade e oportunidade de se instituir a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito para sua admissibilidade, portanto, justifica-se pelo interesse na concreção da unidade do direito⁴⁰⁷, de modo que “a intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico

⁴⁰⁴ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. **As funções das Cortes Supremas**. Aspectos gerais, processo civil comparado – Ensaios, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.

concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa” não legitima a admissão do recurso junto ao STF.

Para Michele Taruffo, a questão enfrentada no recurso extraordinário tem uma dimensão que extrapola o caso concreto, devendo o seu julgamento conduzir à unidade do direito (art. 926 do CPC15), tendo como critério que legitima a atuação do STF o teleológico, que autoriza a julgamento do recurso apenas nas hipóteses em que sua pronúncia for capaz de promover a unidade do direito⁴⁰⁸.

A repercussão geral busca a unidade do direito tanto retrospectiva, com a compatibilização das decisões judiciais com Constituição, como prospectiva, com o desenvolvimento do direito de maneira constitucionalmente adequada “aos novos problemas sociais”⁴⁰⁹.

De acordo com Marinoni, por ter relevante importância para a sociedade e para o Estado, a decisão que enfrenta a questão constitucional com repercussão geral assume outro *status*:

Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição⁴¹⁰.

A repercussão geral, diante disso, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência, demonstrando a importância do Supremo Tribunal Federal na garantia da unidade do direito, “deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante”⁴¹¹.

⁴⁰⁸ TARUFFO, Michele. **As funções das Cortes Supremas**. Aspectos gerais, processo civil comparado – Ensaios, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁴⁰⁹ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983, p 658.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 307.

⁴¹¹ Ibidem, pp. 307-308.

O julgamento do recurso extraordinário, em suma, caracterizado como recurso erigidos em função do *jus constitutionis*, legitima-se pelo impacto que o precedente do STF pode gerar, cuja formação não interessa apenas aos litigantes, mas à cognoscibilidade do direito e, portanto, à segurança jurídica que fundamenta o Estado Constitucional.

4.5.3 Súmulas

Em complemento ao que já foi apresentado no item 3.8.3 do segundo capítulo deste trabalho, este item tem por finalidade possibilitar uma melhor compreensão das súmulas do direito brasileiro, de modo a subsidiar a análise subsequente das súmulas do Supremo Tribunal Federal e das súmulas vinculantes.

Compreendidas originalmente como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetiam, as súmulas não tinham preocupação em garantir coerência da ordem jurídica, impedindo que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual, garantindo a segurança jurídica e a igualdade.

As súmulas foram concebidas de modo a apenas facilitar a resolução dos recursos, tendo sido pensadas como normas com pretensões universalizantes, isto é, como enunciados abstratos e gerais voltado à solução de casos⁴¹².

Contudo, como já visto neste trabalho, as súmulas são calcadas em precedentes, não podendo se afastar do contexto dos casos que por eles foram solucionados, pois, para se saber se determinada súmula é aplicável a outro caso, necessário se faz verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem.

Assim, sem a busca da história das súmulas, de seu “DNA”, não é possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (no caso de *distinguishing*) para permitir a solução do caso sob julgamento. Da mesma forma, enquanto enunciado geral e abstrato, não será possível dizer que os valores que estiveram à base dos

⁴¹² Ibidem.

precedentes que lhe deram origem foram superados, de modo a justificar a sua revogação ou cancelamento⁴¹³.

Vistas como normas gerais e abstratas, portanto, tentando-se compreendê-las como se fossem autônomas em relação aos fatos relacionados com os precedentes que as inspiraram, as súmulas nada mais eram que um “guia de interpretação estático”⁴¹⁴, sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do direito.

4.5.3.1 As súmulas do Supremo Tribunal Federal

Torna-se importante destacar as súmulas tradicionais do Supremo Tribunal Federal pelo fato de, quando comparadas às súmulas vinculantes criadas pela EC 45/2004, poder-se deduzir que não seriam de observância obrigatória, isto é, pelo fato de ter sido criada uma súmula com o qualificativo “vinculante”, as demais súmulas do STF não poderiam ser vinculantes.

Necessário se faz inserir essa equivocada análise no contexto do atual sistema de precedentes, de modo que, diante do papel do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente inconcebível admitir que as suas decisões possam não ter eficácia vinculante, pois, não é possível ter unidade do direito, a partir da Constituição, se os precedentes da Suprema Corte podem ser desrespeitados pelos órgãos judiciais brasileiros.

É inaceitável pensar que as súmulas, vistas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante. As súmulas enunciam o entendimento derivado de um conjunto de precedentes da Corte, cuja função é exatamente dar um único sentido ao direito, com coerência, previsibilidade, garantindo a segurança jurídica e a igualdade. A bem da verdade, o ordenamento jurídico brasileiro não precisava dizer que as súmulas do Supremo Tribunal Federal têm eficácia vinculante⁴¹⁵.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 310.

⁴¹⁵ Ibidem.

Sobre o questionamento, então, da razão para a instituição súmula vinculante, Marinoni esclarece:

Esta nova modalidade de súmula surgiu da percepção de que as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, destituídas de qualquer intenção de tutelar a coerência do direito e a segurança jurídica. Ora, um enunciado que não objetiva garantir a unidade do direito não tem razão para ser vinculante ou obrigatório. A súmula passa a ter eficácia vinculante quando aflora a consciência de seu significado, ou seja, da sua função de espelho e síntese da realidade jurisprudencial e da sua imprescindibilidade para a garantia de tratamento igual a casos semelhantes⁴¹⁶.

Portanto, atualmente, considerando a necessidade de se tornar necessariamente vinculante os fundamentos determinantes dos pronunciamentos judiciais, bem como as funções de Corte de Interpretação e de Precedentes do Supremo Tribunal Federal, com sua responsabilidade institucional de garantir a igualdade, a coerência do direito e a segurança jurídica, tem-se a impossibilidade de outra compreensão que não seja a de que suas súmulas são de observância obrigatória, isto é, vinculantes.

A única diferença que resta entra as súmulas vinculantes e as súmulas tradicionais do Supremo Tribunal Federal está no fato de que aqueles vinculam também a administração pública, com possibilidade de reclamação contra atos administrativos.

4.5.3.1.1 A súmulas vinculante

De acordo com o artigo 103-A⁴¹⁷, § 1º, da CF/88, sobre a súmula vinculante:

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 312.

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

A súmula vinculante, nesses termos, só pode ser editada quando houver “controvérsia atual”. Contudo, conforme Marinoni, controvérsia atual não significa questão constitucional que está em discussão ou que acaba de ser discutida. A controvérsia é atual quando há discussão sobre a *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a uma mesma questão constitucional. Assim, controvérsia é a dúvida sobre a *ratio decidendi* dos precedentes que dizem respeito a determinada questão constitucional⁴¹⁸.

Contudo, os precedentes, uma vez proferidos, não devem gerar dúvidas quanto à *ratio decidendi*. Quando os precedentes do Supremo Tribunal Federal têm a *ratio decidendi* facilmente identificável, os tribunais saberão como aplicar o precedente e os jurisdicionados saberão o modo como devem se comportar para não o violar. Nessa perspectiva, de não se ter dúvida quanto ao precedente, não há razão para se aditar súmulas.

Por outro lado, diga-se, se o pronunciamento não é capaz de gerar *ratio decidendi* clara e objetiva, a consequência, ou a “solução” dada, será o enunciado de súmula “vinculante”, corriqueiramente interpretado de maneira geral e abstrato, desconectado dos precedentes que lhe deram origem, mantendo-se a indesejada insegurança jurídica.

Ou seja, o § 1º do artigo 103-A exige a presença de “controvérsia atual [...] que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”, retratando o “combate” à consequência de não se ter um sistema de precedentes efetivo, que não prioriza a constituição, divulgação e vinculação de precedentes.

O Supremo Tribunal Federal, como Corte de Precedentes, deve garantir que os julgados gerem *ratio decidendi* claras e objetivamente decifráveis. Essa é a causa do problema que deve ser “combatida”.

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho procurou analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no sistema de precedentes judiciais, apontando para a necessidade de uma significativa mudança, ou reconstrução, do sistema jurídico brasileiro, através da atribuição de perfis e eficácia das decisões que, se efetivados, são capazes de promover um único sentido ao direito, com coerência, previsibilidade, garantindo a segurança jurídica e a igualdade perante o ordenamento para aqueles que necessitam da intervenção do Estado na solução de suas demandas judiciais.

A instituição dos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 provocou a necessidade de se conhecer com profundidade esse instituto, dando tratamento teórico e determinando seus significados, características e atributos, de modo a compreendê-lo e adaptá-lo com o máximo de efetividade ao ordenamento jurídico, respeitando a tradição jurídica brasileira.

Porém, buscou-se ir além daquilo que trouxe o CPC/2015 acerca deste instituto, bem como do que sustenta a maioria dos processualistas civis brasileiros, fazendo uma análise desta técnica a partir das necessidades do ordenamento jurídico brasileiro, procurando sempre retirar do sistema de precedentes a maior efetividade possível como solução à crise de insegurança jurídica vista no Brasil atual, sempre considerando que a principal fonte do direito brasileiro é a lei.

Este trabalho não se restringiu meramente ao estudo dos precedentes judiciais como uma alternativa à promoção da segurança jurídica. Era preciso mais. Era preciso ter em mente que “alguém” tinha que garantir que esse sistema funcionasse, que “alguém” enfrentasse efetivamente a função de conceder unidade ao Direito.

A história mostra que a falta de tradição em respeito ao precedente no Brasil faz desse importante instrumento uma mera técnica sem muita efetividade. A maioria dos juízes brasileiros acha que não precisa de seguir precedentes. As disposições dos artigos 926 e 927 do CPC/2015 não estão sendo suficientes para eliminar a falta de unidade do Direito brasileiro. Sem tradição aos precedentes e sem a adequada normatização legal sobre o tratamento a ser dado ao instituto, é

necessário que se tenha um órgão capaz de afastar as mazelas provocadas pela ausência de coerência, estabilidade e integridade do ordenamento jurídico.

Desta feira, viu-se que é absolutamente possível a instituição de um sistema de precedentes judiciais no Brasil em uma amplitude significativamente maior àquela criada pelo CPC/2015, no que diz respeito tanto às decisões que são aptas a formarem precedentes, como aos efeitos que são atribuídos a essas decisões, sem que para isso o país se torne *common law*, isto é, compatibilizando o sistema com a tradição brasileira do *civil law*.

É compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, portanto, a adoção do sistema de precedentes com eficácia vinculante, em sintonia com sua tradição do *civil law*, em que a lei é a principal fonte do direito, tendo o Supremo Tribunal Federal o papel de Corte de Interpretação e de Precedentes, dando unidade e coerência ao Direito e garantindo a igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Para que fosse possível chegar a tal conclusão, apresentou-se no primeiro capítulo o cenário de insegurança jurídica que fundamentou todo o trabalho. Verificou-se que o novo direito constitucional – através do reconhecimento da força normativa da Constituição e dos princípios jurídicos, da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações sociais e da constitucionalização do direito – tornou o Poder Judiciário o protagonista do sistema jurídico brasileiro.

Este protagonismo, por sua vez, mais do que deixar o direito meramente com a aparência de subjetividade interpretativa, fez com que tal subjetividade integrasse a própria natureza do direito, caracterizando, assim, o seu modo de ser.

Como responsáveis pela aplicação dos princípios jurídicos, pelo esclarecimento das cláusulas gerais e pela definição dos conceitos jurídicos indeterminados, o livre convencimento dos juízes acaba se aproximando mais de um direito subjetivo indisponível seu do que um dever institucional decorrente da função por ele exercida, resultando em um cenário dramático de contradições e desentendimentos acerca do significado dado ou a ser dado às normas jurídicas.

Diversos juízes decidindo de maneiras distintas questões semelhantes retiram do sistema jurídico a necessária previsibilidade dos pronunciamentos judiciais, a coerência e a unidade do Direito. Quando valores pessoais são aplicados nas

demandas judiciais, é impossível garantir a igualdade perante a lei que ordenamento jurídico deve prezar.

Em que pese a importância e necessidade de se concretizar os princípios constitucionais, a questão que se colocou é que, com a infinidade de interpretações possíveis pelos juízes, tem-se outra infinidade de decisões judiciais divergentes, conflitantes, contraditórias, com ausência de uniformidade e de estabilidade do direito.

Formado está, assim, o cenário de insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como responsável o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário na condução da vida das pessoas.

Diante disso, a adoção de precedentes não é meramente uma opção, mas sim uma medida necessária para se conferir segurança, igualdade e previsibilidade do Direito.

No segundo capítulo, em que o objeto de estudo foi o precedente judicial, analisou-se, num primeiro momento, os sistemas do *common law* e do *civil law*, traçando como diferenças entre eles o fato de que, tradicionalmente, o *common law* é um sistema que leva em consideração as decisões judiciais de casos análogos anteriores, enquanto que o *civil law* busca a solução do caso concreto partindo da lei, regra geral e abstrata.

Assim, no *common law*, a decisão judicial não nasce como um precedente, mas se torna um precedente quando é levada em consideração por decisões posteriores.

O modelo de aplicação do direito no *common law* é o *case law*, sendo um direito jurisprudencial. Por outro lado, o modelo de aplicação do direito no *civil law* é o *code law*, estando na lei a solução para o caso concreto.

O *case law* diz respeito ao modo indutivo pelo qual o *common law* se formou ao longo dos séculos, ao passo que o *stare decisis* diz respeito à vinculação de toda organização judiciária ao precedente. O *common law* nasce com o *case law*, sendo a regra do *stare decisis* proclamada apenas no final do século XIX.

Há uma aproximação entre estas duas tradições, ou sistemas jurídicos, seja pela necessidade de que os sistemas jurídicos dos países não se afastem demais ou, principalmente, por soluções para as deficiências dos seus sistemas jurídicos.

Logo, não é uma característica exclusiva do *common law* a vinculação aos precedentes. Países do *civil law* devem dar mais força aos precedentes, de modo a dar mais previsibilidade à resposta judicial sobre questão já julgada.

E o fato de ordenamento jurídico brasileiro adotar um instituto tradicionalmente ligado a outra tradição jurídica não o faz integrar essa tradição. O direito brasileiro não abandonou a sua tradição do *civil law* e nem passou a adotar um sistema híbrido. A incorporação de precedentes visa a resolver, de forma eficiente, os problemas do sistema jurídico local, sem descaracterização da tradição originária.

Adaptando-se à sua tradição de *civil law*, o Brasil instituiu um sistema de precedentes por meio de norma legal. Há no CPC/2015 diversas técnicas de aplicação de precedentes e de provimentos vinculantes, marcadamente nos artigos 926 e 927, eixos principais para compreensão do sistema de precedentes. E se foi preciso de uma norma positivada para a atribuição de eficácia vinculante, é porque o sistema jurídico ainda está distante do *common law*, embora se reconheça a sua influência.

Contudo, os precedentes não são apenas aqueles previstos no artigo 927 do CPC/2015. Toda decisão judicial emanada de um tribunal brasileiro, que tenha potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos juízes, deve ser tida como padrão decisório para casos futuros, de observância obrigatória.

Não há dúvida de que a principal fonte do Direito brasileiro é a legislação. Contudo, em nome da segurança jurídica, as decisões dos tribunais devem ser vinculantes para todos os juízes e tribunais, com eficácia vertical e horizontal. E isso não corresponde à substituição das leis pelos precedentes judiciais, pois a tradição brasileira ainda é o *civil law*.

Se há decisão anterior de um tribunal, além dos casos previstos no artigo 927 do CPC/2015, significa que já houve a interpretação da lei, norma legal, em que se extraiu a norma jurídica. Portanto, o precedente surgiu da própria lei, que continua sendo a principal fonte do direito brasileiro.

Ou seja, por meio da interpretação de lei, extrai-se a norma jurídica geral do caso concreto. A decisão judicial, assim, é uma norma, e como norma não pode deixar de ser aplicada aos casos futuros e análogos, a não ser quando for

fundamentadamente demonstrado por qualquer juiz se tratar de distinção, ou superado pelo próprio tribunal que a proferiu.

No Brasil, quem define o que é determinante ou não é o próprio tribunal, com pronunciamento capaz de constituir uma diretriz decisória que subordinará julgamentos futuros. Definitivamente, não há que se falar em *common law* no Brasil, mas sim em um sistema de precedentes compatibilizado com a tradição *civil law*.

A necessidade de se conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, em tutelar, portanto, a estabilidade e a coerência da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade, já seriam suficientes para que se conhecesse a eficácia vinculante das decisões proferidas pelos tribunais da justiça brasileira.

No entanto, soma-se a isto o fato de que tal eficácia decorre da força institucional da jurisdição como função básica do Estado, como fruto da interpretação da legislação e do valor atribuído a essa interpretação, pela autoridade do direito interpretado e também pela autoridade do tribunal que a interpreta. Portanto, a autoridade do precedente é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes.

Portanto, o Brasil não é *common law* e o *stare decisis* não está vinculado apenas ao *common law*. Há uma aproximação entre os sistemas jurídicos, com o Brasil instituindo os precedentes por meio de norma positivada. Porém, toda decisão judicial com potencialidade de se firmar como paradigma deve ser tida como precedente, e não apenas aquelas contidas no artigo 927 do CPC/2015. O tribunal interpreta a lei e constitui uma norma jurídica, devendo ser necessariamente observada nos casos novos.

Já o terceiro e último capítulo encarregou-se do principal objeto de estudo deste trabalho, qual seja, o papel do Supremo Tribunal Federal, a partir de toda análise feita até então.

O precedente deve representar a posição firme do tribunal acerca daquele determinado julgamento, devendo sempre ser mantido uniforme, estável, íntegro e coerente os seus julgamentos, a sua história. Os seus padrões decisórios, portanto, não podem ser ignorados, seja por juízes inferiores, seja pelo próprio tribunal.

Como para a formação do precedente é preciso que o fundamento determinante seja compartilhado, no mínimo, pela maioria dos membros do colegiado,

apresentou-se o sistema de deliberação *per curiam*, em que o entendimento a ser adotado pelo tribunal é identificado pelos seus membros como sendo a expressão unívoca do órgão judicial, considerado como uma unidade institucional indivisível e divulgado como decisão do tribunal, sendo desconsideradas as posições individuais dos membros do colegiado. Ou seja, busca-se que todos os integrantes de órgão colegiado atuem juntos na construção da decisão e na identificação clara e precisa da norma jurídica geral – a *ratio decidendi* –, a ser seguida nos casos futuros e semelhantes.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, apresentou-se duas formas de como pode ser encarado. A primeira como uma Corte de Superior, em que sua atividade é exercida de forma reativa, no sentido de que a interpretação do Direito é apenas um meio para viabilização do fim, que é o controle da decisão recorrida, sendo por isso considerado uma corte de controle e legalidade. A uniformização da jurisprudência é apenas um instrumento de utilização de seus membros, sendo considerado natural o desrespeito às interpretações das normas legais pela Corte Superior pelos juízes e tribunais inferiores. Repita-se que os juízes brasileiros acham que não precisam de respeitar precedentes.

E a segunda como uma Corte Suprema, em que sua atividade é exercida de forma proativa, no sentido de que a interpretação do Direito é o fim da corte, sendo o caso concreto apenas o meio para que a corte desempenhe a sua função. Por isso é uma corte de adequada interpretação do Direito, que se vale dos seus precedentes para definir o significado que deve ser atribuído às leis.

Neste modelo de Corte Suprema, o precedente não pode deixar de ser observado, sob pena de quem o fizer incorrer em falta institucional, inclusive os próprios membros da Corte.

Considerando que a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal, na atualidade, se aproxima mais de uma Corte Superior, insuficientes para a promoção da igualdade e da segurança jurídica no ordenamento, necessário se fez mudar o seu perfil a fim de que pudesse, efetivamente, tornar-se uma Corte Suprema, de interpretação e de precedentes.

Foi preciso compreender que a atividade de interpretação do Direito é adscritiva e decisória, cujo resultado é exatamente a reconstrução de um significado

normativo entre diversos possíveis. Assim, deve visar a promoção da unidade do direito por meio da adequada interpretação de textos normativos a partir de casos concretos.

Se a interpretação pode variar de acordo com a posição assumida pelo intérprete no meio social ou diante de determinado conflito com diferentes interesses postos, concepções distintas de justiça, de diferentes conceitos possíveis, deve o Supremo Tribunal Federal assumir o papel de buscar a unidade do direito, com interpretação racional que possa garantir a coerência do ordenamento.

É preciso que o Supremo Tribunal Federal universalize os seus resultados interpretativos, tornando-os padrões decisórios, ou, mais precisamente, que o fundamento determinante, a tese jurídica, ou a *ratio decidendi*, tenha condições de ser aplicável para os casos futuros idênticos ou semelhante. O Supremo não pode mais admitir interpretações diferentes dos mesmos textos legais.

Assim, umas das funções principais do Supremo Tribunal Federal não pode mais ser a de simplesmente controlar se houve erros ou acertos na interpretação de normas tendo como eficácia a uniformização da jurisprudência mediante a declaração do seu sentido prévio e unívoco, de subsunção. Interpretar possibilita resultados distintos, por isso é preciso que o Supremo defina a norma jurídica geral extraída da lei a ser seguida.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal deve passar a ser compreendido como uma Corte que apresenta a adequada e necessária interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil. Essa deve ser a principal razão pela qual a corte existe. Sem a sua interpretação, não haverá unidade do direito.

É por isso que a não observância dos fundamentos determinando – a *ratio decidendi* – adotados pelos seus membros do Supremo Tribunal ou por qualquer outro órgão jurisdicional não pode ser admitida. É uma afronta à autoridade do direito interpretado. É uma afronta à autoridade do próprio Supremo Tribunal Federal. Não é possível que juízes e tribunais simplesmente neguem a própria ordem jurídica, que é tutelada pela Corte de Interpretação.

Quando a Corte interpreta a norma legal, dando o significado da norma jurídica a partir de determinado caso concreto, constitui um precedente. Portando, o

juízo de uma ação a partir de um caso concreto é um meio para a formação de precedentes judiciais. Como essa interpretação consiste na construção de norma jurídica derivada de textos legais, isto é, de fixação de um sentido normativo de um texto equívoco, direcionada para a promoção da unidade do Direito, a sua eficácia deve ser vinculante. O precedente, enfim, integra a ordem jurídica como fonte do direito.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal deve discutir teses jurídicas, preocupar-se em sua sistematizada divulgação, garantindo a efetividade do sistema de precedentes. Como Corte de Interpretação e de Precedentes, deve dar unidade ao direito em todo ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, neste mesmo terceiro capítulo, foram analisados os instrumentos para constituição de padrões decisórios pela Suprema Corte brasileira, verificando-se que, independentemente de quais sejam os precedentes judiciais emanados pelo Tribunal, se no controle concentrado ou difuso, se na competência originária ou recursal, se há enunciado sumulado tradicional ou em súmula vinculante, os seus fundamentos determinantes sempre devem ser vinculantes, os julgados devem sempre gerar *ratio decidendi* claras e objetivas.

Diante de tudo o exposto, a vinculação aos precedentes, ou a regra do *stare decisis*, constitui referência da segurança jurídica em um direito como o brasileiro, caracterizado pela indeterminação. É por isso que o Supremo Tribunal Federal deve outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes – *stare decisis* horizontal –, assim como todos os demais órgãos jurisdicionais do país vinculados aos precedentes dessa Corte Suprema - *stare decisis* vertical. E a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa a vinculação ao Direito, sendo imprescindível a vigência da regra do *stare decisis*, isto é, da vinculação aos precedentes.

Por tudo apresentado, a regra do *stare decisis* decorre do papel adscrito da interpretação e da necessidade de se garantir a segurança jurídica. Quando se tem o “peso” de *stare decisis*, assumindo, pois, que os precedentes são vinculantes, torna-se mais difícil admitir que uma Corte Suprema possa decidir casos sem exercer a sua principal missão, que é a de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, regras dotadas de autoridade.

Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.

Os juízes e tribunais brasileiros não podem deixar de respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal. O Supremo não pode deixar de respeitar seus próprios precedentes. A existência de decisões diferentes para casos iguais acarreta a violação do direito à igualdade perante o ordenamento jurídico. Não é possível que a sociedade continue vivendo com tanta insegurança jurídica. Nada pode justificar tanta agressão ao Estado Constitucional brasileiro.

Reformas. O Brasil clama por reformas. E mais do que uma reforma legislativa (em que se poderia ter norma expressa dispondo (1) que qualquer decisão proferida por órgão colegiado do STF que atingisse a sua maioria quanto ao fundamento determinante da decisão seria de observância obrigatória a todos os órgãos judiciais brasileiros; (2) que é dever do órgão julgador definir com clareza a norma jurídica determinante do caso; (3) que tipificasse a falta institucional por não observância ao precedente da Suprema Corte, quando a violação fosse por parte de um magistrado, ou que tipificasse o ato atentatório à dignidade da justiça, quando a violação fosse provocada pela parte, que não observou o precedente quando do ajuizamento da ação; (4) que importasse em falta funcional do presidente de qualquer tribunal que não organizasse sistematicamente os precedentes da corte, de modo a facilitar a sua consulta; entre outras), o Brasil necessita de uma reforma cultural.

Somente passando por uma transformação cultural – num cenário ideal em que qualquer decisão judicial, inclusive as proferidas por juízes de primeiro grau, pudesse ser naturalmente aceita como precedente, num pensamento uníssono de que esse sistema garante um ambiente mais seguro para a sociedade, algo espontaneamente sempre desejável – a ordem jurídica conseguirá se pautar pela igualdade e pela segurança sem a desconfiança do Poder Judiciário.

Até que isso acontece, continuar-se-á dependendo que o Tribunal Maior se volte para o enfrentamento desse inviável sistema jurídico e assumam a sua responsabilidade de garantir a unidade e coerência do Direito. O processo civil não pode mais ser um jogo dominado pela aleatoriedade de seus resultados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Ativismo Judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo Judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

ALVIN, Tereza Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. **Revista de Processo**. n. 229. São Paulo: RT, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16/06/2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional N. 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 17/10/2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16/06/2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 05/01/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de inconstitucionalidade n.º 1662 – São Paulo. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776896/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1662-sp>. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Reclamação n.º 1987 – Distrito Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2977597/reclamacao-rcl-1987-df>. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Reclamação n.º 2363 – Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2976786/reclamacao-rcl-2363-pa>. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Estatísticas do STF. Página eletrônica do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>. Acesso em 26/03/2020.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. In: Marquês de São Vicente. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: 34 Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* (coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente judicial e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile (1920)**. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. v. VII. Napoli: Morano Editore, 1976.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. 1 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 14 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 / Reimpressão, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O princípio da segurança jurídica em matéria tributária**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67584/70194/>. Acesso em: 23/07/2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, Campinas: Bookseller, 1998.

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

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DAVID, Renê. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Jose Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>, Acesso em: 23/07/2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão,**

precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. **Revista de Processo**, n. 100. São Paulo: RT, out.-dez., 2000.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

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: RT, vol. 782, 2000.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal. v. 58, n. 5 Atlanta: Emory University School of law, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, n. 145, 1981.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MACEDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Instituições do direito processual civil**. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil. Alexandre Freire *et al.* (coord.). **Novas Tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

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

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**: do *Jus Litigatoris* ao *Jus Constitutionis*. São Paulo: RT, 2019.

NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 1 ed. São Paulo: RT, 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR, Fredie et al. (org.). **Precedentes**: Coleção Grandes Temas Do Novo CPC. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Ed. Unb/Finatec, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward D. **Stare decisis**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 702, abr., 1994.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. v. 4, n. 1. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2009.

RODRIGUES FILHO, JOSÉ MARCOS VIEIRA. STF e STJ: Tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coord.). **Crise dos poderes da república**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: RT, 2017.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Ed. Alianza Editorial: Madri, 2011.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro**: Colônia e Império. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Mut(il)ação constitucional**: de como os ativismos obscurecem o debate acerca dos limites da jurisdição. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coord.). Crise dos poderes da república: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: RT, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD Georges. **O que é isto**: precedentes judiciais e as súmulas vinculantes? 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARUFFO, Michele. **As funções das Cortes Supremas**. Aspectos gerais, processo civil comparado – Ensaio, apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. **Revista trimestrale di diritto e procedura civile**, v. 48, n. 2. Milão: Giuffrè, 1994.

TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo**: Saggi sulla Cassazione Civile, Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. **Le Funzioni delle Corti Supreme**. Cenni Generali, Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: **Rivista trimestrale diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, a. 61, n. 3, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 8, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília. Brasília-Alicante, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**. Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, n. 172. São Paulo: RT, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. A eficácia vinculante no recurso extraordinário. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **A força dos precedentes**. 2 ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4 ed. São Paulo: RT, 2017.