

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
MESTRADO EM DIREITO
JUSTIÇA, EMPRESA E SUSTENTABILIDADE

JOÃO VITOR FERREIRA DE FARIA NEGRÃO

FUNDAMENTOS DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
BRASILEIROS

São Paulo

2019

JOÃO VITOR FERREIRA DE FARIA NEGRÃO

FUNDAMENTOS DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS
BRASILEIROS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora de Qualificação da Universidade Nove de Julho, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade, sob a orientação do Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

São Paulo

2019

Negrão, João Vitor Ferreira de Faria.

Fundamentos da vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiros. /
João Vitor Ferreira de Faria Negrão. 2019.

104 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São
Paulo, 2019.

Orientador (a): Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor.

UNINOVE

Universidade Nove de Julho

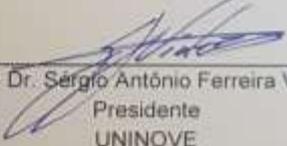
João Vitor Ferreira de Faria Negrão

Fundamentos da Vinculatividade dos Precedentes Judiciais Brasileiros

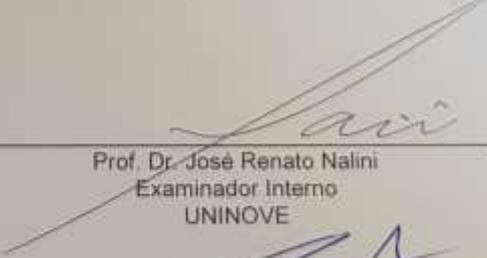
Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

São Paulo, 24 de junho de 2019.

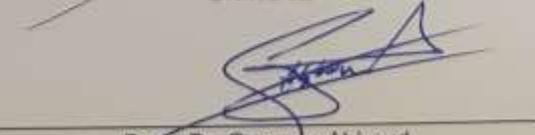
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Presidente
UNINOVE



Prof. Dr. José Renato Nalini
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Georges Abboud
Examinador Externo
UNICEUB

PUC/SP e IDP/BSB

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro, à minha família, expressão de amor, que jamais abandonaram o apoio incondicional em meus caminhos profissionais elegidos, estrutura que sempre permitiu a clareza intelectual, a motivação e abertura constante à reflexão, sem a qual não é possível qualquer desenvolvimento interior e exterior.

Pai, sempre presente, não bastasse me ensinar tudo para a vida, nem imagina o quanto ainda me motivou à ciência. Professor, orientador, cientista que seu reconhecimento fala por si; e que filho seria eu, se não tivesse a capacidade de minimamente absorver motivação à docência, à ciência, ao estudo? Não esqueço ainda criança, já que de tão presente, durante um período tinha de viajar quinzenalmente, que nem posso chamar de ausência, era só saudade. Terminava seu curso de mestrado em fisioterapia e já iniciava o doutorado, e ainda conseguia a paciência para carregar o filho criança para dentro da sala enquanto ministrava aula na Unesp, que tímido frente os acenos dos alunos, já compreendi a imensidão e importância do que tem meu pai a incrível capacidade de mostrar com tanta evidência e que me acompanha para vida acadêmica como base estrutural: não é o professor que ensina, é o aluno que aprende. Pai herói é assim! Obrigado.

Mãe, imagina que o filho, teimoso e seguro - que não beira a prepotência pelo contraponto da humildade atribuído pelo meu seio familiar, e segurança esta advinda do estudo, posto que princípio básico imposto através de exemplo pela minha família, colocando o estudo constante e infindável como seu maior bem profissional e patrimonial, e a justiça, lealdade e respeito como bens pessoais -, jamais deixa de recorrer a maior advogada que já conheci. Mesmo à distância, é quem mais tem de suportar os dias estressantes, as irritações pelo excesso de trabalho e as noites mal dormidas do seu filho que, pode ter certeza, tem sempre como referência o sucesso pessoal e profissional dos próprios pais. Obrigado, amo vocês.

Agradeço aos meus orientadores, que minha incansável sorte me propiciou a inenarrável oportunidade de trabalhar com dois profissionais de extremo conhecimento, juristas de tão alto gabarito que seus ensinamentos e, principalmente, a permissão ao pensamento livre científico, permanecerão orbitando em minha carreira profissional, dentro e fora da academia, como bases fortes a se remeter nas diversas problemáticas deste universo essencial do direito.

Agradeço imensamente meus colegas da Turma M6 do mestrado, que juntos vivemos a rotina intensa deste nobre curso, compartilhando ideias e instigando reflexões, que nenhum cansaço possibilitou diminuir a motivação à produção científica e ao debate criativo. Em especial, não havia como deixar de frisar, aqueles que a conexão ultrapassou os limites da Universidade e adentrou na esfera pessoal como grandes amigos. Os momentos mais sinceros compartilhados, as risadas, o cansaço, as frustrações e os sucessos; meus caros, Drs. Raphael Dias Andrade, Mauro Gonzaga e Cristian Louback, esta vitória é nossa. Dra. Danielle Milani Cunha, somo a tudo dito e um pouco mais, já que a irmã gêmea que o sangue esqueceu mas a vida encontrou; neste curso de mestrado, minha procuradora com poderes especiais, defensora inabalável, apoio indestrutível, sinceridade ríspida cheia de doçura, seus olhos não mentem e sua cabeça não descansa, pois quase toda voltada a preocupação alheia, antônimo de egoísmo, testemunhei seu crescimento como professora, que não precisa mais buscar meus olhos entre a sala, vez que já segura de seu carisma natural e sua principal característica, que é o ponto central da profissão, o interesse prioritário ao aprendizado do aluno. Obrigado meus caros!

“A luta pelo direito é a poesia do caráter.”

(IHERING, Rudolf von)

RESUMO

Este trabalho visa colaborar com a identificação da vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiro. Para tanto, verifica-se o estágio atual do Direito, e, no Brasil, especialmente a alteração da sistemática processual introduzida pela Lei n. 13.105/2015, em consonância com a Constituição Federal de 1988, para compreender a existência de precedentes vinculantes positivados pelo novel código de processo. Parte-se de breve análise histórica do sistema jurídico da *common law* e da tradição jurídica brasileira, revelando o comportamento dos precedentes judiciais em cada sistema, e, ao final, identifica-se, através do princípio constitucional da igualdade e da nova sistemática processual do novo código de processo civil, se os precedentes pátrios vinculam. Conclui-se que a delimitação de uma dogmática própria brasileira dos precedentes judiciais é imprescindível, vez que existente a vinculatividade dos precedentes judiciais nacionais.

Pautar-se-á no método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa indireta com estudo de fontes de pesquisas primárias e secundárias.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; Vinculatividade; *Common law*; Novo código de processo civil.

ABSTRACT

This paper aims to collaborate with the identification of the binding nature of Brazilian judicial precedents. For this, the current stage of the Law is verified, as in Brazil, especially the alteration of the procedural systematics introduced by the Law nº 13.105/2015, in accordance with the Federal Constitution of 1988, to understand the existence of binding precedents, posited by the novel process code. It begins with a brief historical analysis of the common law legal system and the Brazilian juridical tradition, revealing the behavior of judicial precedents in each system, and, in the end, it is identified, through the constitutional principle of equality and the new procedural, by the new civil process code, if the Brazilian precedents binds. It is concluded that the delimitation of a Brazilian own dogmatic of judicial precedents is essential, once that binding of national judicial precedents exists.

It will be based on the hypothetical-deductive approach method and the indirect research technique with study of sources of primary and secondary research.

Keywords: Precedents; Binding; Common law. New civil procedure code.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART - ARTIGO

ARTS - ARTIGOS

CC – COMINADO COM

CF-88 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EC – EMENDA CONSTITUCIONAL

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

NCPC – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CAPITULO 1 - <i>COMMON LAW</i> E O PRECEDENTE JUDICIAL	13
1.1 TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i>	13
1.2 <i>STARE DECISIS</i> E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES	26
2.CAPITULO 2 – SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	32
2.1 A TRADIÇÃO BRASILEIRA	32
2.2 AMBIENTE DE SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	47
CAPITULO 3 – A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO.....	54
3.1 PRECEDENTES NO BRASIL	54
3.2 PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	73
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	99

INTRODUÇÃO

Para desenvolvimento do presente trabalho, iniciaremos tratando brevemente da história da *common law*, com foco no direito inglês e norte-americano, devido a grande influência no direito brasileiro, até a definição da doutrina do *stare decisis* e a técnica dos precedentes nesta família jurídica.

Capítulo seguinte, abordaremos a tradição brasileira, também iniciando por um tratamento histórico, já procurando delimitar as especificidades dos precedentes e suas diferenças em cada um desses sistemas jurídicos.

Passo seguinte, investigaremos a questão da vinculação dos precedentes judiciais, considerando sua existência em nosso ordenamento, em razão de sua positivação pelo novo Código de Processo Civil, que atende mandamento constitucional do princípio da igualdade.

Antes de concluirmos, indicaremos a previsão expressa no novo diploma processual civil – que inaugura nova sistemática processual pátria - dos precedentes judiciais, em um paralelo com a técnica dos precedentes da *common law*, e como os instrumentos processuais previstos tendem a respeitar as decisões judiciais, vinculando os precedentes judiciais.

Concluiremos assim, que a presente pesquisa conduziu ao reconhecimento da existência de vinculatividade dos precedentes judiciais e que esta positivação pelo novo Código de Processo Civil não se mostra inconstitucional, na medida em que se encontra consoante o princípio constitucional da igualdade.

Este princípio, quando aplicado ao processo, revela três prismas, sendo um deles o da igualdade das decisões judiciais. E a igualdade das decisões judiciais só é possível por meio de um sistema que dê sustentação à vinculação das decisões dos tribunais aos casos semelhantes já decididos, na técnica interpretativa de aplicação dos precedentes.

CAPITULO 1 - COMMON LAW E O PRECEDENTE JUDICIAL

1.1 TRADIÇÃO COMMON LAW

Ponto de partida, insta ressaltar a natural dificuldade de um pesquisador incorporado e habituado com as regras de um sistema jurídico *Civil Law* – ou de predominância *Civil Law*, ou híbrido¹ -, a exemplo do Brasil, no estudo particular de questões referentes à tradição *Common Law*, notadamente no que tange à atuação - onde mais se expressam as diferenças - e, ainda mais especificamente, no que aqui nos importa, na seara processual².

Frente a outro sistema como objeto de estudo, “é preciso abrir a mente”, permitindo-se que, dentro do possível e em dadas situações, deixar de lado conceitos e dogmas que, de forma inexorável, enraizada culturalmente, de forma subconsciente ou não, “temos presentes por virtude da própria concepção que guardamos a respeito do cenário em que estamos inseridos e com os quais, na qualidade de operadores, interagimos diariamente.” (CARPENA, 2009, p. 85). Ou seja, é o mundo como conhecemos³, onde nascemos, de modo que a virada analítica vai além das técnicas intelectuais cômodas do nosso próprio sistema, exigindo um olhar qualitativamente ampliado.

Caso contrário, não só se mostra difícil a absorção das novas ideias que serão encontradas, como também prejudicada poderá restar a compreensão a respeito de alguns pontos que se apresentam fundamentais à inteligência de todo novo ordenamento estudado e, ao fim, o verdadeiro propósito do estudo investigativo. (CARPENA, 2009, p. 85).

¹ “Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa Continental. Não parece correta essa afirmação. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa [...] Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar” (DIDER JR., 2013, p. 40/44).

² “[...] sem sombra de dúvida, apresenta-se absolutamente instigante e desafiador, porquanto envolve não somente diferente perspectiva cultural, social e econômica a respeito do processo, mas principalmente outra visão jurídica, cuja correta compreensão prescinde de um natural afastamento de ideias e conceitos préabsorvidos à luz do sistema já conhecido (*Civil Law*)” (CARPENA, 2009, p. 85).

³ “O mundo como os seres humanos entendem tende a ser sempre praxeomórfico: é sempre determinado pelo know-how do dia, pelo que as pessoas podem fazer e pelo modo como usualmente o fazem.” (BAUMAN, 2001, p. 68).

Não obstante, revela-se a importância de se perpassar, ainda que de forma breve, pela compreensão da tradição anglo-saxônica, não apenas pela relevância dada aos precedentes nesta família jurídica (que nos auxilia paralela e constantemente na compreensão acerca da vinculatividade brasileira dos precedentes), como, também, por conta da inerente aproximação de povos e culturas que o mundo atual globalizado⁴ produz, estimulando a pesquisa sobre as experiências legislativas de outros povos. E, deste modo, possamos deliberar sobre a conveniência de nos apropriarmos de seu conhecimento acumulado para a solução de problemas que são corriqueiros aos sistemas jurídicos e sociais (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 131).

Apesar da família *common law* abarcar diversos países – por exemplo: Canadá, exceto Quebec, Austrália, Nova Zelândia, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda⁵, Índia, Malásia, Brunei, Singapura, Paquistão, Nigéria -, o estudo deste sistema jurídico neste capítulo se limitará à uma concisa abordagem histórica, o que remonta à Inglaterra, avançando até a abordagem do *stare decisis* e da técnica de precedentes, cujos quais exigem alguma exploração do sistema norte-americano, devido a sua demasiada influência em nosso ordenamento jurídico⁶.

Tal circunstância não elimina nem minora a importância dos demais na tradição do *Common Law*, mas, por questões de demarcação do tema, para não fugir do escopo principal do presente trabalho, elegemos a Inglaterra e Estados Unidos da América como focos para o desenvolvimento desta etapa da dissertação, pelas questões exposta no parágrafo anterior.

⁴ “O limiar do terceiro milênio exibe uma sociedade massificada, competitiva, espriada por um mundo globalizado, o que acarreta alterações profundas no tripé do Direito Processual — ação, jurisdição e processo — e, de outro lado, vai tornando defasadas antigas concepções ligadas a outro tempo, que se diria de um processo civil romântico” (MANCUSO, 2006, p. 06).

⁵ “o sistema da ‘Common Law’ que, conforme será esclarecido mais além, não deve ser confundido com ‘sistema inglês’ (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com ‘britânico’ (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque este adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da ‘Common Law’ naquele país)” (SOARES, 1997, p. 169).

⁶ Isto dito, é mister enumerar os principais países que pertencem à família da ‘Common Law’: Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad Tobago e Barbados, dentre outros. Os E U A , salvo o Estado da Luisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à ‘Common Law’ (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos E U A , as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, e m alguns aspectos dos direitos de família algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da ‘Common Law’; a Luisiana, contudo, dentro dos E U A , é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, u m a vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos (da mesma forma Porto Rico, que é u m Estado-associado). (SOARES, 1997, p. 194).

Pois bem. O estudo da tradição jurídica da *common law*⁷ - como se percebe doutrinariamente a atribuição desta fase de conquistas ao nascimento do direito anglo-saxônico⁸ - remete à conquista normanda, evento histórico do século XI, configurado pela ocupação do Reino da Inglaterra por bretões, normandos e franceses, que formavam um exército liderado pelo duque Guilherme II da Normandia; e, depois, por Guilherme, o Conquistador.

Segundo a doutrina⁹, foi por conta do refúgio proporcionado a Eduardo e a família real saxônica na Normandia, então exilados em decorrência da dominação viking no século X, que, após retomar o trono, em 1042, Eduardo indicou Guilherme para seu sucessor, bem como a sequente resistência inglesa, que o Conquistador, em momento posterior ao falecimento de Eduardo, invade a Inglaterra para impor seus direitos em 1066, vencendo as tropas do conde Harold, irmão de Eduardo, na Batalha de Hastings.

O reinado de Guilherme, que ainda por quase cinco anos após a conquista em 1066 lutava pelo seu controlo absoluto, marcou a extinção da antiga aristocracia inglesa e o início de um sistema feudal normando, estabelecendo relações rigorosas entre os governantes e súbditos, passando, conseqüentemente, os seus seguidores a se tornarem os novos senhores da Inglaterra¹⁰.

⁷ “[...] el punto de partida con el Common Law significa que la naturaleza del material sobre el que se construyen muchas decisiones judiciales inglesas difiere radicalmente de aquellos sistemas jurídicos cuya base es legislativa. En efecto, el lugar de inicio no se halla en un texto único –cualquiera sea su extensión o vaguedad– sino que en diversos textos, esto es, en una recopilación de sentencias que abarcan un período que con frecuencia se remonta dos siglos atrás y a veces más. Asimismo, la clase de texto de una sentencia inglesa desde luego se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, siendo aquel por lo regular discursivo o argumentativo, en el cual el juez o los jueces sopesan las consideraciones en pugna identificadas en los casos previos para alcanzar su decisión. Incluso, si un juez busca exponer el Derecho en una o varias proposiciones, estas palabras, por sí solas, carecen de toda fuerza, salvo (inter alia) en su respectivo contexto jurídico y fáctico. Esto reafirma la idea de que las resoluciones anteriores no son simples toques en un cuadro puntillista más amplio (a pesar de que un jurista inglés siempre debe retroceder para apreciar una área del Derecho), porque los textos de las sentencias intentan explicar por sí mismos su relación con lo que ha ocurrido antes y, en algunas oportunidades, con lo que puede suceder con posterioridad. Ciertamente, muchos más fallos recientes (“discursos”) de los miembros de la Cámara de los Lores buscan delinear el modelo de las proposiciones jurídicas que atañe al tipo de asunto sometido a su conocimiento, confiriendo sentido a las diversas decisiones anteriores” (WHITTAKER, 2008, p. 44).

⁸ “A conquista normanda, em si, não vai modificar este estado de coisas. Guilherme, o Conquistador, mal cognominado, pretende reinar na Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, o Confessor, e não pelo direito da conquista. Ele proclama expressamente que o direito anglo-saxônico se mantém em vigor e ver-se-ão, até os nossos dias, juristas e juizes ingleses invocarem, quando as circunstâncias o exigem, e mesmo aplicarem esta ou aquela lei da época anglo-saxônica” (DAVID, 2002, p. 352).

⁹ Vide DAVID, 2002.

¹⁰ Vide DAVID, 2002.

Durante o período anglo-saxão, que perdura até a conquista normanda da Inglaterra em 1066 (ASSIS, 2015, p. 296), regido sob o abrigo do direito anglo-saxônico, notava-se uma divisão em tribos, cada qual com suas normas, “cuja expressão advém das tribos que ocupavam a ilha: anglos, saxões e dinamarqueses, época em que o direito era fracionado, com características de direito local” (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 132).

Neste período anglo-saxônico, configurado pela dominação da Inglaterra pelas “tribos de origem germânica, tais como os anglos, os saxões e os dinamarqueses, o direito era fundado basicamente nos costumes locais, sendo os textos legais bárbaros escritos bastante escassos.” (ASSIS, 2015, p. 296). Nos séculos X e XI não havia unidade no território inglês, que estava plenamente subdividido em distritos que realizavam, através de cortes judiciais, o direito oriundo dos povos germânicos (GALIO, 2014, p. 240).

Esta é a primeira passagem histórica¹¹ marcante da Inglaterra para fins de compreensão sistema *Common Law*¹².

O novo reino comandado por Guilherme, diante de todas estas mudanças intrínsecas à dominação, passou a estabelecer não apenas novel sistema (feudal), mas também, como é imanente, um modelo jurídico e administrativo distinto do adotado até então.

No ano de 1.066, com a ascensão ao trono inglês de Guilherme I, então Duke da Normandia, que se considerava herdeiro dos reis saxões, o cenário jurídico começou a mudar. A conquista normanda significou um acontecimento capital na história do direito inglês, porque trouxe para a Inglaterra um poder forte, centralizado e com vasta experiência

¹¹ Esta segunda fase tem o ano de 1066 como data marcante para a compreensão do sistema do *Common Law*, pois corresponde ao término da sociedade tribal e início de uma sociedade feudal organizada a partir de um poder central com leis comuns a todo o reino, com base na experiência administrativa da Normandia; assim, é com a invasão normanda que aparecem os primeiros registros da expressão *Common Law*. (BARBOSA e LIMA NETO, 2011, p. 132).

¹² Baseado na doutrina de René David (*Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos*. Trad. Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes. São Paulo, 2002), ASSIS: “O surgimento do sistema jurídico do *common law* ocorreu na Inglaterra, tendo posteriormente se espreado, com algumas poucas exceções, por todos os países de colonização inglesa. Pode-se reconhecer quatro importantes períodos no desenvolvimento histórico do direito inglês. O primeiro deles é o período anglosaxão, que perdura até a conquista normanda da Inglaterra em 1066. O segundo, que compreende o interregno entre 1066, com a ascensão de Guilherme I ao trono inglês, até o início da Dinastia Tudor, em 1485, retrata o surgimento e o desenvolvimento do *common law*. O terceiro, que se inicia em 1485 e perdura até 1832, é marcado pelo desenvolvimento do sistema da *equity*, de cunho complementar à *common law*. Finalmente, o quarto é o período moderno, que começa em 1832 e vai até os dias atuais, caracterizado pelo desenvolvimento sem precedentes da lei, pela intervenção da Administração Pública na sociedade e, ainda, a partir da segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial, pela consagração dos direitos humanos no plano doméstico e internacional” (2015, p. 295/296).

administrativa, experimentada no ducado da Normandia (ASSIS, 2015, p. 297).

Foi neste período que surgiram os Tribunais de Westminster¹³ - vulgarmente assim designados, pois o “local onde essas Cortes se estabeleceram a partir do século XIII” (BARBOSA e LIMA NETO, 2011, p. 132) -, estabelecidos gradualmente pelos conquistadores normandos, três tribunais reais de justiça, quais sejam, a *Court of Exchequer*, a *Court of King’s Bench* e a *Court of Common’s Pleas*, substituindo as “*County Courts* ou *Hundred Courts*, órgãos que somente aplicavam os costumes locais (ASSIS, 2015, p. 297).

Se inicia, a partir desta fase, a constituição de um direito *comum a todos*, ou *comum a todo o reino*, de onde se é possível retirar as primeiras notas da locução *common law*.

Daí dizer que a unidade política implementada por Guilherme I, o Conquistador, conduziu também a unificação do direito inglês, que passou, ao longo dos anos, a ser predominantemente elaborado pelas cortes reais, por meio de seus precedentes (ASSIS, 2015, p. 298).

As jurisdições eclesiásticas instituídas depois da conquista aplicam o direito canônico comum a toda a cristandade. A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster. (DAVID, 2002, p. 354).

As delimitações do *common law* vão se tornando mais claras no reinado de Henrique II (1154-1189), que firmou a jurisdição real aos casos penais e cíveis, outrora imperado pelas jurisdições locais e feudais¹⁴. Portanto, este período compreendido entre 1066, com a ascensão de Guilherme I ao trono inglês, e o início da Dinastia Tudor, em 1485, simboliza o surgimento e o desenvolvimento do *common law*” (ASSIS, 2015, p. 296).

Assim, o marco fundamental para a formação do sistema jurídico baseado no *common law* foi a conquista normanda da Inglaterra em 1066. [...] Antes deste período, não havia uma jurisdição unificada em toda Inglaterra, aplicando-se

¹³ “[...] após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado *common law* (corruptela da expressão dita na língua do rei: *commune ley*) em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pelas *County Courts*, e que logo seriam suplantados” (SOARES, 2000, p.).

¹⁴ “[...] a coroa entrava em cena quando seus próprios interesses estavam diretamente envolvidos ou quando havia uma recusa da justiça, isto é, quando uma parte movia um recurso ao rei por clemência, porque a justiça local ou feudal entrara em colapso” (BERMAN, 2006. p. 546-547).

o costume local para solucionar os conflitos. Assim, após a conquista normanda, iniciou-se a aplicação de um direito comum oposto às jurisdições locais. (GALIO, 2014, p. 08)

Interessante viés é abordado por BARBOSA e LIMA NETO, ao enunciar que a “forma de atuação dos Tribunais de Westminster consagrou a expressão *remedies precede rights*, demonstrando a existência de um direito formalista, apegado a regras processuais” (2011, p. 133), que, constantemente, deparava-se com um injusto e insustentável quadro de denegação da prestação jurisdicional e, por consequência, de falta de solução do litígio.

Bem por isso, por longo tempo, o processo foi apontado como mais importante do que o direito substantivo controvertido¹⁵ (ASSIS, 2015, p. 299), sob um “complexo sistema de *writs*”, levando “o ordenamento a um excesso de formalismo” (BARBOSA e LIMA NETO, 2011, p. 133).

Os *writs* eram, nesta segunda etapa evolutiva de desenvolvimento do direito na Inglaterra, desde o século XIII ações judiciais sob a forma de ordens do rei. A cada caso concreto era necessária a consulta da lista dos *writs*, para encontrar o aplicável aquele caso, progredindo-se a *common law* bem mais assentada nas formas processuais do que em análises mais profundos acerca do conteúdo do direito.

Ainda no século XII, os *writs* utilizados em dado caso tornavam-se fórmulas estereotipadas para o julgamento do Chanceler, que não portava obrigação de análise minuciosa do caso submetido às jurisdições reais. Consta até uma tentativa de contenção dos senhores feudais do desenvolvimento dos *writs*, expressada pela Magna Carta de 1.215.

Denota-se que o *common law* se importava somente com matérias de maior valia em seus primórdios, *vg.* criminais, financeiras, territoriais, utilizando-se de práticas processuais com validade geral, determinadas ao longo dos séculos tribunais, vindo somente em momento posterior tratar também de tópicos mais singelos ou corriqueiros de direito privado, sem a proeminência de julgados com base na moral e na religião, como era costumeiro.

O caráter vinculante das decisões só vai tomando corpo com o passar do tempo, de forma que somente no século XIX pode se notar maior estabilidade da obrigatoriedade de observância aos precedentes, pois que a Câmara dos Lordes

¹⁵ “[...] donde surgiu o brocardo ‘*remedies precede rights*’ (ASSIS, 2015, p. 299).

admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861 (GALIO, 2014, p. 10).

Após um outro período de guerras de poder – como a Guerra dos Cem anos (1337-1453) entre Inglaterra e França pelo reinado por ocasião de assuntos sucessórios¹⁶ - deu-se início à Dinastia Tudor, período de fragmentação do poder da nobreza¹⁷. O feudalismo encontrava-se em dias derradeiros, ante o estabelecimento da soberania absoluta do reino, que o rei manteve durante esta terceira etapa na evolução do *common law* inglês.

Marco inegável desta etapa de evolução foi a elaboração, pelos barões ingleses, da *Magna Carta*¹⁸, alhures mencionada, pois assinala o primeiro expressivo sintoma de afastamento do esquema feudalista, constituindo uma tentativa de impor limitações ao poder real e à atividade jurisdicional dos Tribunais de Westminster.

Fase anterior, os senhores feudais aplicavam as leis por meio das assembleias da *County Court* ou *Hundred Court*, com a participação do rei somente em casos especiais, normalmente em caso de ameaça à paz do reino.

Mas ainda antes da Dinastia Tudor, mormente no reinado de Henrique II (1154), que já almejando criar um sistema jurídico comum para a todo o reino inglês, se baseou nos próprios costumes para a composição do direito comum a ser aplicados pelos Tribunais Reais (de *Westminster*), utilizando do formalismo dos *writs* acorde suas táticas e interesses¹⁹.

Entretanto, parte da responsabilidade pela “queda da utilização da *Common Law*” que foi ocorrendo durante esta passagem histórica, se relaciona com o

¹⁶ Os franceses tentaram restabelecer a autoridade de seus feudos que apesar de em território francês, eram controlados por monarcas ingleses desde a época de Guilherme. As relações entre os reis da Inglaterra e França foram marcadas, mesmo com o casamento do rei Henrique inglês com Leonor da Aquitania, francesa, por conflitos políticos e militares durante mais de 100 anos.

¹⁷ Quando foi dizimada grande parcela da nobreza na guerra, com suas propriedades sendo transferidas para a Coroa, já que o rei havia fixado sua soberania absoluta sobre o reino, continuando seu domínio estabelecido durante a dinastia Tudor.

¹⁸ Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela Magna Carta de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassalos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões, impondo o status quo: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*). (GILISSEN, 1995, p. 210).

¹⁹ Na Inglaterra, por volta do final do século treze, muitos litigantes começaram a fazer petições diretas ao Rei em busca de justiça, ao invés de se dirigirem às Cortes adversariais de *common law*, talvez porque as demandas que levavam às Cortes não se encaixassem nas exigências processuais de *common law*, cada vez mais rígidas em termos técnicos. [...] No princípio do século dezessete, quando as primeiras colônias inglesas foram criadas na América do Norte, o sistema de equity já estava bem estabelecido na Inglaterra. (FILGUEIRAS, 2016, p. 153/154).

surgimento da *Equity*, uma nova forma de solução de conflitos (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 133).

A *Equity* tinha por objetivo a solução de injustiças cometidas pela utilização o *Common Law* e funcionava como uma forma de recurso ao soberano contra as decisões proferidas pelos Tribunais de Westminster que não agradassem as partes. (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 133).

Consagrou-se, assim, a diferença²⁰ de um direito comum (*common law*)²¹ proveniente das decisões dos Tribunais Reais de Westminster, absorvendo o direito costumeiro e tribal, em relação a *equity*, que “era o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor do sistema do *Common Law*, servindo para atender a questões de equidade²²” (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 134).

Merece destaque que, nesta época, um pouco mais precisamente em torno de 1500, ainda existia a *Star Chamber*²³ (extinta em 1641), composta por um “corpo de juízes com jurisdição limitada a assuntos de especial interesse do rei”. Sob o reinado de Henrique VIII, que gozava de grande poder, e bem por isso foi determinante no desenvolvimento dos procedimentos de aplicação de sanção, era responsável à época pela aplicação do que veio a se consolidar, com o decorrer do tempo, como *contempt of court*²⁴.

²⁰ Do que um dia virá a se tratar de um só sistema jurídico, até que a junção se manifeste em uma só, assentando que “a tradição de common Law reconhece dois elementos principais: o costume e a equidade” (MANCUSO, 2016, p.51).

²¹ “A distribuição da justiça era considerada como uma prerrogativa real, que os reis outorgavam a funcionários, os ‘judges’ que perambulavam pelo reino (a ideia de ‘circuit’ que permanece na denominação de alguns tribunais nos EUA e da Inglaterra, como circunscrição delimitativa de jurisdição de um tribunal), na sua tarefa de representar o Rei. À semelhança dos ‘praetores’ do Direito Romano da época formular, ouviam as queixas e davam (ou antes, ‘vendiam’ no sentido de pagamento por um serviço público, de custas processuais) um writ, que era uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação.” (SOARES, 1997, p. 175/176).

²² “Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam inevitavelmente origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios. Nestes casos, afluía naturalmente ao espírito da parte ludibriada que lhe restava ainda uma possibilidade de obter justiça: era o recurso direto ao rei, fonte de toda a justiça e generosidade [...] pelo qual se podia apelar para o rei, em casos excepcionais, para obter justiça.” (DAVID, 2002, p. 341).

²³ “[...] nome dado em função de se reunirem em uma sala em formato de estrela no palácio de Westminster” (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 134).

²⁴ “O *contempt of court* é dividido, no sistema norte-americano, em civil ou criminal. Diz-se que é civil, quando o ato de desacato é voltado a prejudicar o adversário, isto é, quando fulcrado em resistir à satisfação do direito alheio; é criminal, quando destinado prioritariamente a prejudicar a atuação jurisdicional, denegrindo a “reputação do juiz ou tribunal”. Nesses termos, por certo, pode-se verificar o *civil contempt* no processo penal, assim como também é possível verificar-se um *criminal contempt* num processo civil. Evidenciada a existência de *contempt of court*, o juiz tomará as medidas judiciais que julgar mais acertadas, verificando-se a possibilidade de aplicação de sanções cujo propósito pode

O surgimento e crescimento da *equity* como sistema opositor a *common law*, corresponde com uma paulatina concentração do poder real e com um aumento do distanciamento entre o parlamento e o rei, coincide com o início do desmantelamento do feudalismo na Inglaterra.

Contudo, com o passar dos anos, foi possível a dual coexistência entre *equity* e *common law*, até ser formalmente definida por meio da reforma dos *Judicature Acts* (século XIX), responsável por uma das maiores alterações da organização judiciária inglesa.

Por essa razão [i. e., compromisso entre a *common law* e a *equity*, de 1616], o direito inglês possui, até aos nossos dias, uma estrutura dualista. Ao lado das regras da *common law*, que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta regras de equidade, que vieram completar e aperfeiçoar as regras de *common law*. A característica destas regras de equidade foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas exclusivamente por uma jurisdição especial: o Tribunal da Chancelaria. Contudo, as regras de equidade tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão “jurídicas” como as da *common law* e sua relação com a equidade não era muito mais íntima do que com as regras da *common law* [...] A equidade parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante do mesmo. As razões que outrora justificaram a intervenção do Chanceler já não existem; o Parlamento lá está para intervir se o direito inglês tiver necessidade de um aperfeiçoamento (DAVID, 2002, p. 346).

Chega-se, assim, a quarta e última geração do direito inglês, o período de ascensão do *statute*, marcada pelo triunfo das ideias democráticas do século XIX e pelo maior desenvolvimento da legislação como fonte do Direito. Os *Judicature Acts* marcam, assim, a derrogação da oposição formal entre os juízos de *common law* e os da *equity*; a partir de então, todos os tribunais da Inglaterra passam a aplicar tanto o direito consuetudinário quanto as regras de equidade.

Posteriormente, no século XX, ainda ocorreu o incremento de correntes sociais em substituição as ideias liberais, que influenciaram diretamente na legislação inglesa.

Em suma, na Inglaterra, então, nas palavras de abalizada doutrina:

ser coercitivo ou punitivo.” (CARPENA, 2009, p. 97). [...] incluía a citação do *contemnor* [...] por uma ordem [...] de *writ of attachment*, que continha uma acusação da prática de um ato de *contempt of court*, e uma data para comparecimento perante a *Star Chamber*; no mandado de citação não se forneciam maiores detalhes [...] É que como o *contempt* era tratado como um ato de afronta ao rei e à sua paz entendia-se que não eram necessárias explicações adicionais do fato [...] A utilização da figura do *contempt of court* foi mantida mesmo após a extinção da *Star Chamber*, ocorrida em 1641, tendo sido adotado pelos demais juízos que substituíram esta *Chamber* (BARBOSA E LIMA NETO, 2011, p. 136).

A formação do *common law* inglês, também segundo René David, pode ser dividido em quatro fases: (i) o período de conquista normanda de 1066; (ii) o período daí até a dinastia dos Tudor em 1485; (iii) a *equity*; e (iv) a lei de organização do Judiciário de 1873. Completando a linha histórica, poderíamos dizer que a aplicação *Human Rights Act* de 1998 inaugurou uma nova etapa da no modelo inglês. (LEGALE, 2016, p. 02).

Partindo para os Estados Unidos da América do norte, a ciência costuma iniciar sua análise, consoante delimitação do tema da presente dissertação, partindo do período de crescimento da *equity* na Inglaterra, que remonta a 1776, quando o sistema de equidade passou a se desenvolver nas treze colônias da América do Norte²⁵.

De fato, o “direito nos Estados Unidos da América é fruto dos reflexos do modelo político federalista constituído pela união dos Estados.” (GALIO, 2014, p. 16), de modo que sua análise jamais pode ser realizada paralelamente ao nascimento do país em questão. Ao revés, deve ser mantido como filtro base em toda análise do sistema norte-americano – somente se compreende mecanismos jurídicos dos nossos vizinhos do norte a partir de sua formação capitalista federalista.

“Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2007b, p. 76), os Estados Unidos mantêm uma organização federal e independência dos Estados federados (SOARES, 1997, p. 182)²⁶.

No século XIX, na Inglaterra, houve a fusão entre *Common Law* e *Equity Law* por conta da *Judicature Acts*. Nos Estados Unidos, em 1938, as diferenças que existiam entre *actions at Law* e *suits in equity* foram extintas pelo que se denominou *Civil Actions* (CARPENA, 2009, p. 95).

Os norte-americanos contam com um poder constituinte originário gerado em 1787 através de um texto codificado (escrito), rígido e sintético²⁷, com aspecto

²⁵ Já nos Estados Unidos é comum a divisão nas seguintes fases do direito a partir dos períodos: Era Lochner, Corte Warren, Corte Burger, Corte Rehnquist e Corte Roberts [...] Em cada uma dessas fases, percebe-se uma maior ou menor interlocução entre *common law* e *civil law* (LEGALE, 2016, p. 02/03). [...] estudando os momentos históricos a partir da figura do *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana (BARROSO, 2014).

²⁶ [...] e se fala *State sovereignty*, soberania dos Estados-membros.

²⁷ [...] o direito dos EUA é, convém insistir, dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmente fenômeno que a Inglaterra desconhece. Na verdade, o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *state law* tem naquele sistema, com a conseqüente modificação da atuação da *common law stricto sensu*. De igual forma, o papel das universidades, das instituições oficiais e oficiosas ligadas à área jurídica sobrepõe nos EUA, como veremos a seguir, bem como há substanciais modificações no sentido de maior tendência à codificação nos EUA (o que prova, ademais, a maior aproximação do direito dos EUA da *civil law*). No que concerne, ainda, às ligações da Inglaterra com os EUA, importa observar que a adaptação e recepção da *common law* inglesa nos EUA não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do Novo Mundo, com extensões continentais dos EUA, não

essencialmente principiológico e preambularmente político, absorvendo a declaração de direitos individuais fundamentais por meio do *Bill of Rights* - dez emendas.

A constituição dos EUA concebeu o sistema de governo presidencial e o federalismo, assim como o controle de constitucionalidade difuso (que se cuida de um equipamento sofisticados de freios e contrapesos), contando com uma Suprema Corte que protege sua Constituição. Referido país é composto pelo sistema de controle entre os poderes separados.

Com efeito, o marcante século XX para o direito inglês, no que toca à atenção ao “direito para a legislação (*statue law*), pois o envolvimento com o ideal de Estado do Bem-Estar Social desencadeou a produção legislativa como forma de buscar igualdade e justiça a partir de legislações e regulamentos vindos do Estado.” (GALIO, 2014, p. 15).

A vinculação as decisões foi um processo mais gradativo na Inglaterra em comparação com o sistema norte-americano, que, a propósito, “desde o início do século XIX, apresentou maior grau de flexibilidade nas decisões judiciais do que o direito inglês.” (ROSSI, 2012, p. 03/04). Ou seja, ainda que originada da doutrina dos casos antecedentes inglesa, as Cortes dos EUA²⁸ tiveram mais inspiração e “demonstraram um maior espírito de criação, interpretando novamente casos já julgados, ao invés de adaptarem a lei às condições que cercavam o caso que seria julgado” (ROSSI, 2012, p. 03/04).

De fato, não “há negar que nos países anglo-saxões, mormente a Inglaterra e os Estados Unidos, os precedentes avultam de importância, por razões históricas” (MANCUSO, 2016, p.51). Todavia:

[...] na formação expressa do princípio, na Inglaterra, se desconhece a maior parte das exceções e ressalvas que o caracterizam nos Estados Unidos, e que fizeram do *common law* norte-americano um ordenamento jurídico mais

poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa divisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*); por tais razões, os institutos, como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos EUA. Outra diferença notável é o fato de os EUA terem sido formados sob a égide da liberdade de culto religioso, numa fase histórica em que a *equity* já estava laicizada nos tribunais que a aplicavam; isso posto, a influência do direito declarado pelos tribunais quase-eclésiásticos do Chanceler do Rei, a *equity* (antes ou após a Reforma Anglicana) teve uma influência relativa sobre o direito norte-americano como um todo (SOARES, 1999, p. 59).

²⁸ De fato, nos EUA, país de intensas e rápidas transformações econômicas e sociais, a *Supreme Court* nunca se limitou em caráter absoluto por decisões anteriores, optando, desde o primeiro momento, por técnicas como *distinguishing* e *overruling*. Mesmo na Inglaterra, tradicionalmente conhecida pela rigidez dos precedentes – nem a *House of Lords* podia revogá-los –, os tempos são outros. Desde 1966, quando *Lord Chancellor* publicou o *Practice Statement*, a limitação não mais existe.¹⁷ Em verdade, após as reformas *Woof*, a Inglaterra aderiu a um Código de Processo Civil escrito e a *House of Lords* foi substituída por uma Corte Superior (WOLKART, 2015, p. 03).

fluido e variável do que o inglês. Por exemplo, nos Estados Unidos não se discute o direito de um tribunal inferior de recusar-se a seguir uma sentença precedente in point ditada por um tribunal de hierarquia superior, da mesma jurisdição, se o tribunal inferior considerar que o tribunal superior cometeu um erro crasso [...] (CUNHA, 1999, p. 10.).

O processo de evolução estadunidense se desenvolve mormente por meio das mutações interpretativas, decorrentes do desenvolvimento de valores de uma sociedade em conflito permanente.

Apesar da rigidez (alteração formal do texto complexa e diferenciada do processo legislativo de elaboração da lei ordinária)²⁹ da constituição dos EUA, esta se mostra, de forma simultânea, também elástica (o texto sintético e principiológico da constituição autoriza mutações interpretativas, alteração de entendimento de seu sentido e do conceito de seus princípios, sem necessidade o recurso constante a mudança do texto; muda-se o seu sentido sem alterar o texto).

A Constituição norte-americana, demonstra sua história, avigora a ideia de uma constituição dinâmica, viva, com poder de reconstrução cotidiano, nos moldes da complexidade das sociedades contemporâneas.

Em outras palavras, ressalta-se a importância da *interpretação* no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, decorrente do próprio sistema conciso e principiológico, com prevalência nos precedentes, ainda que sua *lei maior* seja escrita – o que não retira sua origem anglo-saxônica nem o desloca da família *common law*, até porque, como notaremos mais a frente, diferentemente de um país de predominância na lei (norma escrita), como fonte essencial do direito, como o Brasil, nos EUA não há previsão expressa de vinculação dos precedentes, já que eles existem e vinculam por lógica sistêmica da *common law*, sendo prescindível a positivação.

Daí a razão de a simples designação do *common law* como direito costumeiro ou consuetudinário, não ser suficiente à sua plena caracterização. O *common law*³⁰,

²⁹ Rígidas são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferimos a terminologia alterabilidade), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas! (LENZA, 2012 p. 27).

³⁰ No seu sentido originário, a expressão *common law* significava o direito aplicado pelos tribunais reais ingleses criados no século XII. A partir deste, outros sentidos, conexos com aquele, derivam das mesmas palavras. Assim, a expressão *common law* pode ser actualmente usada em três sentidos, dependendo do contexto a percepção de qual deles é, no caso, o adequado. Com o aparecimento das regras de *equity*, aplicadas pelo tribunal da Chancelaria, o direito dos restantes e mais antigos tribunais reais continuou a designar-se com o *common law*. Nesse sentido, *common law* (ou só *law* – por

desta forma, abarca uma compreensão muito mais ampla; “conclui-se que a essência da *common law* é formada com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato.” (GALIO, 2014, p. 11).

A grande percepção que se terá ao iniciar o estudo da tradição brasileira (capítulo 2.1), é que a natureza da *common law* volta-se à “continuidade e à tradição”, o que não importa em imutabilidade, haja vista que, “de fato nem sempre foi igual, pois o contínuo não quer dizer imutável, entretanto, nunca houve razão para desprezar os antigos costumes, nem há divisão histórica entre uma era pré ou pós-revolucionária” (GALIO, 2014, p. 07). Nos países da família *civil law* se notará as grandes alterações advindas dos momentos históricos revolucionários, especialmente do ocidente.

Na concepção de um investigador da Civil Law, pode-se dizer que os precedentes do Common Law atuam como normas reguladoras das condutas sociais, e a negação de aplicação desses precedentes a um determinado caso em que, a priori, incidiria, seria uma verdadeira negativa à previsibilidade e segurança jurídica, as quais se mostram imprescindíveis para garantir a desejada paz social. (CARPENA, 2009, p. 92).

Vetor que emerge da história da *common law*, é de que esta “ausência de ruptura ou revolução que demandasse um novo modelo jurídico, resultou no apego à continuidade e à tradição”, diferentemente do ocorrido na *civil law*. Destarte, “pode-se dizer que apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.” (GALIO, 2014, p. 07).

Tópico seguinte, iniciaremos o tratamento da doutrina do *stare decisis* e da técnica de aplicação dos precedentes, base necessária à compreensão do tema.

exemplo, na máxima *equity follow the law*) é todo o direito das ordens jurídicas anglo-saxônicas com exclusão das regras de *equity*. A progressiva importância de lei (*statutory law*) fez alargar o conceito de *common law*, de modo a incluir todo o direito de criação jurisprudencial. Neste sentido, *common law* equivale a *case law*, sendo portanto, todo o direito das ordens jurídicas anglo-saxônicas que não seja *statutory Law* (ALMEIDA, 1998, p. 143-144).

1.2 STARE DECISIS E A TÉCNICA DOS PRECEDENTES

Em continuidade, este item tratará acerca da doutrina do *stare decisis*, assim como da técnica de aplicação dos precedentes anglo-saxões.

A expressão latina *stare decisis et non quieta movere* identifica a concordância ou aderência ao caso já decidido, e ingressa no mundo jurídico como forma de acatamento dos próprios tribunais aos casos antecedentes, de modo que, a regra de direito que se adequa a determinados fatos relevantes ao direito, estabelecida em um caso concreto, imporá seu seguimento e aplicabilidade a todos os casos futuros em que houver identificação de similaridade com os fatos e circunstâncias.

Os motivos discutidos e fundamentados determinantes à resolução do caso concreto, deverão ser respeitados na análise de casos futuros em que se depreender os mesmos fatos e circunstâncias daquele primeiro caso julgado.

O princípio do *stare decisis*, apesar de submergir nos países de *common law* devido ao privilégio dado aos precedentes neste sistema jurídico, não é a este exclusivo. O atual *estado da arte* evidencia que “a complexidade da experiência jurídica nos vários países ou ao interno das *famílias jurídicas*, não mais se coaduna com certas posturas excludentes ou dicotomias radicais” (MANCUSO, 2016, p. 20), revelando terreno fértil a aplicação do *stare decisis* em outros sistemas jurídicos, uma vez presente as demais condições institucionais e jurídicas internas, o que será debatido nas linhas a seguir.

A escolha do breve tratamento histórico no tópico antecedente do sistema *common law* revela-se agora, já que o ponto de partida para a compreensão da doutrina do *stare decisis*, que não se confunde com o *precedente judicial*³¹, nem mesmo é sinônimo de *common law*. O princípio do “*stare decisis* não se confunde com a *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para, sobretudo, dar segurança às relações jurídicas” (MARINONI, 2011, p. 99).

³¹ “O princípio do *stare decisis* assegura um predicado – a estabilidade – para as decisões do tribunal, sendo *especialmente voltado para as próprias cortes que estabelecem o precedente*, forçando o cotejo racional das decisões dos casos-precedentes com os casos-atuais” (ZANETI JR., 2017, p. 337/338).

A doutrina do *stare decisis* estabelece que o precedente judicial, que é o caso já decidido, age como fonte indutiva dos critérios e caminhos aos demais casos semelhantes posteriores³².

“O seguimento de um precedente para os integrantes do Common Law é, pois, a materialização do que já foi definido e que, por tal razão e para manter a segurança jurídica, não pode ser modificado.” (CARPENA, 2009, p. 91).

O precedente judicial, tem sua formação no *binding precedente*, que é o primeiro caso julgado acerca de certos fatos e circunstâncias, que formará um princípio jurídico paradigma a ser seguido nas decisões futuras. Desta forma, frente a situação julgada, a sociedade capta a decisão como norma de conduta, tornando previsível o comportamento.

Em razão da racionalidade, portanto, é que surge o precedente, possibilitado pela doutrina do *stare decisis et non quita movere*; por conta do princípio de que o respeito ao que já foi decidido permite ao jurisdicionado a previsibilidade que determinará sua conduta, assenta-se na universalidade do direito – o direito deve ser igual todos.

Dentro da delimitação proposta neste trabalho, imprime-se que há peculiaridades do *stare decisis* do *common law* inglês e do *common law* americano³³. Não obstante, com destaque à semelhança que nos importa, a universalidade é liame basilar, por acabar traduzindo as razões da vinculatividade dos precedentes³⁴, estabilidade, segurança jurídica, previsibilidade e igualdade.

A comunicação se opera mediante a identificação do atual *papel das Cortes Supremas*, mais detalhado adiante, que determina o cardinal ofício de formação de precedentes, determinantes da interpretação constitucional³⁵.

³² “[...] o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma [...]” (TAVARES, 2007, p. 21).

³³ Na Inglaterra, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, eventual revogação de precedente, em determinadas situações, tem efeito *ex tunc*, motivo pelo qual há uma resistência ainda maior da que se verifica em outros países para se desconsiderá-lo. (CARPENA, 2009, P. 92).

³⁴ Destacam-se, assim, os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da economia processual, da eficiência e da imparcialidade. Dessa forma, urge-se analisar mais detida de tais princípios, especificamente em sua relação com o sistema de precedentes, para que se possa entender melhor a aplicação do instituto (BERTÃO, 2016, p. 7).

³⁵ [...] o Supremo Tribunal Federal ainda é visto como uma Corte de Correção, e não como uma Corte Suprema cuja função precípua é a formação de precedentes que definam a interpretação constitucional (PEREIRA, 2016, p. 3).

Dois fatores permitem a vitalidade de um modelo de *stare decisis*: um sistema institucionalizado, contando com organização de juízes e tribunais de modo hierarquizado e, também, a permanência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade, de maneira a assegurar o conteúdo das decisões para consulta e vinculação na análise dos casos posteriores (ZANETI JR., 2017, p. 336).

Passemos a tratar, assim, das conceituações e técnicas dos precedentes anglo-saxônicos, ensejados na doutrina do *stare decisis*, daquilo que é ponto básico comum entre EUA e Inglaterra e que concede ponte ao tratamento da vinculatividade do direito pretoriano brasileiro, que é o foco do presente estudo.

Pois bem. A constatação de uma decisão de questão de direito que firma um paradigma para guiar jurisdicionados e julgadores (*leading case*) ou da solução judicial da questão de direito firmada após a apreciação de diversos casos, deve passar à identificação das razões que se abstraem da decisão, isto é, as *questões relevantes* contidas no *case*, suficientes para desatar a questão.

Esta razão principal denomina-se *ratio decidendi* ou *holding*³⁶, que são os “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo julgador no caso concreto” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 385).

Os trechos de uma decisão judicial que não originam o seu desfecho formam o *obiter dictum*, “tido meramente circunstância em um dado caso” (RAMIRES, 2010, p. 68/90). São as meras observações ou opiniões do julgador que superam o objeto do processo e, portanto, não são consideradas razões de decidir. São as *questões ditas de passagem*.

³⁶ Para esclarecer melhor sobre o conceito de *ratio decidendi*, importante observar o seguinte exemplo de Didier: O art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência. Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 386).

O holding é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o holding pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. (RAMIRES, 2010, p. 68/90)

Assim, diante de um novo caso a ser julgado, do *binding case* – o primeiro caso julgado – deverão ser abstraídas as razões determinantes, para que seja realizada a aproximação entre os casos antecedente e atual (comparação de similaridade). Lança-se mão de uma sobreposição entre os casos em estudo, a fim de detectar um encaixe dos fatos e circunstâncias.

Esta técnica recebe o nome de *distinguishing*, consubstanciado no procedimento de distinção entre os casos passado e presente, a fim de depreender a existência ou não de similitude, a fim de verificar a potencial aplicação do precedente ao caso em análise, bem como a sua dimensão.

A 'teoria geral dos precedentes', por sua vez, é formada pelos institutos que dão vida aos precedentes, ou seja, tentamos demonstrar que respeitar precedentes não se resume a um simplório exercício de 'copiar-colar', mas vai muito além, exigindo conhecimento de técnicas de diferenciação da *ratio decidendi* do *obiter dictum*. Uma vez identificada a parte da decisão que exerce influência em casos futuros, a *ratio*, é preciso ainda fazê-la incidir correta e adequadamente, e isso se dá pela ferramenta do *distinguishing*. (NOGUEIRA, 2010, p. 2-3)

É a partir do *distinguishing* que a vinculação ou não - e em qual extensão – do precedente será determinada. E note-se que esta técnica está no campo da interpretação, da atividade hermenêutica e de aplicação do direito pelos tribunais.

Realizar a *distinção* significa interpretar o direito frente ao caso posto em comparação com o caso precedente. Isto se dá em razão da prevalência dos precedentes no sistema *common law* (ao contrário do sistema *civil law*, onde, por conta da primazia da fonte legal, interpreta-se a lei aplicável ao caso concreto).

Aplicável à solução da questão, haverá vinculação, ante a regra do sistema da *common law*, onde “o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedente*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos julgados que, em situações análogas, lhe forem supervenientes” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2011, p. 393.).

Ao revés, não verificada qualquer similaridade entre os casos, o precedente não é aplicável; o que não significa exceção ou inaplicabilidade da vinculação dos

precedentes, mas de incompatibilidade factual e circunstancial entre os *cases*, de modo a se afastar da boa lógica, razoabilidade e técnica jurídica, a utilização da mesma tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente para solução do caso atual em que fatos e circunstâncias são distintos.

Ainda que a conclusão resulte a mesma, não o será por conta da vinculação daquele precedente, mas pela interpretação do direito para aqueles específicos fatos e circunstâncias do caso atual (como veremos adiante, nesta interpretação do caso concreto na *common law* não se leva em consideração apenas os precedentes, mas também, mormente em razão do gradativo crescimento dos textos legais em países de *common law*, especialmente Inglaterra e EUA).

Saliente-se a possibilidade de o tribunal sinalizar uma reflexão acerca do precedente, ou parte do precedente, que, depois de verificada a distinção e mostrar-se cabível à resolução do caso presente, pode apresentar uma possível inadequação ao direito.

Nestes casos, não se trata de uma superação do entendimento contido no precedente – não obstante exista a prática do *antecipatory overruling* -, mas da ocorrência de dúvida acerca do desfecho dado à situação ali contida.

Conforme MITIDIERO (2012, p. 74.), “muitas vezes a alteração do precedente é sinalizada (*signaling*) pela Corte responsável pela sua autoridade justamente para indicar aos interessados a possibilidade de mudança do entendimento judicial”.

Entretanto, somente se efetivamente superado o precedente, em decisão devidamente fundamentada, estaremos diante do *overruling*.

Com efeito, “no caso do *stare decisis*, embora se fale em vinculação dos precedentes (*binding precedents*), aos juízes inferiores se reconhecem mecanismos para sua insubordinada superação (*overruling*)” (LEAL, 2004, p. 117). Todavia, o procedimento para tanto não se reveste de simplicidade. Importa asseverar, ressalvada a constatação de equívocos evidentes, deve se sopesar a segurança jurídica e igualdade, de um lado, e, de outro, a adequação jurídica e social, recálculo que reclama intensa carga de argumentação jurídica; a fundamentação tem de ser robusta.

Overruling, portanto, é método de trabalho de juízes de tribunais onde, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente. (CAMARGO, 2012, p. 553/674, p. 15-16)

Interessante constatar que, assim como ocorre com a declaração de (in) constitucionalidade pretoriana, há a possibilidade, pela tradição da *common law*, de se atribuir à nova interpretação (que supera o precedente) efeitos *ex tunc*, *em nunc* ou *pro futuro*, acorde reivindicar o caso concreto – com efeito, verdadeira *modulação de efeitos da decisão* (para nós).

Quando se atribui efeitos pretéritos (*retrospective effects*) (*ex tunc*), na prática, o jurisdicionado é julgado com base em regra nova, não existente no momento em que agiu ou se omitiu indevidamente. (...) Quando, de outro lado, se realiza o *overruling* com efeitos prospectivos (*prospective effects*) a nova orientação do tribunal valerá da data da decisão virada para frente (*em nunc*) ou de outro marco temporal futuro (*pro futuro*) escolhido pela Corte [...]. (CAMARGO, 2012, p. 553/674, p. 16)

Acorde exigência de cada singular caso, o sistema da *common law* expressa suficiente maleabilidade para a satisfazer o equilíbrio normativo, abrangidas as determinadas espécies, dentre eles o precedente, e, desse modo, completar o direito.

Importa salientar:

O princípio do *stare decisis et non quieta movere*, na experiência dos países do *common law*, opera em dupla direção: numa visão retrospectiva, reverencia o passado, ao extrair a *ratio decidendi* de certos julgados proeminentes, ao passo que, numa visão prospectiva, fornece paradigmas para decisão de casos futuros, quando venham a se subsumir nos *binding precedentes* (MACUSO, 2016, p. 52/53).

Encerrado o delineamento breve da *common law* e a operacionalidade de seus precedentes, saltamos para a cultura romano-germânica, passando-se a tratar, no capítulo seguinte, acerca do sistema jurídico brasileiro.

CAPITULO 2 – SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A TRADIÇÃO BRASILEIRA

O Brasil tradicionalmente é compreendido como um país da família *civil law*³⁷, de origem romano-germânica, principalmente em razão de atribuir à lei escrita a sua fonte essencial de direitos e obrigações. Classicamente compreendida como³⁸ a família jurídica que prioriza a *norma legal* (a lei escrita ou codificada) para estabelecimento dos direitos e obrigações e aferição de condutas comissivas e omissivas dos jurisdicionados.

Entretanto, forte corrente vem se formando no sentido da hibridez do sistema jurídico brasileiro, haja vista as diversas razões, como veremos ao decorrer da presente dissertação, que indicam ao menos que a especificidade ressaltada do ordenamento jurídico pátrio não se adequa à descrição pura da família *civil law*, o que nos simpatiza. Com efeito, são incontáveis exemplos de influência de ambas as famílias jurídicas no Brasil, que, se não o reconhecimento de um sistema híbrido, tais fatores conduzem ao menos à concepção da aproximação das famílias do direitos em tempos atuais, já que inegável, tão *sui generis* nosso ordenamento jurídico (ex: influência alemã no direito civil; norte-americana e austríaca no controle de constitucionalidade), a diversidade de influências creditadas a sistemas jurídicos de países tanto da *civil law* quanto da *common law*.

Em que pese a polêmica, territórios com histórico de colonização como o canarinho sugerem, comumente, as mesmas raízes histórico-jurídicas do país colonizador. Neste interim, a comunidade científica costuma percorrer a tradição jurídica brasileira originada no direito romano, alocando o Brasil como originário da cultura romano-germânica.

³⁷ O Brasil, filiado à família *civil law*, elegeu a *norma legal* como primado para aferição de condutas comissivas e omissivas das pessoas físicas e jurídicas (CF, art. 5º, *caput* e inc. II). (MANCUSO, 2016, p. 403)

³⁸ [...] a expressão *civil law* é a formula usada pelos *common layers* para designar os direitos romano-germânicos. *Civil law* é a tradução inglesa de *jus civile*, tomada como paradigma do direito romano, recebido por aquelas ordens jurídicas e tronco comum dos direitos europeus continentais. (ALMEIDA, 1998, p. 143/144)

Cabe realçar que a recepção do direito romano nos diferentes países europeus não foi contemporânea nem homogênea, de modo que a dimensão e o grau da aplicação deste direito subsidiário pareciam depender de outras fontes vigentes a cada local³⁹.

A tradição jurídica da *civil law* foi corriqueiramente atribuída pelos juristas⁴⁰ como originada do direito romano-germânico - aliás principal ponto de constatação de diferença com a tradição de origem anglo-saxônica (v. capítulo 1). As peculiaridades de cada região bem como o nível e perspectiva da influência do direito romano é evidente, e não há descartá-las, mas devem ser atentadas como critério ponderativo no estudo histórico que se propõe.

De qualquer forma, a abordagem histórico-jurídica – e para os fins delimitados neste trabalho -, diferentemente de como tratado na *common law*, também pelo desenvolvimento próprio da cultura romano-germânica, tendo como ponto marcante a revolução francesa (1789-1799).

Conforme Miguel Reale, a tradição romana:

[...] caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (Civil Law) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social* (REALE, 2002, p 141).

Em respeito a delimitação do tema do presente trabalho, cuidaremos da evolução histórica da tradição brasileira através da seguinte divisão temporal, tendo

³⁹ Em Portugal, a unidade política, o exercício pelo rei do poder legislativo e a “codificação” empreendida através das Ordenações, a partir do século XV, deixaram às *leges imperiales* um papel que, apesar de ser importante, foi inferior ao que se verificou em espaços onde era menor a densidade de outras fontes. Em França, coexistiram durante o *ancien regime* dois sistemas jurídicos: a sul, o *pays du droit écrit*, onde à vigência do direito visigodo romanizado sucedeu, com a recepção, a predominância do direito romano justinianeu; a norte, o *pays des coutumes*, onde a principal fonte de direito continuou a ser formada por costumes de origem germânica, que a partir do século XV foram objeto de compilações escritas. Na Alemanha, a recepção deu-se mais tarde (século XV), mas foi mais extensa e intensa. Os principais factores que para tal contribuíram foram: a ausência de um poder central, com a conseqüente pulverização política, normativa e judiciária, e a idéia de que a vigência do direito romano se justificava pela (pretensa) continuidade do Império Romano no Sacro Império Romano-Germânico. Por isso, se tem escrito que, na Alemanha, a recepção do direito romano se fez *ratione Imperii* (em razão do Império), enquanto em outros países foi determinada *imperio ratione* (por força da razão). (ALMEIDA, 1998, p. 39/40).

⁴⁰ “Assim, o *civil law* registra suas origens com base no direito romano, sendo posteriormente consagrado pela Revolução Francesa que procurou criar um novo modelo de direito, negando as instituições que antes existiam, calcando-se na rigorosa separação dos poderes, aliada à proibição do juiz interpretar a lei, como combinação indispensável à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica.” (GALIO, 2014, p. 05).

em vista as considerações anteriores: período absolutista, período positivista e período constitucionalista (em sentido amplo).

Iniciando com o período absolutista, anteriormente ao positivismo, conhecido como período pré-revolucionário, os juízes aplicavam as leis da forma que lhes convinha, interpretando cada norma a partir de seus interesses pessoais e de sua classe, gozando o juiz de ampla proteção, vez que os cargos de magistrados eram comprados ou herdados (GALIO, 2014, p. 04), pela lógica ligação de interesses. Isto é, não “havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder.” (MARINONI, 2011, p. 58).

Tratava-se de uma lógica intrínseca a um sistema imperado pelo absolutismo, onde o soberano representava a palavra final, bem como a justiça divina, de modo que os cargos do Estado eram distribuídos conforme o interesse do soberano, criando vulnerabilidade técnica e moral nos campos de atuação estatal, não se apresentando como exceção a atuação dos magistrados deste período. Até porque, sendo atribuição do soberano a última palavra, sob as justificativas cósmicas aceitas no período, lei era sinônimo da vontade do monarca, e os magistrados, como os demais integrantes do Estado, atuavam consoante este princípio, que acabava por se traduzir na vontade particular do soberano; a interpretação das leis eram realizadas calcadas nestes ideias.

Intuitivo constatar, desta forma, que diante deste contexto irrompeu a necessidade de controlar a atuação judicial, surgindo como opção, sob o conhecimento político-jurídico-filosófico da sociedade à época, a ideia de limitação do trabalho dos juízes, para que passassem a aplicar o texto legal de forma literal, instaurando-se, assim, um novo sistema, criado com a finalidade de acabar com os privilégios e com a manipulação do direito como corriqueiramente ocorria até então. (GALIO, 2014, p. 04); ora, “havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos representantes do povo”. (MARINONI, 2011, p. 58).

Após o auge do período monárquico e a extinção da era feudalista⁴¹, o Estado Liberal, então, passou a ser constituído pela lei, justamente por que surgido a partir

⁴¹ A história vivenciou, a partir do século XVIII, com a queda do estado absolutista e a propagação das ideias iluministas, o nascimento do estado constitucional, onde o poder na mão do governante deixa de ser absoluto e passa a ser limitado/regulado por uma lei maior, que também passa a garantir

da tentativa de libertação das amarras do absolutismo dos monarcas e senhores feudais, período que remete ao Iluminismo (que tem seu marco na Revolução Francesa)⁴².

Remete-se ao período da Revolução Francesa, período em que se notou encerramento de regimes monárquicos soberanos, passando-se a perceber o sistema duplo de jurisdição na Europa continental, consubstanciado pelo contencioso cível, quanto aos casos entre particulares e violação dos direitos subjetivos do cidadão, e pelo contencioso administrativo, relativo aos assuntos entre indivíduo e Estado⁴³. Já no em terras nacionais, desde a República se denota a jurisdição única, como em solo norte-americano, não se observando fracionamento da jurisdição, outro fato que aponta a peculiaridade do sistema jurídico brasileiro.

Neste período encontra-se uma das primárias acepções de *positivismo*. A Revolução Francesa, e diversos outros movimentos da época baseado em novas ideais de liberdade. Posterior ao Estado absolutista, o positivismo pregava o “culto à norma”, ao direito positivo, explicado pela *dogmática*⁴⁴; a preocupação precípua era com a vigência da lei, sem demonstrar qualquer preocupação com sua eficácia (ou validade), o que acabava por restringir, tão só, o direito à lei (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 31).

As constituições do período positivista serviam somente à regular a organização estatal, já que calcado na teoria tradicional da separação dos poderes, cada qual com sua esfera de atribuições bem determinado e de garantir os direitos

diversos direitos das pessoas perante os abusos até então cometidos pelo estado. (SILVA, 2016, p.213).

⁴² A este primeiro modelo de estado constitucional, deu-se o nome de Estado Liberal Mínimo, onde as maiores preocupações das Constituições da época eram romper definitivamente com o modelo anterior, baseado na concentração total do poder nas mãos do monarca. (SILVA, 2016, p.213).

⁴³ Por força da Revolução Francesa, com a queda do antigo regime, no qual o soberano representava a última palavra e a justiça divina, erigiu-se na Europa continental o sistema duplo de jurisdição. De um lado o contencioso cível tratava das questões entre particulares e da violação dos direitos subjetivos do cidadão; de outro, o contencioso administrativo, no qual as questões referentes às relações indivíduo/Estado eram solvidas frente ao conceito equivalente, por exemplo na Itália, os conceitos legítimos. (ZANETI JR., 2017, p. 42)

⁴⁴ A dogmática concebe o direito – enquanto força legal destinada a impedir ou neutralizar o uso privado da violência – como uma técnica de produção de mandatos mediante procedimentos disciplinados pelo próprio direito. [...] E ao vê-lo assim não como fato social ou como valor transcendental, porém apenas como um conjunto de regras positivas sob a forma de uma ordem coativa, ela também permite a conversão do pensamento jurídico num aparato conceitual depurado de contaminações valorativas. Deste modo, o pensamento jurídico não está autorizado a promover julgamentos morais ou avaliações políticas sobre a experiência jurídica, devendo encarar as relações sociais concretas exclusivamente pela ótica das prescrições normativas, ou seja, pela relação de imputação entre sanções e atos considerados ilícitos. (FARIA, 2004, p. 45).

individuais dos cidadãos, como evidente resposta ao modelo opressor que substituíra (SILVA, 2016, p.213).

Destaca-se:

O pensamento liberal tinha reservas quanto ao Estado, assim, a melhor forma de proteção dos direitos do homem seria a interferência mínima estatal. A compreensão abstrata da liberdade e da igualdade e a garantia da propriedade encerravam o principal objetivo do liberalismo, materializado nas declarações americana e francesa. (BENACCHIO e SANCHES, 2012, p. 378).

Um dos viéses do positivismo, portanto, pôde ser constatado pela ruína de Estados absolutistas. Neste sentido:

No limite, portanto, a dogmática almeja tornar possível a redução da experiência jurídica à dimensão estrita da norma. Para tanto, configura o jurídico como uma realidade que se basta a si mesma, ou seja, que é capaz de se autofundar e de não ser condicionada nem por poderes coercitivos absolutos nem por ideologias. [...] Nesta perspectiva, é o direito que regula sua própria criação; é o direito que gera e molda o próprio direito, enfim, é o direito que se autoproduz. (FARIA, 2004, p. 45).

O apego à dogmática nesta época propiciou, bem ou mal, um grande desenvolvimento das técnicas jurídicas que ainda se é possível denotar.

Com efeito, a compreensão do direito restrito a lei acabou por distanciá-lo das demais ciências, destacadamente a *moral*⁴⁵, e acabou por desenvolver imperativos hermenêuticos restritos ao direito em si mesmo – todas as respostas, e assim também a interpretação, se encontravam no mundo jurídico⁴⁶. Mas à época, diante da experiência adjacente⁴⁷, assimilava-se plausível apostar exclusivamente na lei como

⁴⁵ O positivismo marca a era da codificação, que, no “entanto, também apresentou consequências desastrosas, pois os juristas passaram a se concentrar somente em seus códigos, abandonando a visão que outrora tinham do direito, baseado em normas de condutas sociais, e se conformando com o positivismo legislativo.” (GALIO, 2014, p. 05).

⁴⁶ Note-se que o “juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica”, na medida em que, no que toca à interpretação, exprime prevalência absoluta às formas, ou seja, “aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula [...]” (BOBBIO, 1995, p. 221).

⁴⁷ Com a ascensão da burguesia ao poder impulsionou-se ainda mais a atividade de legislar, quando então surgem as grandes codificações, notadamente (e inicialmente) na França (v.g., a publicação dos Códigos de Napoleão). Entendia-se que a positivação da vida social em códigos impedia o arbítrio dos interpretes, vez que agora o direito se encontraria em textos autenticados pelo Estado. Leis e códigos: nisso consistia o ‘direito’ dessa época. Para estudar e aplicar o ‘direito’ da época bastava conhecer as leis e os códigos. O direito vivente dessa época se resumia à lei vigente. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 27).

forma de pacificação social e resolução dos inevitáveis conflitos advindos do convívio em uma sociedade livre.

Neste modelo legalista-positivista, o juiz, na sua função de julgar, devia atender exclusivamente à lei e à sua consciência (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 28). Em decorrência deste período é que a *igualdade* no *civil law* foi diretamente associada à estrita aplicação da lei, o que principiou um abundante processo de codificação do direito, limitando o papel do juiz com a finalidade de garantir a tão sonhada igualdade entre todos. (GALIO, 2014, p. 05).

No positivismo, percebia-se a primariedade da fonte imediata de produção do direito, de modo que a *justiça* tinha sua expressão na *aplicação da lei*. Para garantia dessa finalidade, contudo, se fazia obrigatória a motivação da sentença (SIFUENTES, 2005, p. 42), fato que não ocorria na regência do Estado monárquico já que desnecessário, haja vista que o juiz julgava a seu bel prazer, sem precisar demonstrar que “efetuou a operação da individualização ao caso concreto da lei aplicável” (SIFUENTES, 2005, p. 42), o que era imprescindível na era positivista, face o império da lei.

A “filosofia positivista, mais marcante na Europa (Alemanha, Áustria, Itália e etc.), que culmina ‘em uma das mais importantes doutrinas de todos os tempos: a teoria pura do direito de Kelsen” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 30). Acentua que a ideia fundamental de todo esse sistema, construído para enquadrar a liberdade do juiz dentro dos domínios da legalidade, é, em síntese, a de que “não existe direito à margem da lei”, de forma a constituir-se como dogma positivismo-legalista que a solução para resolver qualquer problema jurídico deve ser buscada apenas na lei. (SIFUENTES, 2005, p. 43/44).

Dentre os diversos percalços encontrados pelo positivismo, tem-se que o excesso de *códigos* e matérias especificadas impendeu em muitos choques e contradições técnicas, na medida em que a regulamentação estrita por matéria em códigos aleatórios não impedia que fatos jurídicos inerentes a mais de uma área, que não eram raros, importassem em colisões conceituais e normativas, não obstante as incompletudes legislativas.

E como a preocupação central do positivismo era a de impossibilitar ao juiz a reabertura do “debate político”, este modelo idealizou a figura do juiz escravo da lei, servo do texto legal, que nunca pode questionar a justiça da lei (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 29).

No mundo jurídico o que se testemunhou foram os reflexos da não concretização das aspirações do Estado Liberal, passando a gerar um pensamento reflexivo acerca do suposto embate entre direito e moral – até a era positivista, a moral não ingressa no mundo jurídico como elemento valorativo, senão formalmente previsto em algum texto legal, conduzindo a normatividade; caso contrário, não se considerava a *moral* na resolução de questões e casos jurídicos, daí a crença positivista da possibilidade da conduta ou fato imoral, mas legal (se encontrava-se previsto em lei, ainda que imoral do ponto de vista ético, cuidava-se de situação de *legal*). O direito bastava em si mesmo.

De fato, a “inexistência de parâmetros superiores (sobretudo constitucionais), como maneira de evitar de vício (ou seja, de invalidade) as sentenças judiciais, é que acabou dando azo a arbitrariedade de toda e qualquer monta” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 28).

O apego à formalidade e a distância imposta ao direito ante os demais ramos da ciência, que apostavam somente na *lei* como definidora de uma suposta sociedade livre e organizada, culminaram em episódios de extremos atentados à própria espécie humana, catástrofes artificiais que obrigaram a uma redefinição do direito, passando-se a dar a devida atenção ao que hodiernamente se concebe como *direitos humanos*.

O legalismo, puro e extremo, favoreceu a existência de diversos governos autoritários e ditatoriais. De fato, a chamada “crise de legalidade” veio a revelar que a subordinação dos Poderes Públicos unicamente à lei nunca foi um artifício inteiramente eficaz para a contenção das formas absolutistas ou autoritárias de exercício do poder. Ou seja, no Estado de Direito Liberal (que é um Estado da legalidade), o poder continua sendo exercido sem os devidos limites ou sob limites puramente formais (o que significa atuar sem controle bem definidos). (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 37).

Por isso, a primeira metade do século XX, significativamente a partir das aversivas guerras mundiais, marca a passagem de um novo período histórico, concebendo-se o direito a partir de nova perspectiva.

Num corte metodológico aleatório e não muito distante na história, pode-se citar como eventos ou circunstâncias sociais e políticas relevantes, que moldaram o mundo, nos fazendo chegar até onde hoje nos encontramos, as revoluções liberais do epílogo do século XVIII delimitando a idade moderna, com os ideais iluministas em efervescência, a revolução francesa, a revolução industrial, o início da urbanização, a consolidação dos métodos de

produção e consumo de massa, a luta capital e trabalho, as duas grandes guerras mundiais, o longo período da guerra fria, com a derradeira queda do muro de Berlim e a derrocada do socialismo, assim como a globalização. (MEDEIROS NETO e MACHADO, 2016, p. 168).

Esta nova perspectiva exterioriza-se no pós-positivismo, permitindo a constituição científica do *constitucionalismo*.

A era constitucionalista parte de algumas premissas, a exemplo de que a subordinação da *lei* à *Constituição* não pode ser compreendida como mera “continuação” dos princípios do Estado legislativo (com se tinha no positivismo), já que importa em transformação que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição (MARINONI, 2011, p.68), de modo a expandir a jurisdição constitucional e desenvolver uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O pós-positivismo do pós-guerra passou a compreender o direito a partir dos direitos humanos fundamentais, que passam a ser previstos na maioria das constituições democráticas, mormente nos países de *civil law*, considerados direitos primeiros a nortear a criação e aplicação do direito.

Os ideais dessa nova onda evolutiva pelo mundo convergiram nos assim denominados *direitos humanos fundamentais*, que passa a ser o ponto comum dos Estados democráticos.

Em meados do século XX, portanto, esta nova onda inicia-se, baseada na *real força normativa da Constituição*, deixando de lado o antiquado papel até então concebido da Constituição como *programa jurídico*, apenas um orientador, surgindo, assim, o constitucionalismo ou Estado de Direito constitucional.

Da composição didática abordada por Luís Roberto Barroso relativo ao período do *neoconstitucionalismo*, considerando a sutil transição face ao constitucionalismo – até por alguns inexistentes ou partes do mesma era⁴⁸, considerado inclusive pelo próprio mestre⁴⁹ - nos valem neste ponto - que muito nos

⁴⁸ [...] logo após a Segunda Guerra nasceram (congênitos) três movimentos: o constitucionalista, o internacionalista e (ainda que de forma incipiente nesse primeiro momento, mas com nítidas evoluções futuras) o universalista. O Estado de Direito constitucional é regido (sobretudo) pela Constituição de cada país: esse modelo de Estado de Direito é criado e aplicado pelos legisladores e juízes internos respectivos. O Estado de Direito Internacional possui outra estruturação: ele é fruto da vontade de muitos Estados (que aprovam convenções e tratados internacionais) de forma coordenada, e no exercício de suas atribuições independentes. Mas não são dois modelos excludentes; ao contrário, são complementares um ao outro. [...] Cada uma delas corresponde a uma onda evolutiva que vai do Estado absolutista ao Estado constitucional e humanista de direito. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 77/78).

⁴⁹ A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado

auxiliará à frente quando da argumentação do mote central do presente trabalho - para a explanação do período conhecido como *constitucionalismo*.

O atual eminente ministro do Supremo Tribunal Federal, referenda o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo, para nós) a partir de três perspectivas, que apresenta como os “três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico.” (BARROSO, 2007b, p. 60).

O primeiro marco, o histórico, refere ao pós-guerra⁵⁰, quando a reconstitucionalização da Europa, especialmente na Alemanha e na Itália, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

Destaca-se, como importante referência de desenvolvimento do (novo) direito constitucional, a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, Constituição da Itália, de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956, e, ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978). No Brasil, conforme o ilustre atual ministro, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, que colaborou como um dos protagonistas.

No que tange ao marco filosófico, temos o pós-positivismo, que, como a própria denominação sugere, situa o debate posterior ao legalismo em uma confluência das duas grandes correntes de pensamento que disponibilizam paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo⁵¹.

Prosperado a partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno, aproximando a lei da razão, converteu-se na filosofia natural do direito, embasado em princípios de justiça universalmente válidos. Esta crença, contudo, entusiasmou as revoluções liberais, alcançando seu ápice com as Constituições escritas e as codificações. Posteriormente, por volta do final do século XIX, fora encarado como metafísico e anti-científico e deixado a margem da história enquanto o positivismo jurídico ascendia.

constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. (BARROSO, 2007b, p. 60)

⁵⁰ “Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a detectar que os grandes temas adaptavam-se à necessidade da coletividade, não apenas num contexto individualizado, mas sim corporativo, coletivo” (FIORILLO, 2013).

⁵¹ Nesse contexto surge a noção do pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo. (LENZA, 2012, p. 65/66).

Destarte, sobrevivendo o positivismo que equiparou o direito à lei, à procura de objetividade científica, também o distanciou da filosofia e de discussões como legitimidade, justiça e moral durante a primeira metade do século XX, pensamento jurídico que tem seu declínio relacionado ao fim do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, tendo em vista as barbáries que estes regimes promoveram sob a proteção da legalidade estrita. A ética e os valores começam a retornar ao direito somente depois deste período pós 2ª Guerra.

Por fim, o marco teórico do constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) está associado à aplicação do direito constitucional.

O mestre BARROSO indica três interessantes mudanças que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional. São eles: *a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e, c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.*

A evolução daquele Estado de Direito legal (liberal ou social ou democrático-social) para o Estado de Direito constitucional traduz avanço jurídico, político e social de enorme proporção, cuidando, todavia, apenas do termo inicial de uma crescente evolução de pensamento jurídico. As constituições, mormente ao longo da Europa e Ocidente, e demais países pelo mundo influenciados desde o período das colônias, passam a serem reconhecidas como *norma superior*, fundamental, primeira, que não apenas orienta, mas é revestida de *força normativa* e aplicação direta.

Enquanto na era do Estado de Direito legalista, a produção da legislação ordinária (da lei), cercava-se apenas de limites formais, no constitucionalismo se conserva o núcleo essencial dos direitos, especialmente os fundamentais. Tendo em conta o “novo paradigma do Estado de Direito constitucional, a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 58). Este

raciocínio leva à determinação da distinção entre *vigência* e *validade* da lei⁵², e entre *democracia formal* e *democracia substancial*⁵³.

Determina-se a concepção da subordinação da produção normativa interna em relação as constituições, que passam a trazer expressos em seus textos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, compreendendo-se a normatividade dos princípios. A “constitucionalização do direito” supera a *democracia formal* em prol da *democracia substancial*, não tolerando a vontade parlamentar calcada apenas na maioria sem observância dos limites formais e materiais⁵⁴.

Estes pontos indicam a caracterização da substância do direito, de seu núcleo formador, acarretando a percepção da existência de limites não apenas formais, como ocorria no positivismo, mas também de limites materiais. Significa dizer que a completa compreensão da norma, que deve ser vigente e válida, sob o ponto de vista formal e material, em um Estado Democrático de Direito constitucional em que impõe a vontade da maioria com respeito às minorias. A legitimidade da produção e aplicação do direito passa a ser constatada a partir do respeito aos limites impostos pela constituição e os direitos humanos fundamentais: não basta à norma ser vigente (forma) mas também estar adequada aos mandamentos constitucionais (substância).

Já a expansão da jurisdição constitucional se apresenta por meio do avigoreamento (efetividade) do sistema de controle de constitucionalidade das leis⁵⁵,

⁵² [...] o ensinamento clássico (desenvolvido no tempo do Estado legalista) nos diz o seguinte: a lei vigora enquanto não for revogada (formalmente) por outra lei ou enquanto não expirar a sua duração ou excepcionalidade. [...] na pós-modernidade jurídica [...] as normas substanciais também constituem limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador ordinário [...] A produção do direito está agora condicionada formalmente, assim como pelos limites materiais (ou substanciais) [...] revogação de um lei [...] é instituto coligado com o plano da ‘legalidade’ e da ‘vigência’ [...] A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, eu não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do direito [...] De qualquer maneira, não podemos confundir os três conceitos até aqui analisados: (a) vigência; (b) validade; e (c) eficácia. O primeiro diz respeito ao plano formal. [...] O segundo de uma relação que se estabelece entre a lei e a Constituição material (controle de constitucionalidade) [...] O terceiro plano (eficácia) relaciona-se com a aplicação prática do texto vigente válido (plano sociológico). (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 61/64)

⁵³ Desde quando a democracia foi elevada à condição de melhor forma de governo possível (ou da menos má), o ponto de vista a partir do qual os regimes democráticos passaram a ser avaliados é o das promessas não cumpridas. A democracia não cumpriu a promessa do autogoverno. Não cumpriu a promessa da igualdade não apenas formal mas também substancial [...] . (BOBBIO, 1986, p. 100)

⁵⁴ [...] nem tudo que a maioria do parlamento a prova é válido. [...] no Estado de Direito constitucional já não basta a vontade da maioria para a produção “legítima” da legislação ordinária. Toda norma aprovada pelo parlamento, por conseguinte, está sujeita a limites formais e também materiais. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 58/59)

⁵⁵ Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais,

como consequência da força normativa da constituição – para que seja efetiva, imprescindível controle apurado da fabricação legislativa, permitindo-se meios de combate das produções e aplicações contrárias à *norma maior* (a constituição).

As constituições passam a prever formas de controle das leis e atos judiciais em confrontação com a constituição, para verificação de sua conformação positiva ou negativa.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review. O caso francês será objeto de menção à parte (BARROSO, 2007b, p. 65/66).

No Brasil, hodiernamente sob a vigência da Constituição Federal de 1988, adota o sistema misto de controle de constitucionalidade⁵⁶, abarcando tanto o controle difuso (influência norte-americana) como o concentrado (influência do sistema austríaco)⁵⁷.

Por derradeiro, tem-se o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2007b, p. 65).

⁵⁶ No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas. (BARROSO, 2010b, p. 66)

⁵⁷ O primeiro é feito pelo STF ou pelos Tribunais de Justiça dos estados [...] por meio de ação direta de inconstitucionalidade [...] ação declaratória de constitucionalidade [...] arguição de descumprimento de preceito fundamental [...] ou de uma ação direta de constitucionalidade por omissão. [...] Por força do controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode, incidentalmente, julgar a inconstitucionalidade de uma lei. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 66)

Os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos permanecem existentes - quais sejam o hierárquico, que leciona que a lei superior prevalece sobre a inferior, o temporal, onde a lei posterior prevalece sobre a anterior, e o especial, caracterizado pela prevalência da lei especial sobre a geral -, entretanto são insuficientes no Estado constitucional, por não se encontrarem plenamente harmonizado com a solução de um conjunto de problemas adstritos à realização da vontade constitucional).

“As especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional” (BARROSO, 2007b, p. 68), podendo ser elencado os critérios de interpretação constitucionais: *a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, a interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e a efetividade.*

O desenrolar da interpretação jurídica convencional está conectado, (a) no que tange ao papel da norma, ao oferecimento, na sua narrativa abstrata, da solução para os problemas jurídicos e, (b) em relação ao papel do juiz, à identificação, no ordenamento jurídico, da norma aplicável ao problema em resolução para desvendar o resultado nela contida⁵⁸.

O modelo tradicional retrata a aplicação do direito (ou da lei) “por meio da subsunção e de um elementar silogismo dedutivo (premissa maior, premissa menor e conclusão” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 47).

Na interpretação constitucional⁵⁹, de outro lado, averigua-se, (a) no que refere ao papel da norma, a verificação de que não é sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo a solução dos problemas jurídicos, uma vez que, não raras vezes, apenas se depreende a possibilidade de produção da resposta constitucionalmente apropriada ao problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente, e (b) no que toca ao papel do juiz, que ele se torna coparticipante do processo de criação do Direito ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis, completando o trabalho do legislador, não lhe competindo

⁵⁸ Neste modelo tradicional, portanto, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. (BARROSO, 2007b, p. 68)

⁵⁹ Contudo, no Estado de Direito constitucional, operou-se o “triumfo do método de ponderação e do método dialógico sobre o da mera subsunção (dedutivista)” que conduziu a um protagonismo do juiz, “a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou valores) em conflito e qual das fontes de diálogo deve ponderar” (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 72/73).

somente uma função de conhecimento técnico, dirigido à revelação da solução contida no enunciado normativo.

Do método subsuntivo evoluímos para o ponderativo, do silogismo clássico passamos para o macrosilogismo, que exige do juiz definir (a) as questões controvertidas, (b) a fixação da premissa menor (dos fatos alegados e provados), (c) o estabelecimento da premissa maior (qual é o direito justo aplicável ao caso concreto?) e (d) as imposições das consequências equitativas que melhor resolvem o caso (GOMES E MAZZUOLI, 2010, p. 47).

Note-se que os métodos tradicionais de interpretação não alcançam a resolução de certas categorias de obstáculos do Estado de Direito constitucional, advindos das *cláusulas gerais*, dos *princípios*, das *colisões de normas constitucionais*, da *ponderação* e da *argumentação*.

Como alhures mencionado, para fins do presente esboço preferiu-se uma divisão para o tratamento histórico da tradição jurídica no Brasil realizada em três partes, separando os períodos absolutista, positivista e constitucionalista, considerando este último em sentido amplo, para desviar da polêmica⁶⁰ existente quanto às divisões conceituais e possíveis diferenças entre o constitucionalismo, neoconstitucionalismo e internacionalismo, abarcando estes últimos no mesmo período constitucionalista.

⁶⁰ Conclui-se que, em que pese as inegáveis mudanças e significativas contribuições sociais e políticas proporcionadas pela Constituição de 1988, o fenômeno amplamente denominado com o termo 'neoconstitucionalismo' sustenta-se em premissas questionáveis do ponto de vista histórico, teórico e filosófico, sendo uma expressão demasiadamente imprecisa para explicar a realidade jurídica contemporânea." (CELLA E RODRIGUES, 2014). "Na verdade, o 'Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade que agrega as novas conquistas que passa a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à 2ª Guerra Mundial' (...) pode-se dizer que o caminho seguido pelo Direito Constitucional no segundo pós-guerra, largamente conhecido como neoconstitucionalismo, não passou um cheque em branco ao julgador. Muito embora este novo momento do Direito tenha conferido maior abertura para o intérprete, é certo que o mesmo não legitima qualquer tipo de ditadura, ainda que de toga. Assim, não há um déficit de racionalidade do Direito, mas a reestruturação do mecanismo para a tomada de decisão pelo intérprete. O princípio da proporcionalidade assume o papel fundamental nesse processo, pois serve como parâmetro para a verificação da legitimidade da decisão do legislador frente aos ditames constitucionais" (BRETAS, MATTOS E SCHIER, 2016). [...] o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de "novas" teorias e práticas, mas sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional. [...] Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da consciência constitucional e apara a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais. (CAMBI, 2007, p. 1-44). *Vide*, também, GOMES, Luiz Flávio. e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 36 a 75.

Até porque, a passagem do constitucionalismo ou neoconstitucionalismo ao denominado período *internacionalista* é sutil, pois praticamente contemporâneos, haja vista que a atenção primordial aos direitos humanos⁶¹ propiciou a criação dos organismos internacionais e a concordância dos países aos pactos e tratamentos desses direitos fundamentais.

Esta onda, inserida em um momento histórico globalizado, como sustentado por Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli⁶², é marcada por uma estruturação “fruto da vontade de muitos Estados (que aprovam convenções e tratados internacionais) de forma coordenada, no exercício de suas atribuições” (2010, p. 78).

Antes de avançarmos ao estudo dos precedentes judiciais brasileiros, a breve abordagem histórica até aqui permite captar o ambiente em que a Constituição Federal do Brasil de 1988, ainda vigente, surgiu, consubstanciando nossa lei essencial, e que traz em seu bojo o princípio da igualdade como basilar do Estado Democrático de Direito, o qual nos dá suporte básico à vinculação dos precedentes em *terra brasilis*.

⁶¹ As “atrocidades praticadas na II Guerra Mundial por meio da divisão e fragmentação das pessoas e o massacre disso resultante determinou o reconhecimento do valor universal da dignidade da pessoa humana, o que foi inserido nas Constituições Ocidentais do pós-guerra, consolidando-se o valor da solidariedade – a preocupação com o outro – a certeza da origem comum entre os seres humanos, bastando observar o rosto humano, comum a nós todos. Doravante o ser humano passa a ser compreendido como um gênero indiviso, não é passível de quaisquer distinções, e que necessita de proteção para a garantia da realização de sua ‘natureza humana’” (BENACCHIO e SANCHES, 2012, p. 380).

⁶² Antigamente a proteção dos direitos humanos fundamentais era uma questão puramente doméstica (interna) de cada país. O direito internacional não interferia nas questões internas. Agora não, pelo seguinte: a proteção dos direitos humanos fundamentais é a finalidade precípua de todos os sistemas jurídicos internacionais. A tutela dos direitos humanos fundamentais é uma questão também internacional. (2010, p.79).

2.2 AMBIENTE DE SURGIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Neste corte metodológico histórico proposto, percebe-se que a Constituição Federal do Brasil vigente tem seu surgimento no Estado Democrático de Direito constitucional. Após anos de ditadura militar (Constituição brasileira de 1967/1969), o constitucionalismo crescente no mundo (especialmente, ocidental) concebeu ambiente propício ao surgimento da CF-88, uma constituição democrática atenta aos direitos fundamentais e demais princípios basilares internacionais.

O novo direito constitucional brasileiro ampara-se na “*dupla constatação* de que, após a CF-88, a *redemocratização do país, e a sua conseqüente reinstitucionalização*, ocorreu no âmbito da mudança de paradigma” (ZANETI JR., 2017, p. 111).

A nova roupagem do direito do Estado Democrático constitucional⁶³ (neoconstitucional/internacional), encontra-se alicerçado em bases humanísticas, sem isolamento do direito com a moral e demais campos da ciência, e a constitucionalização do princípio dos direitos humanos “modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica; ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema.” (COELHO e MELLO, 2011, p. 17).

A Constituição da República pátria de 1988 foi promulgada seguindo este novo paradigma jurídico; somos signatários dos principais documentos normativos externos a respeito dos direitos humanos fundamentais.

Com o desenvolvimento da ideia de dignidade humana no âmbito da filosofia, ela passa a se tornar, ao longo do século XX, um objetivo político. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, faz menção explícita – de maneira inédita na história constitucional brasileira – ao princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu primeiro artigo, onde elenca os fundamentos da República.” (COELHO e MELLO, 2011, p. 16).

⁶³ O Estado Democrático Constitucional é a junção do direito constitucional e da democracia, ou seja, um Estado de Direito no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem papel contramajoritário e no qual a lei e o atos dos poderes públicos estão submetidos à constituição. (ZANETI JR., 2017, p. 72)

Na tradição brasileira, como examinado no tópico que a este antecede, impera a lei escrita, fonte fundamental dos direitos e obrigações, em contraste à prevalência dos precedentes no sistema *common law*.

Contudo - observação aliás que muito corrobora com a tese da hibridez do sistema brasileiro (v. início item anterior) -, duas questões se oportunizam uma constatação singular: a CF-88 estabelece o *controle dúplice de constitucionalidade* e a *unicidade da jurisdição*.

Interessante, pois estamos diante de influências de famílias distintas. Quanto ao controle dúplice de constitucionalidade, destaca-se a influência do controle norte-americano de constitucionalidade difuso, e, também, do controle austríaco de constitucionalidade concentrado; ao passo que o primeiro tem origem anglo-saxônica, o segundo tem origem romano-germânica⁶⁴.

No que diz respeito à unicidade da jurisdição, infere-se que a cultura norte-americana e a inglesa influenciaram a *plenitude de acesso à jurisdição* e do *monopólio do poder judiciário sobre a jurisdição*.

Devido à potencialização do Poder Judiciário e da realização de direitos humanos na CF-88, que, alicerçada no constitucionalismo democrático, imprime efetividade plena e direta aos direitos fundamentais, sem a necessidade de complementação legislativa, o juiz de direito passa a exercer papel fundamental e diferido daquele exercido no período legalista⁶⁵.

A suntuosidade do método da ponderação e do dialógico frente ao método da mera subsunção, dedutivo, acarretou a predominância do magistrado, “a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou valores) em conflito e qual fontes em diálogo deve preponderar” (GOMES E MAZZUOLI, 2010, p. 72/73).

⁶⁴ Na Europa, o controle concentrado de constitucionalidade foi a solução encontrada na Constituição austríaca de 1920 para evitar respostas contraditórias sobre a constitucionalidade de uma lei. (PEREIRA, 2016, p. 6). Mais recentemente, como em boa parte dos países ocidentais, ampliou-se e aprofundou-se a influência do direito norte-americano. [...] O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil pode ser exercido de duas maneiras: por via incidental e por via principal ou por ação direta. O controle incidental corresponde ao sistema norte-americano de judicial review: ao decidir um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que, fundadamente, considere inconstitucional. (BARROSO, 2007a, p. 35/39).

⁶⁵ Assim, se no Estado Liberal de Direito a primazia era do legislador, se no Estado Social de Direito a preponderância era do Executivo, no Estado Constitucional de Direito a preeminência reside indiscutivelmente no juiz. E se o método anteriormente utilizado era a simples subsunção do fato à lei, agora as técnicas de aplicação do direito são a ponderativa e a dialógica. (GOMES E MAZZUOLI, 2010, p. 72)

O realce à *interpretação* é proposital, tamanha sua interferência no que diz respeito ao estudo de precedentes judiciais, cuja sua vinculatividade é objeto desta dissertação.

E após o intervalo positivista, onde munida a ciência jurídica de quase nenhum senso crítico do direito vigente, a mudança do paradigma para constitucional enfatiza o papel crítico e prospectivo da cultura jurídica, que “deve ser crítico em relação à incoerências (antinomias) e crítico e prospectivo no que concerne às lacunas (especialmente as vinculadas com direitos sociais)” (GOMES E MAZZUOLI, 2010, p. 73). Em outros dizeres, o estágio interpretativo do direito não mais concebe os ideais positivistas de interpretação como mero ato de vontade, fruto de *irracionalidade*, mas sim como razão prática argumentativa capaz de encontrar a solução para o caso concreto e completar a norma (até então incompleta somente pela redação formal, posto que qualquer texto, jurídico ou não, está aberto a interpretação), fruto da *racionalidade* formal e da *racionalidade* material (conteúdo).

A teoria da interpretação direciona-se aos aplicadores do direito, em especial ao julgador (juízes e tribunais), sob o postulado da *proporcionalidade* e ante a técnica de ponderação⁶⁶, o que liga o tema da vinculação dos precedentes, já que a interpretação judicial que complementa a norma no Estado constitucional, deve respeitar a unicidade da jurisdição, que coteja, como função estatal monopolizada pelo poder judiciário, a limitação ao exercício do poder e desempenho racional da resolução de casos, sem os quais a norma legal não se completa - e isso ocorreu por meio da atividade interpretativa.

A interpretação no Estado constitucional ampara diferentes categorias, como antes asseverado, porquanto obrigatória a convivência com as cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, princípios, colisões de normas constitucionais do ordenamento jurídico nacional.

As denominadas *cláusulas gerais* ou *conceitos jurídicos indeterminados* abrange “termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto”. Não contendo a norma em abstrato absolutamente os elementos de sua aplicação, frente as locuções como ordem

⁶⁶ A técnica de ponderação como técnica de controle de discricionariedade judicial somente pode ser usada quando, por qualquer razão, exista tal discricionariedade e, a depender do ordenamento jurídico, será mais ou menos ampla sua margem de abrangência. (ZANETI JR., 2017, p. 159)

pública, interesse social e boa-fé, além de outras, “o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma” (BARROSO, 2007b, p. 71). Caberá ao intérprete ir além para integrar o comando normativo com a sua própria apreciação, já que a solução não se encontra integralmente no texto legal, não deverá limitar sua função a exibir o que lá já se contém.

Em relação aos *princípios*, emblemático do pós-positivismo o reconhecimento de sua normatividade e a sua diferenciação qualitativa quanto às regras. Estas, cuidam-se de “comandos imediatamente descritivos de condutas específicas”, ao passo que tratam-se, os princípios, de normas que “consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”.

A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2007b, p. 71).

Por conta da existência natural e inevitável de *colisões de normas constitucionais*, seja de princípios ou direitos fundamentais, no constitucionalismo, por ocasião da dialeticidade da Constituição, que prescreve bens jurídicos que se rebatem (ex: embate entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, entre a privacidade e expressão de opinião, entre liberdades religiosas), a atuação do intérprete servirá a criar o direito aplicável ao caso concreto, definindo a sobreposição para aquela situação específica, haja vista que duas normas em abstrato e de igual hierarquia não conseguem prover, apenas pelo seu texto, a solução do problema, quando em colisão.

Não sendo possível enquadrar o mesmo fato em normas contrastantes, a subsunção e os critérios clássicos de resolução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e especialidade), evidentemente, não tem a aptidão para resolver o problema. Daí a imprescindibilidade ponderação quando diante de colisões de normas constitucionais.

Prosseguindo, a *ponderação* de normas, bens ou valores, constitui técnica a de interpretação através da qual o intérprete realiza concessões recíprocas, no intuito de resguardar o quanto possível de cada interesse em causa, ou, em decorrência da extensão e peculiaridade da situação em análise, estabelecerá a prevalência de um

direito sobre o outro, concretamente naquele caso, cumprindo, assim, com a adequação à vontade constitucional.

A *razoabilidade* opera como princípio instrumental determinante na atividade interpretativa, sendo o choque de normas constitucionais a tradução modelar de sua importância na interpretação constitucional.

Neste sentir, a *argumentação*, ou seja, a razão prática, o controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos que comportam mais de uma solução possível e razoável. Isso, posto que as decisões que exigem a atividade criativa do juiz majoram o dever de fundamentação. A delimitação do magistrado se dá quando no caso concreto emprega a decisão abstrata tomada pelo legislador.

O intérprete garante a legitimidade e a racionalidade da interpretação nessas situações, tendo em vista: *(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos* (BARROSO, 2007b, p. 72).

Como é perceptível, o ambiente jurídico em que a CF-88 surgiu determina a contemporaneidade de nosso diploma fundamental, devidamente adequado a etapa evolutiva do Estado, sociedade e direito, contendo amplos instrumentos de efetivação de suas finalidades e garantia dos direitos fundamentais.

Inegável, não bastasse, a singularidade de nossa Constituição da República, rica em influências diversas, ao ponto de levantar discussão quanto a sua característica híbrida em detrimento da filiação pura da *civil law*. É que a CF-88 não se limitou a instrumentos e garantias tradicionais da cultura romano-germânica, assim como as demais constituições que nosso país já concebeu.

Para que se ilustre o mote, dentre as oito constituições brasileiras ao longo da história é possível destacar algumas influências óbvias de ordenamentos jurídicos originários da cultura anglo-saxônica, como se exemplifica a seguir nas constituições passadas.

Se na Constituição do Brasil de 1824, no período imperial, não havia controle de constitucionalidade e os poderes eram divididos em quatro (Legislativo, Moderador,

Executivo e Judiciário), na Constituição de 1891 foi recepcionado o sistema de freios e contrapesos. Em 1934 a Constituição passou a apresentar alguns institutos novos e fundamentais, como o mandado de segurança, a ação popular, a ação direta interventiva, dentre outros, até que a outorgada carta de 1937, que impôs severas limitações a tais institutos, mas sem extingui-los. Retomada a democracia em 1946, a Constituição manteve o sistema republicano (instituída na de 1981) e positivou a *judicial review*, caracterizada pela regra da ubiquidade ou inafastabilidade da jurisdição. Por derradeiro, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969 alterou moderadamente⁶⁷ o texto da *cláusula aberta do controle judicial*, mas mantiveram a estrutura do Estado e do controle do poder estabelecidos pela anterior constituição⁶⁸. Destaca-se o sistema de *writs* anglo-saxônico há muito utilizado entre nós.

Como aduzido supra, a CF-88 encerra um período ditatorial do país e inicia etapa democrática em um Estado de direito constitucional – a Carta Cidadã da “Nova Democracia”, que, como se afere ao longo da explanação, contém diversos elementos da família jurídica anglo-saxônica.

Nesta seara, se não se reconhece a hibridez da tradição jurídica brasileira, poucos argumentos sobressaem à constatação ao menos de sua natureza *sui generis*, como se percebe pela explanação até aqui. Sob o mesmo viés, importa a consideração, muito tratado pela doutrina, de que na era constitucional (neoconstitucional/internacional), tem-se revelado um mundo globalizado de aproximação de culturas, que pelas averiguadas influências recíprocas e atuais dos ordenamentos de países de origem anglo-saxônica (crescimento do direito legislado) com os de origem romano-germânica (crescimento do direito pretoriano), tornando árdua a missão de negar, pelo mesmo circuito lógico da singularidade ou hibridez da tradição jurídica brasileira, uma atual aproximação entre as famílias do direito.

Esta sistêmica aproximação de culturas e influências normativas recíprocas entre as tradições, permite a conclusão de que os pontos de diferenciação entre elas, como se abordará a seguir, não se distanciam largamente. Ao revés, apresentam várias confluências, sobretudo, no que aqui nos interessa, na teoria da argumentação jurídica, que incide na prática judiciária de modo inerente tanto a *common law* como

⁶⁷ Nada mais natural. Acompanha as ditaduras o fechamento do debate judicial. (ZANETI JR., 2017, p. 71)

⁶⁸ ZANETI JR., 2017, p. 56/72.

na *civil law*, de sorte a propiciar a existência de precedentes judiciais (em diferentes extensão e grau) também em solo pátrio.

A negativa pelo simples argumento de ausência de previsão constitucional nacional parece não se sustentar, face os princípios previstos na CF-88 (especialmente o da igualdade), além da positivação, por meio de um novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), de vinculatividade de precedentes judiciais.

A atividade interpretativa, inerente a verificação casual em sistema de preponderância do precedente ou de prevalência da norma legal, conduz à construção analítica da vinculatividade dos precedentes através da teoria da argumentação, visto que “é exatamente disso [...] que se ocupa uma teoria dos precedentes, na medida em que seus objetivos são conferir racionalidade (universalidade), coerência e consistência na interpretação do direito aplicado pelos tribunais.” (ZANETI JR., 2017, p. 158).

Desta maneira, passamos a tratar dos precedentes judiciais brasileiros, no sentido de reconhecimento e cooperação com o alinhamento de sua vinculatividade entre nós, apontando a imprescindibilidade de vinculação de casos já decididos aos casos futuros análogos em sistema jurídico democrático, como no Brasil, que se baseia, constitucionalmente, no princípio da igualdade, na unicidade da jurisdição, permitindo a previsibilidade de condutas dos jurisdicionados, iguais perante a lei, ainda mais quando estabelecido formalmente (NCPC) norma pretoriana com consagração expressa de vinculação, sem que importe em ofensa à separação dos poderes.

A proposta central desta tese é de que, nos Estados Constitucionais, uma correta teoria da argumentação é adequada desde que obedeça os limites e vínculos impostos pelo modelo garantista (MG), sendo este compatível com a reconstrução judicial do direito e com a vinculatividade dos precedentes” (ZANETI JR., 2017, p. 158)

Capítulo seguinte, passaremos a cuidar da vinculatividade dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro.

CAPITULO 3 - A VINCULAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO

3.1 PRECEDENTES NO BRASIL

A *igualdade* é ingrediente imanente do Estado Democrático de Direito e, não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 a traz expresso em seu texto, instruindo a compreensão, aplicação e a construção do ordenamento jurídico nacional (nos termos do artigo 5º, *caput*, da CF-88, *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*). O tratamento desigual somente não é defeso quando imprescindível para a realização da própria igualdade, ou seja, quando condições justificantes impuserem o tratamento desigual, na medida da desigualdade. Afugenta-se as potenciais discriminações gratuitas, isto é, aquelas não fundadas em elementos ou critérios capazes de firmar um tratamento desigual de forma lógica e substancial.

À evidência, o princípio da igualdade incide sobre os particulares e Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), sublinhando-se, destarte, a *regulação estrita da atividade administrativa* pela igualdade (a administração pública deve seguir estritamente os ordenamentos legais - *igualdade na administração pública*). Ao legislador é defeso editar leis que resultem em disparidades infundadas.

Por conta do atributo fundamental associado ao direito à *igualdade perante a lei*, o princípio configura um verdadeiro vetor de conformação da atuação do parlamento⁶⁹, ao qual imposto tratamento igualitário entre os sujeitos que estejam nas mesmas circunstâncias fáticas quando da sua função precípua de geração de regras jurídicas, edificando fatores de discriminação somente para as situações que reivindicam tratamento diferenciado para o ideal equilíbrio e igualdade, à luz da substancialidade.

⁶⁹ O direito à igualdade como vetor de conformação de atuação tem destinatário direto e principal o legislativo, uma vez que é o poder público, por excelência, que tem a função de produzir regras jurídicas no nosso ordenamento. Nesse sentido, inclusive, nos induz a concluir o texto constitucional que fala de igualdade perante a 'lei' (MARINONI, 2014).

Neste primeiro momento, a igualdade perante a lei tem o caráter da generalidade, haja vista que, de forma geral, aspira conferir tratamento jurídico uniforme para uma classe de sujeitos ou ações universalizadas na regra, razão pela qual se chega a solução de que o princípio da igualdade se opera na generalidade da regra. Ora, sendo a igualdade elemento estrutural da regra, a arguição ou exigência do direito à igualdade perante a lei se mostra conduta repleta de redundância, tendo em vista esta questão de logicidade.

Igualdade perante a lei, enquanto princípio aqui analisado, importa, então, na aplicabilidade abstrata de uma regra em seus próprios termos, bastando em si na regulação das ações, independente das exigências de adequação aos fatos concretos. Nessa linha de raciocínio, a exigência de igualdade na aplicabilidade prática da lei, na resolução dos problemas jurídicos, seria totalmente supérflua, porquanto já estaria satisfeita na abstração e generalidade da regra. As regras devem ser aplicadas aos casos aos quais elas se referem abstratamente (MARINONI, 2017, p.).

Por este primeiro vértice, a igualdade canaliza a aplicação do direito pelo magistrado, prescindindo, por enquanto, das exigências de justiça na determinação e tratamento dos casos concretos – deve-se respeito à lei, de modo que a atuação judicial se justificaria por ocasião de algum tratamento desigual, sob o argumento de obediência à lei.

Ocorre que o fundamento de que a generalidade da regra atende a determinação do tratamento igualitário entre os jurisdicionados, sustentava a teoria positivista formalista do Estado liberal que obedecia ao mandamento de que a generalidade da lei era suficientemente capaz de reger, exhaustivamente, os fatos e sujeitos da mesma maneira. Este ideal de integralidade fechada do ordenamento jurídico não prosperou, como descrito no capítulo anterior.

Já quanto ao Judiciário, nosso sistema exprime claramente a submissão à igualdade no que tange ao *acesso igualitário ao judiciário e tratamento igualitário das partes no interior do processo*. A polêmica⁷⁰, e questão que nos interessa como centro

⁷⁰ É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento da presente tese, que o Judiciário de civil law não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. Jaz inocultável que esse poder deixar de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpar o Judiciário, apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais. (MARINONI, 2017).

de estudo, reside na identificação de uma terceira forma de submissão do Judiciário ao princípio da igualdade: a *igualdade das decisões judiciais*.

A teoria adotada nesta dissertação, encontra respaldo em vasta doutrina, citadas ao percorrer do presente trabalho (podendo lembrar, na oportunidade, dos ilustres processualistas Fredie Didier Jr. e Luiz Guilherme Marinoni), denotando a presença de vinculatividade dos precedentes, antes mesmo da análise da norma legal infraconstitucional (positivação dos precedentes no NCPC), por conta da própria estruturação do sistema jurídico brasileiro, que adota a unicidade da jurisdição e segurança jurídica, à luz da igualdade, com previsão expressa constitucional (incisos XXXV e XXXVI, e *caput*, respectivamente, do art. 5º da CF-88).

Nesta esteira, a igualdade, quando relativa ao Poder Judiciário ou, mais precisamente, incidida sobre o processo civil - apesar de, nos termos da doutrina tradicional, ainda manter o foco apenas nas duas primeiras⁷¹ - comportaria três dimensões no Estado constitucional: a igualdade ao processo (acesso à jurisdição, art. XXXV da CF-88); igualdade no processo⁷² (contraditório, art. LV da CF-88); e igualdade das decisões judiciais (vinculação dos precedentes).

Com a evolução sociológico-jurídica pós guerras mundiais que realçou o conteúdo dos direitos, destacadamente os humanos fundamentais, o campo se tornou fértil para o enfoque no produto judiciário, que aliado a lógica sistêmica da CF-88, num Estado Democrático constitucional, passou a perceber que as distintas soluções jurídicas dadas pelos magistrados gerava insegurança e imprevisibilidade aos jurisdicionados.

A igualdade se torna alvo de reflexão diante de um ordenamento jurídico que, testado na prática (no julgamento dos casos concretos), acaba por deferir resultados diversos e desiguais em situações iguais.

Como já tratado, uma vez analisada a questão pelo poder judiciário, a decisão do caso concreto reveste-se de normatividade. Quando o juiz exara uma sentença,

⁷¹ De fato, dentro do contexto da sociedade moderna, notadamente marcada pelo consumo em massa, há uma grande e crescente preocupação com a efetividade do acesso à justiça e com a efetiva entrega da prestação jurisdicional. (SIMÃO, 2015, p. 02) Essa é a razão pela qual o art. 489, § 1.º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica. Isso quer dizer que há dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo [...]. (MITIDIERO, 2015, p. 07)

⁷² Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial. (MARINONI)

está a identificar o direito no caso concreto. Trata-se de uma *atividade criativa*. Repousa, assim, árdua a tarefa de não reconhecer que, face a decisões conflitantes acerca de casos semelhantes, o princípio da igualdade encontra-se em plena afronta.

E não poderia ser diferente, ao passo que a decisão judicial, ao resolver o caso concreto, constitui a acepção da interpretação de uma certa norma jurídica (criação), que, obviamente, somente se seguida nos demais casos judiciais semelhantes futuros, terá o condão de dar continuidade a evolução de um direito coerente e consistente – que, alerte-se, expressa o compromisso que o Estado de Direito constitucional assumiu através da performance de seus variados poderes estatais.

Depreende-se, nesta esteira, que a igualdade nos órgãos jurisdicionais, responsáveis pela densificação e materialização do significado do texto legal no caso concreto, deve também respeito às decisões judiciais. O jurisdicionado que apresenta seu caso ao Judiciário aguarda, basilarmente, que este não seja tratado heterogênea, não diferenciando-o dos seus pares sem justificativa de equilíbrio (tratamento desigual aos desiguais na medida das suas desigualdades); ânsia legítima de igualdade.

Não bastando a metodologia da subsunção para a interpretação e aplicação de uma regra no caso concreto, porque se limita a solucionar casos rotineiros ou simples, em relação aos casos de maior grau de complexidade ou difíceis para o exame dos fatos e circunstâncias destes casos a utilização de interpretação singular ao caso será necessária. Para tanto, haverá de ser conformada as regras, estas compreendidas no presente contexto, na era constitucionalista, como princípios, valores e direitos fundamentais⁷³.

Neste sentido, aclimatada a imprescindibilidade de interpretação das regras pelos juízes e tribunais em sua função de identificação e definição da norma jurídica na resolução dos casos concretos, insta aprofundar a transição conceitual e lógico-filosófica da necessidade de interpretação para o julgamento dos casos concretos.

Se o positivismo permitiu a confusão entre *texto* e *norma*, sem preocupação com a validade da lei, mas tão apenas sua vigência, a máxima que se extrai da

⁷³ Na verdade, é a tensão entre o caso concreto e a regra, que introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito, ou melhor, restaura essa relação essencial, depois do fracasso da pretensão do positivismo jurídico de eliminar todo e qualquer vestígio dessa relação, em nome do valor absoluto de uma vontade legislativa homogênea (MARINONI, 2017, p.).

modificação para o Estado constitucional mostra-se reveladora: texto e norma são coisas distintas⁷⁴.

A norma é o resultado da interpretação. Portanto, o juiz, ao julgar um caso concreto, exerce uma atividade criativa – cria o direito, através da identificação da norma aplicável à situação em análise⁷⁵.

Todo modo de narrativa exige interpretação⁷⁶; é inerente à própria forma da linguagem escrita, devido a sua porosidade – a mais simples das assertivas e dos conceitos podem ser interpretados de diversas formas, a depender de diversos fatores, como percepção particular, influência do meio e do estado emotivo, histórico de aprendizagem e etc. Bem por isso que a redação do legislador é insuficiente para orientar o comportamento humano. Todo texto é poroso e exige interpretação.

A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos (MITIDIERO, 2015, p. 2).

Desta feita, a norma não estará completa e apta a servir, *per si*, de modo efetivo à resolução do caso concreto apenas por ocasião do discurso legislativo, do texto escrito produto do parlamento. A norma se completa após a interpretação da narrativa legal na atuação da atividade judicial⁷⁷.

⁷⁴ Não se pode olvidar que a evolução na teoria da interpretação jurídica ensina que texto e norma não se confundem e que a interpretação é elemento central na teoria do direito atual, cabendo, assim, ao intérprete interpretar os textos normativos para densificar princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. (PEREIRA, 2016, p. 11/12)

⁷⁵ Com efeito, há a consolidação de um duplo discurso nas decisões judiciais: o discurso do caso concreto, voltado para as partes na resolução do caso concreto (dispositivo), e o discurso do precedente, voltado para a unidade da ordem jurídica (fundamentação). Nesta esteira, é inevitável a conclusão de que a decisão judicial constitui fonte de duas normas jurídicas: enquanto na parte dispositiva da decisão se encontra a norma jurídica individual responsável pela definição do caso concreto, a norma jurídica contida na fundamentação é composta pelo precedente judicial. (PEREIRA, 2016, p. 12).

⁷⁶ “Enquanto os postulados das ciências exatas se preordenam a serem pragmaticamente aplicados (v.g., “na natureza, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”), já as normas de conduta, especialmente as jurídicas, sempre se sujeitam ao processo interpretativo” (MANCUSO, 2016, p. 37).

⁷⁷ A percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para

A norma, assim, para ser completada necessita de *interpretação* do texto legislativo. Então, a interpretação é inerente à complementação da norma - tanto na *civil law* como na *common law*; a questão se relaciona à linguagem antes de tudo.

Nisso importa em que as decisões judiciais completam a norma ao estabelecer a norma do caso concreto, o que conduz à proeminência da decisão judicial no campo normativo, levando a importância da existência de precedentes em ambas as famílias do direito. Tanto em uma quanto em outra, seja a fonte normativa essencial a lei ou os precedentes, quando diante de um caso concreto o texto legislativo ou o *binding case* deverão ser interpretados⁷⁸.

Veja-se, lei e precedente são normas. Cuida-se da norma-lei e da norma-precedente. Portanto, na aplicação do precedente, assim como da lei, haverá interpretação.

O cuidado em explanarmos acerca da interpretação, que embasa uma teoria da argumentação, está conectada à técnica condutora do reconhecimento do direito pretoriano na *civil law*, mormente no ordenamento brasileiro. Os precedentes não são exclusividade da *common law*. A “teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é a atividade principal dos juízes e tribunais” (ZANETI JR., 2017, p. 316/317), independentemente da origem jurídica (se anglo-saxônica ou romano-germânica).

A jurisdição é una e deve permanecer concisa e coerente, no sentido de um cumprimento igualitário de sua função precípua, qual seja a resolução dos casos concretos, identificando a norma ali aplicável.

Ante as explicações até o momento, infere que do próprio princípio a obrigação de cumprimento do ideal de igualdade, como direito fundamental que incide sobre os órgãos jurisdicionais, carreando o atual papel destes aplicadores do direito, mesmo quando atuando como resolutor dos problemas jurídicos, consistente na reintegração da unificação e coerência do direito, através, portanto, da justificação das decisões judiciais.

promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos. (MARINONI, 2017).

⁷⁸ [...] também os precedentes precisam ser interpretados (ZANETI JR., 2017, p. 323).

Neste compasso, o devido aproveitamento dos métodos de interpretação, dentro de uma teoria argumentativa voltada ao constitucionalismo, mostra-se inerente ao atingimento da igualdade formal e substancial.

A questão interpretativa transmutada do legalismo ao constitucionalismo, que permite, paralelamente, esmiuçar que, uma vez inerente a interpretação para completude da norma, seja esta norma-lei ou norma-precedente, não se negar a existência dos precedentes ordenamentos jurídicos de ambas as origens, romano-germânica e anglo-saxônica.

Quando tratávamos, alhures (que agora ligamos ao princípio da igualdade, que autoriza a existência de vinculatidade dos precedentes nacionais), do desenvolvimento histórico da tradição jurídica brasileira, evidenciamos que a lógica dedutiva do positivismo apenas se justifica na resolução de casos mais simples, onde os conceitos jurídicos casuísticos contêm uma lógica interna e abstrata de resolução dos problemas jurídicos através da decisão judicial.

Isso porque a convencional metodologia de subsunção das regras (premissa maior) aos fatos (premissa menor), com vistas à conclusão (síntese), como se deu no ápice do positivismo (reducionismo aos códigos), não atende a qualquer interpretação das regras. É que, em verdade, “a atividade de interpretação das regras jurídicas se confundia com sua própria aplicação, ou seja, texto e norma eram considerados como sinônimos de uma mesma categoria” (MARINONI, 2017, p.).

Não bastasse o método subsuntivo ser insuficiente ao atendimento da efetiva resolução dos problemas jurídicos trazidos ao conhecimento do Judiciário ainda em tempos legalistas⁷⁹, ante a intuitiva percepção de incompletude frente às questões mais complexas apresentadas, a partir do pós-positivismo a situação se tornou incompatível com a própria realidade, de modo a evoluir a novos métodos de interpretação do texto legal, a fim de completar a norma.

Cabe repetir, a famigerada correspondência da legalidade com a igualdade, uma vez possível no Estado positivista, não encontra sustentação no Estado constitucionalista do pós-guerra. Na conformação do nosso Estado de Direito, neste

⁷⁹ As decisões judiciais, neste espaço temporal, não representavam nenhuma intervenção no mundo jurídico, uma vez que apenas declaravam o texto legal, e, portanto, afirmam a igualdade perante a lei. A racionalidade jurídica do sistema se apresentava amarrada fortemente às regras e códigos, uma vez que estes eram suficientes para promover aos cidadãos e funcionários públicos o acesso igualitário às regras, à segurança jurídica e à confiança de uma adequada proteção judicial ou administrativa (MARINONI, 2017, p.).

ambiente constitucional, acompanha a CF-88 a jurisdicalização dos princípios, direitos humanos e valores jurídicos, que impõe ao legislador o dever de conformação legislativa consoante as normas da constituição.

Conclui-se, deste modo, que as “decisões judiciais não se justificam mais com a mera dedução, esta é vista como a primeira etapa interpretativa, que, para além, exige justificação de juízos de valor, demandando argumentação de ponderação” (MARINONI, 2017)⁸⁰.

Não só, agrega-se a este fator a convivência, agora entre nós, com as cláusulas abertas e dos conceitos jurídicos indeterminados, repelindo por completa a ideia racional ultrapassada da completude dos textos normativos. O momento constitucional demanda a completude do ordenamento jurídico por meio da jurisdição, isto é, na prática do direito, indispensável a atividade interpretativa da narrativa legal.

Disso se extrai que a atividade jurisdicional no Estado constitucional procura a regra aplicável ao caso concreto (atividade criativa), conclusão que ocorre após análise dos fatos, das necessidades e peculiaridades do direito material que o informam, a partir da qual, constituída de normatividade, poderá tornar precedente a servir casos análogos futuros.

Portanto, o direito à igualdade perante a lei não se esgota no processo legislativo e seu produto final (textos legais), orbita ainda em um primeiro plano. Ao avançar para o Judiciário, quando provocado a analisar algum fato concreto perante a lei, incidirá o princípio sobre os prismas da *igualdade ao processo, igualdade no processo e igualdade das decisões judiciais*.

Conforme antecipado, ordinária a apresentação doutrinária do reconhecimento da igualdade ao processo⁸¹ e da igualdade no processo, que se expressam no acesso à justiça e direito ao contraditório no processo⁸², de forma respectiva.

⁸⁰ A lei que antes era inquestionável e absoluta em sua validade, agora passa a ser contestável na resolução dos problemas jurídicos, revelando o caráter argumentativo do direito, que não se contenta mais com uma aplicação mecânica da lei.

⁸¹ Também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados (MARINONI, 2014).

⁸² [...] o contraditório, especialmente no que tange à *vedação da não surpresa*, prevista no art. 10 [...]. (ZANETI JR., 2017, p. 370)

Contudo, o princípio da igualmente apenas será cabalmente atendido, no que toca ao processo civil, se também se verificar a *igualdade das decisões judiciais*.

Para devida a compreensão da vinculatividade dos precedentes judiciais, partimos do princípio da igualdade estampado na CF-88, que agora, afunilado ao processo em sua terceira dimensão (igualdade das decisões judiciais), já alinhadas as questões técnicas transitórias, referente a passagem do positivismo ao constitucionalismo, tem-se que os critérios tradicionais hermenêuticos são o hierárquico, o temporal, e o especial, enquanto os constitucionais: a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, a interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e a efetividade. (v. *capítulo 2*). Sobrevivem os dois no ordenamento brasileiro; os segundos foram criados devido a necessidade imposta pelo Estado de direito constitucional.

E o que até aqui chama a atenção é que se trabalha com o estudo hermenêutico, no que tange entre nós (tradição brasileira), sob a ótica legal, consubstanciando-se, assim, os critérios em tradicionais e constitucionais, tendo em vista o estado atual do direito. Mas detectada a necessidade de interpretação da norma-lei ou da norma-precedente, de se frisar que a igualdade (material e substancial) opera em ambas as tradições jurídicas.

À despeito das diferenças entre a tradição romano-germânica e a anglo-saxônica, a igualdade na tradição brasileira estará por completo homenageada somente a partir do atendimento da igualdade das decisões judiciais.

A vinculatividade dos precedentes no Brasil, desta maneira, se encontra alicerçado constitucionalmente pelo princípio da igualdade.

Apesar dos entendimentos acerca da hibridez do sistema jurídico brasileiro, já grande parte dos estudiosos se renderam ao reconhecimento de que a pós-modernidade ao menos afastou a distância entre as famílias do direito, outro viés que nos permite conceber a constitucionalidade da vinculatividade dos precedentes no Brasil.

Inúmeros fatores indicam referida aproximação ou diminuição do distanciamento entre as culturas em análise⁸³.

⁸³ “Existe uma recíproca aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da

Os ordenamentos jurídicos, em ambas as tradições, evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já *não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidade paradigmáticas* entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade, cresco o movimento de harmonização entre *common law* e *civil law* (tradição romano-germânica) (ZANETI JR., 2017, p. 111).

Exemplo no ordenamento brasileiro, podemos lembrar da presença do controle difuso de constitucionalidade, o emprego crescente de textos redigidos com suporte em técnica legislativa aberta e, acima de tudo, uma nova assimilação acerca do significado da interpretação jurídica, que certamente contribuem consideravelmente para o entendimento dessa confluência. A contar do instante em que se depreendeu que o texto não se confunde com a norma, posto a norma não ser o objeto, mas o resultado da interpretação, arrematou-se que a interpretação do direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça seria tomada como algo brindado com normatividade ou, ao revés, o princípio da igualdade se perderia em incoporalidade, isto é, desencadearia em tamanha abstração que retrataria um menosprezo à grande maioria dos casos concretos semelhantes, dia-a-dia decididos de forma distinta.

Note-se que a real diferença entre as culturas romano-germânica e anglo-saxônica desponta na metodologia da interpretação e, portanto, na completude da norma, quando do julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário. Ao identificar a aplicação de um método ou outro, tendo em vista a preponderância da lei escrita ou do precedente judicial, conseguimos perceber efetivas distinções auxiliaadoras de uma constatação da vinculatividade dos precedentes na tradição brasileira atual.

Se na *common law* prepondera o método indutivo, na outra família ressaí o dedutivo. A preponderância metodológica encontra traços de distinção, o que não se tem realçado na técnica de interpretação e aplicação, que se apresentam semelhantes. Será na aplicação da norma por analogia ou por dedução que a diferença se realçará.

À sutíliza, conclui-se que o *stare decisis* e uma teoria dos precedentes têm a possibilidade de existir não apenas nos países de tradição romano-germânica, como também nos de origem romano-germânica, ou ao menos servir de influência

liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente. (MARINONI, 2017, p.)

dogmático-conceitual a este último, desde que atendidos os requisitos de possibilitem a sua existência.

Desta maneira, em qualquer dos sistemas, preenchidos os requisitos permissivos dos precedentes vinculantes, estes subsistirão. E, como vimos, um modelo de *stare decisis* é que traduz a propriedade vinculatória, na medida em que dispensa sustentação em sua máxima essencial, propiciando a segurança de imutabilidade daquilo que já decidiu, ou seja, da decisão que, exarada, constitui norma do caso concreto, aplicável a casos iguais futuros.

“Ora, a constituição, em um Estado Democrático Constitucional, *representa* a unidade normativa do ordenamento jurídico, do qual são núcleo irradiante os direitos fundamentais” (ZANETI JR., 2017, p. 324). Daí que a decisão que examina as circunstâncias fáticas do caso concreto frente ao núcleo do direito alegado, deve ser considerada quando de um julgamento posterior acerca dos mesmos fatos.

Se o principiologismo igualitário emana da constituição, a efetivação da igualdade das decisões judiciais, conforme regulamentação infraconstitucional (NCPC) é salutar no Estado Constitucional Democrático brasileiro.

Até porque, subsistem entre nós os fatores⁸⁴ permissivos de um modelo de *stare decisis*, como supra asseverado, que é a organização hierarquizada de juízes e tribunais, sob a existência de sistema que divulgue e publique, oficialmente, as decisões para aplicabilidade futuro. No Brasil, temos o princípio da publicidade dos atos processuais, elevado à casta de direito fundamental em nossa Constituição Federal de 1988, art. 5º, LX⁸⁵, cc. art. 93, IX⁸⁶. Ainda, denota-se detalhadamente a organização hierarquizada judiciária brasileira (art. 2º e arts. 95 a 126), evidenciando nosso sistema institucionalizado.

⁸⁴ A presença de um modelo de *stare decisis* exige dois fatores: a) sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada; b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros. (ZANETI JR., 2017, P. 336/337).

⁸⁵ Que que celebra que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.*

⁸⁶ Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].*

Tanto nos EUA como no Brasil, países com ordenamentos constitucionais contemporâneos, Estados Democráticos Constitucionais da pós-modernidade, tais são compostos em uma feição dúplice, são *nomostáticos* e *nomodinâmicos*.

Ao passo que as constituições contemporâneas, na era constitucional (internacional), prestigia sobremaneira os direitos fundamentais, estabelecendo núcleos estáveis, lançando mão de formas de controle substancial do conteúdo dos direitos, por meio dos princípios do direito natural previstos constitucionalmente (nomostáticos), também submerge certa discricionariedade, sob o enfoque formal e “do reconhecimento da autonomia legislativa dentro das margens de liberdade de conformação material deixadas pelo ordenamento constitucional substancial” (ZANETI JR., 2017, 324).

O ordenamento jurídico pátrio não parece diferir, com efeito, da mesma força constitucional norte-americana por exemplo, ficando evidente não só a aproximação destas culturas, como a constatação de que a vinculatividade dos precedentes aqui existe – recordando-se a não confusão entre *stare decisis*, precedentes e *common law*, pois coisas distintas, sendo, então, possível os dois primeiros orbitando nos sistemas de países *civil law*⁸⁷.

Tratando-se de princípios ou regras⁸⁸, uma vez que estampadas na constituição constituem ordenamento de eficácia imediata, como vimos alhures (o período constitucional exige a aplicação de pronto daquilo que estabelecido como direitos fundamentais), e para que se depreenda resguardado o núcleo fundamental destas normas o judiciário, em sua atuação, se afastaria do mandamental constitucional da igualdade ao proferir decisões (que são normas do caso concreto) distintas acerca dos direitos fundamentais, regedores de todo o sistema jurídico. Importaria dizer, neste cenário, a possibilidade de se atribuir um direito fundamental a um jurisdicionado e negar a outro, estando ambos diante da mesmíssima situação fática – o direito, neste caso, não seria igual para todos⁸⁹.

⁸⁷ Conforme a filiação de um país à família *common law* ou do *civil law*, diversa se apresenta a etiologia do Direito: no primeiro, sobressai o precedente, radicado na *equity (treating like cases alike)*, ao passo que no segundo bloco a norma legal é paradigma fundamental para aferição de condutas comissivas e omissivas [...]. (MANCUSO, 2016, p. 51)

⁸⁸ Princípios e regras são normas – ambos exprimem o dever ser -, ambos são formulados com as expressões deônticas básicas: *mandado*, *permissão* e *proibição*. Nas regras e nos princípios identificam-se razões para juízos concretos de dever ser, muito embora de espécie diferente. Enquanto os princípios exprimem razões *prima facie*, as regras exprimem razões determinativas. (ZANETI JR., 2017, p. 298).

⁸⁹ Uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso,

A permissão para a existência de precedentes vinculantes em nosso ordenamento jurídico é resultado do próprio sistema, que busca racionalidade. Os direitos fundamentais, entre eles a igualdade, exprimem a universalidade do direito⁹⁰. Se o judiciário deve complementar a norma e estabelecer o direito – já que inerente a interpretação em qualquer sistema jurídico que trabalhe com a escrita, o que leva à consagração da atividade criativa do magistrado - para que os jurisdicionados tenham previsibilidade de sua conduta, nos parece que somente a racionalidade das decisões judiciais, tratando igualmente casos iguais, tem o condão de satisfação da universalidade⁹¹.

Portanto, um modelo de precedentes é racional porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na qual prepondera a função das cortes de vértice, das Cortes Supremas. (ZANETI JR., 359).

A doutrina passou, assim, a salientar a função nomofilática dos precedentes, que consiste na função de garantir a plena obediência e a homogênea interpretação da lei.

A nomofilaquia dos precedentes, assim, reza que as decisões devem ser uniformes, caracterizando o direito igual aos jurisdicionados, em homenagem à *isonomia*, com olhos à fortificação da unicidade jurisdicional. O sistema deve ser conciso e coerente a todos os jurisdicionados. A aplicação da lei deve ser uniforme, o que conduz à necessidade uniformização das decisões judiciais⁹².

Interessa neste ponto o realce a questão que muito se levanta, sobre se a admissão da vinculatividade dos precedentes ofenderia o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF-88).

e com sólidas razões, um grau elevado de força do autprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes. (TARUFFO, 2011, p. 149)

⁹⁰ O precedente fornece uma regra “universalizável” que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, em razão da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. (SCHELEDER, 2015, p. 11).

⁹¹ Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra de universalização, ou seja, no controle de decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. (ZANETI JR., 359)

⁹² Servindo a: aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente. (CALAMANDREI, 1945, p. 104).

Preferimos aqui seguir as orientações dos juristas que compreende a ausência de violação ao pacto federativo⁹³, tendo em vista estarmos no campo da interpretação jurídica, atividade atribuída de forma primordial ao poder judiciário.

A suscitada ausência de previsão constitucional para a vinculação dos precedentes⁹⁴ não nos parece a mais acertada. Em primeiro, foco evolutivo deste trabalho, a vinculatividade dos precedentes é expressão do próprio sistema brasileiro, que prevê constitucionalmente o princípio da igualdade. Não só, a atividade interpretativa que cria norma a ser aplicada em casos futuros é função típica do Poder Judiciário.

É preciso perceber: precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas. Permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação de poderes e ao princípio da legalidade. O CPC/2015 expressamente vinculou juízes e tribunais a partir dos fundamentos determinantes (circunstancias fáticas e solução jurídica) e exigiu que os próprios enunciados de súmulas fizessem referência às circunstâncias fáticas (arts. 489, § 1º, V, e 926, § 2º do CPC). (ZANETI JR., 2017, p. 400).

Na investigação do processo hermenêutico e argumentativo do juiz acabamos por nos deparar com sua função precípua e a impossibilidade de deixar de reconhecê-la como uma atividade criativa. O produto judiciário é uma norma, mas a norma do caso concreto, que não se confunde com a norma-lei, abstrata, produzida pelo parlamento (enquanto aqui importa a ordem escrita mandamental, lá a tese e o raciocínio argumentativo se destacam; um repleto de abstração, o outro de concretude).

Conceber que a atividade criativa judicial, por construir norma do caso concreto, estaria invadindo a função precípua parlamentar, constitui ausência de reflexão profunda acerca das função, já que, como se pode notar pelo desenvolvimento da presente dissertação, na pós-modernidade, tamanha a ruptura

⁹³ O *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação como passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura. (MARINONI, 2013, p. 16).

⁹⁴ A premissa se assenta na afirmação de que a Constituição de modo expresso apenas permitiu a vinculatividade das decisões de controle de constitucionalidade concentrado e aos enunciados de súmula vinculante do STF, logo, se não há permissão constitucional há ofensa aos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Acrescentam alguns, o juiz estaria agindo como legislador, exarando normas gerais e abstratas, sem a observância do permissivo constitucional, somente através da previsão expressa na Constituição de 1988 seria possível ao juiz legislar. (ZANETI JR., 2017, p. 400)

paradigmática, as dicotomias tradicionais radicais não permanecem por ausência de suporte realístico técnico e lógico.

Significa aduzir que, “fosse possível falar de ofensa à legalidade e à separação dos poderes, cláusulas pétreas, portanto, impeditivas de reforma constitucional, também estas seriam inconstitucionais” (ZANETI JR., 2017, p. 400).

Mai especificamente quanto a ofensa ao princípio da legalidade⁹⁵, fundamentada a constitucionalidade da positivação dos precedentes pelo NCPD, por conta do princípio constitucional da igualdade, como delineado ao longo deste trabalho.

Em verdade, o que se tem é uma homenagem ao pacto federativo quando se compreende a vinculatividade dos precedentes, que unifica o sistema a fim de ampliar a segurança jurídica e previsibilidade.

Esta questão se torna mais evidente ao nos depararmos com o novo papel da Cortes Supremas, assim ventilado pela doutrina especializada para apresentar como a virada paradigmática do positivismo ao constitucionalismo acabou por reconstruir o conceito de jurisdição e a verdadeira função que se espera desempenhem as cortes de vértice, no sentido de maior efetividade dos direitos fundamentais.

“Devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle” (ZANETI JR., 2017, p. 316) que se preocupam com a uniformização do direito, na busca pela eterna aplicação exata e “correta” da legislação.

Tem-se, hodiernamente, a percepção de que às cortes de justiça incumbe não apenas a revisão da matéria julgada em grau hierarquicamente inferior ou julgar as ações ordinárias dos tribunais ou os *writs*, isto é, não se verifica somente o papel de decisor, resolvendo o caso concreto que lhes são submetidos diretamente ou em razão de recurso. Mormente as cortes superiores, se a lógica do sistema é a universalização, que necessita da uniformidade de julgados, emerge a imprescindível função das Cortes Supremas de unificar o direito, por meio do estabelecimento de normas gerais e concretas derivadas da atividade criativa. Em outras palavras, têm as cortes que se encontram na parte superior da hierarquia de servir a um sistema de

⁹⁵ Desta forma, desde logo, é preciso reconhecer que uma teoria dos precedentes não precisa ser contraditória ao positivismo jurídico. (ZANETI JR., 2017, p. 248)

precedentes, com o fim de uniformização, segurança jurídica, que possibilita a previsibilidade das ações dos destinatários da lei, quais sejam os jurisdicionados⁹⁶.

As decisões das Cortes Supremas servem não apenas ao sistema judiciário, mas a toda sociedade, que espera deste Poder a completude da norma, indicando a conduta lícita a ser seguida por todos.

No Brasil não é diferente. O papel do Supremo Tribunal Federal, acerca das questões constitucionais (art. 101 e seguintes, CF-88), e do Superior Tribunal de Justiça, quanto as questões da legislação federal (art. 104 e seguintes, CF-88), foi se transmudando ao longo do tempo, juntamente a evolução da Sociedade, Estado e direito, sobrevivendo na pós-modernidade, na era constitucional, como instituições de destaque, pela imensidão de ações submetidas ao julgamento de casos concretos, como para decidir acerca das questões que virão a tornar precedentes, orientando os três poderes e os jurisdicionados. Esta busca por coesão fortalece o ordenamento jurídico.

Com o duplo discurso da decisão judicial, é preciso superar a barreira de que o Supremo não pode exercer concomitantemente uma função reativa de tutela da legalidade (prolação de decisão justa para o caso concreto) e uma função proativa de promoção da legalidade (formação de precedente para a unidade do Direito). (PEREIRA, 2016, p. 15).

Logo se nota avultar em importância para a teoria dos precedentes a compreensão do novo papel das Cortes Supremas⁹⁷, em um Estado Democrático de Direito Constitucional. “Nesta esteira, o efeito vinculante dos precedentes judiciais formados pelas Cortes Supremas é imperativo da racionalidade, buscando efetivar os princípios constitucionais da igualdade, coerência e segurança jurídica” (PEREIRA, 2016, p. 15).

Atente-se, contudo, para esclarecimento do mote, que não é qualquer decisão que vira precedente, mesmo as exaradas pelas Cortes Supremas. Isso porque, necessária mínima potencialidade de um fato discutido no processo judicial, bem como a relevância social, prática e jurídica da norma-lei base de sustentação do direito

⁹⁶ É dizer, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o direito pretoriano, especialmente os Tribunais superiores, não se limita a projetar efeitos endoprocessuais, mas também se irradia em dimensão extraprocessual, na medida que acaba por fornecer parâmetros que influenciam, em maior ou menor medida, atos e condutas ao interno da coletividade. (MANCUSO, 2016, p. 247)

⁹⁷ Devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle, preocupadas com a ‘uniformização do direito’, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do ‘ceticismo moderado’ no campo da interpretação jurídica. Isso ocorre porque, conforme as contemporâneas teorias da interpretação [...] todo texto depende de interpretação, sendo consequente que texto e norma não se confundam, pois a norma é o resultado da interpretação. (ZANETI JR., 2017, p. 316)

alegado. Casos rotineiros de simples solução, resolvíveis pelo método dedutivo e subsuntivo tradicionais, que não exijam ampla discussão interpretativa, pelo seu natural fechamento simples e que pouco repercutem socialmente, muitas vezes não chegam a necessitar de uma mais ampla cognição de completude da norma nem mesmo se espelham em casos semelhantes futuros.

Nem mesmo a quantidade de casos similares podem puxar a imprescindibilidade da formação de precedentes. Destarte, a relevância da matéria em poucos casos trazidos ao judiciário pode ser suficiente a chamar atenção da Corte Suprema à necessidade de discussão, identificação e estabelecimento das teses para julgamento. Tome-se como exemplo suposto caso concreto de pedido de alteração de sexo, que devido a sua relevância social e jurídica impõe decisão atenta, também, a formação de precedente, a reger casos futuros idênticos. Melhor esclarece abalizada doutrina:

Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente: a) não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso, e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual (ZANETI JR., 2017, p. 333).

Somente será precedente, desta forma, a decisão que brotar efeitos jurídicos normativos para porvindouro caso semelhante, mas não aquela que apenas empregar um caso antecedente (precedente) que já existe, ou a decisão a qual não se denota conteúdo de enunciação de um princípio universalizável ou uma regra jurídica.

Assim, somente se poderá chamar de precedente judicial, a decisão capaz de se servir como paradigma para a orientação dos demais julgadores e dos cidadãos em geral, face a sua autoridade e consistência. Por transcender do caso concreto, servindo de guia para as decisões sucessivas, deverá versar sobre uma questão de direito e enfrentar os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica afirmada (FOGAÇA, 2015, p. 05).

Há decisões, portanto, que decorrem diretamente da lei, em nada se envolvendo o precedente⁹⁸. De qualquer modo, atualmente tem se reconhecido o

⁹⁸ Não é correto dizer, todavia, que toda decisão judicial constituirá um precedente. Na hipótese de uma decisão pretérita não possuir as características próprias de um precedente, por: não possuir relevância transcendente ao caso concreto, não tratar sobre questão de direito, limitar-se a fazer referência à

papel primordial das Cortes Supremas na formação de precedentes, com olhos à segurança jurídica e coerência sistêmica que permita, igual substancialmente, os jurisdicionados prever suas omissões e omissões.

Com vistas a parte derradeira deste item, ressaltamos que os “precedentes judiciais são prestigiados, em maior ou menor intensidade, na experiência dos vários países, independentemente de sua filiação a uma ou outra daquelas famílias”, fato que faz arrematar, sob esse prisma, que o dado jurisprudencial, isoladamente, não basta como elemento definidor, necessário e suficiente (MANCUSO, 2016, p. 51).

Não é o precedente o elemento diferenciador das famílias jurídicas, à despeito de sua aproximação, na medida em que o precedente existe em ambos, da mesma forma que os textos legais. Assim, a preponderância de um ou de outro é o primeiro traço identificador distintivo da *civil law* com a *common law*.

A diferença sistêmica está no privilégio a norma-precedente frente a norma-lei, como fonte primária dos direitos e obrigações. A prevalência de um ou de outro, aliado à sua origem cultural (romano-germânica ou anglo-saxônica) determina a distinção, mas não condensa o precedente somente em uma família, como exaustivamente explanado.

Percebe-se maior diferença quando no campo da aplicabilidade do direito ao caso concreto, na medida em que, na cultura anglo-saxônica prepondera o método indutivo, na romano-germânica prevalece o dedutivo.

De qualquer forma, o que nos importa, é que ao se falar em preponderância, anula-se a exclusividade, de modo que a compreensão do nível de vinculação da lei ou do precedente em uma ou em outra tradição é o ponto de que serve de análise à diferenciação, bem como ao próprio estudo de cada fonte em seus respectivos ordenamentos.

O que não nos parece mais possível é negar a vinculatividade de estatutos legais nos países *common law*, em especial, como constatado aqui, a Inglaterra e EUA, assim como a vinculatividade das decisões judiciais nos países *civil law*, particularmente no Brasil, devido ao foco do presente trabalho.

Olvidamos durante muito tempo da *igualdade das decisões judiciais*, resistindo conceber sua essência sob obsoleto raciocínio dicotômico de “famílias” do direito. Tradicionalmente, os sistemas jurídicos de origem anglo-saxônica, são

norma legal ou a invocar um precedente, estar-se-á diante de uma mera decisão judicial, não de um precedente. (FOGAÇA, 2015, p. 05)

incompatíveis com os de origem romano-germânica. Todavia, positivado um sistema de precedentes pelo novo Código de Processo Civil, aquela premissa se esvazia e a análise do direito interno deve se calcar na compreensão da existência de vinculatividade dos precedentes em território nacional, à luz do princípio constitucional da igualdade.

Não se trata de incorporar plenamente o *stare decisis* e de forma exata a técnica de aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico nacional. Até porque, somente o fato da preponderância codicista no Brasil, que difere da prevalência pretoriana nos EUA e Inglaterra, por si só, já exige uma adaptação, for o caso de suposta adoção integral. Entretanto, não é o vértice que pretendemos investigar, mas a inexorabilidade de que a vinculação das decisões judiciais em solo pátrio não só é determinação lógica do nosso sistema jurídico, como hoje encontra positivado e fundamentado constitucionalmente pelo princípio da igualdade.

Diversas técnicas processuais são possíveis de serem encontradas no Código de Processo Civil de 2015, justamente porque estatuto que assimila esta nova concepção, e busca auxiliar, através da disponibilização de instrumentos processuais, o atingimento da igualdade das decisões judiciais, uma das faces do princípio constitucional da igualdade sob o enfoque do judiciário.

A igualdade das decisões judiciais encontra hoje instrumentos expressos na lei no sentido de seu alcance, o que reforça a segurança jurídica e fortalece o sistema, a exemplo dos sistemas de julgamento de causas repetitivas e de formação de precedentes, dos incidentes de assunção de competência (art. 947) e de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes).

No próximo tópico, passamos a tratar da regulação e principiologia do NCPC, que concretiza legalmente a vinculatividade dos precedentes no Brasil.

3.2 PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Passaremos agora ao estudo dos precedentes no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), posto que diploma que inaugura em nosso ordenamento a positivação infraconstitucional do instituto.

Até aqui discorreremos brevemente sobre o histórico da família *common law*, especialmente Inglaterra e EUA, bem como o da tradição brasileira. Delineamos acerca da ruptura da distância entre as diferentes culturas jurídicas, visto que a história de ambas evidencia um amadurecimento que acompanha o desenvolvimento da própria sociedade e do Estado, permitindo-se notar diversas intersecções entre estes dois sistemas, mormente após o século XIX, com uma brusca ascensão a partir da globalização, na pós-modernidade.

A influência no ordenamento jurídico doméstico destas famílias vem sendo abordada durante este trabalho (podendo ser lembrado, que entre nós, o sistema de pesos e contra freios e os *writs* são adotados desde as constituições brasileiras passadas), e não se restringe ao Brasil ou aos países de *civil law* (a exemplo do já abordado crescimento da legislação escrita na Inglaterra e Estados Unidos da América, v. *capítulo 1*). E o período atual da sociedade, Estado e direito, de preponderância dos direitos humanos fundamentais vem propiciando o diálogo internacional, com adaptação dos países em seus ordenamentos internos de normas internacionais, baseadas nestes direitos essenciais em comum.

Desta maneira, foi possível explanar nos seguintes tópicos a existência de precedentes judiciais tanto em países de prevalência fundamental do precedente, como ocorre nos países de *common law*, como nos que privilegiam a lei escrita, que é o caso dos países de *civil law* e híbridos de origem romano-germânica, porquanto expressar-se um Estado Democrático de direito na era constitucional sobretudo na igualdade, que se estende às decisões judiciais, sem contar a existência de fatores que permitem um modelo vinculativo de precedentes (institucionalização, organização hierarquizada de juízes e tribunais, e publicidade e divulgação, com autoridade, para que seja possível a verificação do caso antecedente com o caso futuro), não obstante os fundamentos de unicidade da jurisdição, segurança jurídica e previsibilidade.

Determinamos o ambiente de criação da Constituição Federal de 1988, em um período de encerramento do último período ditatorial nacional, que vigente em

tempos hodiernos permitiu a introdução de um novo Código de Processo Civil a reger a vinculação aos precedentes judiciais, o qual passamos a abordar, no intuito de verificação do tratamento da matéria no texto legal e colaboração com a identificação teórico-metodológica da vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiros.

Não sem antes, todavia, explorar algumas questões conceituais importantes - sem muito se aprofundar a fim de manutenção dos limites da presente dissertação - para o desenvolvimento desta etapa final do trabalho.

Jurisprudência é termo comum entre nós. Contudo, amplamente utilizado, acaba por promulgar sentidos que, se tecnicamente não se apresentam de toda acepção equivocada⁹⁹, no âmbito do estudo dos precedentes judiciais melhor delimitação tem muito a colaborar e esclarecer.

Para que façamos, assim, uma demarcação estrutural para os fins deste ensaio, determinando o que pode ser entendido por jurisprudência, precedentes e outros termos, procedemos a uma breve lembrança de como o direito pretoriano passou a ganhar maior destaque e aplicabilidade prática em nosso cotidiano jurídico.

Se partirmos de uma análise superficial, o surgimento dos precedentes judiciais nacionais seria detectado a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004, principiando no ordenamento jurídico pátrio a *súmula vinculante*, de exclusivamente do Supremo Tribunal Federal. Este pode ser considerado um marco, face a grandeza da alteração e da forma que a positivação de enunciados vinculantes, ainda mais considerando que vinculantes para além do Poder judiciário, alteraram a dinâmica judiciária e institucional de todos os Poderes.

Entretanto, o direito pretoriano já se encontra no Brasil há muito tempo. Nada que se compare aos tempos atuais e a previsão expressa em código, com estruturação principiológica e metodológica, ressaltando, aliás, a sua vinculatividade.

A jurisprudência, pelo menos a persuasiva, já se encontra desde a primeira constituição brasileira em nosso sistema. Em verdade, o estudo aprofundado remete à própria origem romana de nossa tradição, que sempre utilizou dos julgamentos

⁹⁹ [...] a jurisprudência pressupõe, portanto, uma pluralidade de decisões proferidas em diversos casos concretos, nota que a distingue do precedente, que prescinde desse caráter quantitativo, já que pode surgir a partir de um único caso submetido ao Poder Judiciário, hipótese conhecida como *leading case* [caso principal]. Diante da singeleza do conceito de jurisprudência, passa-se desde já a noção de precedente judicial, a qual merece análise mais detida, já que consiste em mecanismo estranho à nossa cultura jurídica tradicionalmente filiada à *civil law*. Demais disso, é da lógica de seu funcionamento que se inspira ainda que de forma inadequada, a maior parte dos mecanismos de julgamento por amostragem do sistema brasileiro. [...]. (PINHO e RODRIGUES, 2016, p.408).

passados como forma de resolução de casos posteriores¹⁰⁰. Mas a primeira Constituição Republicana, de 1891, já previa expressamente a consulta da jurisprudência quando houvessem de interpretar a lei (art. 59, § 2º). Tempos depois, ainda sobreviria a Consolidação das Leis Trabalhistas, trazendo sem artigo 8º a determinação de utilização da jurisprudência para os casos de *analogia, equidade, e outros princípios e normas gerais de direito*.

A “jurisprudência persuasiva”, ao longo do tempo convivendo em nosso ordenamento e, considerando a prevalência da norma-lei em nosso sistema, integrou lógica técnica entre nós, tornando lugar comum – as decisões dos tribunais há muito nos auxilia como fonte secundária de direito ou, em outros termos, servindo-nos à consulta, sem incidência de vinculatividade. O entendimento tradicional, passa, assim, a determinar que no Brasil, país com ênfase na lei escrita, com fonte primária, tem a jurisprudência (amplo senso) como fonte consultiva ou apenas como método integrativo de interpretação, sem vinculação¹⁰¹.

Contudo, pós CF-88, dependendo da hierarquia do órgão decisor podemos estabelecer diversos exemplos do crescimento jurisprudencial, a recordar a Lei nº 8.038/1990 (decisão monocrática do relator no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça acerca de pedido ou recurso que houver perdido o objeto, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal, nos termos do seu art. 38). Aponte-se, também, a Emenda Constitucional nº 03/1993 (acréscimo do §2º, art. 102, conferindo efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em ação declaratória de constitucionalidade.

Não bastasse, diversos dispositivos foram inseridos no antigo Código de Processo Civil durante o passar dos anos, no intuito de ajustamento técnico face as necessidades que o mundo pós-moderno propiciara, citando dentre as principais o grande aumento gradativo de processos judiciais na justiça brasileira, ainda mais considerando as dimensões territoriais nacionais (somos um país continental, ainda cercado de inúmeros problemas sociais, com o aumento populacional inerente à

¹⁰⁰ Nas fontes romanas a *jurisprudência* tinha o seu sentido atrelado à distribuição da justiça pelo Estado, através do pretor (donde a parêmia *de minimis non curat praetor*, esta última palavra estando à base de nossa antiga expressão *Pretoria*), donde o vínculo entre as palavras *jurisprudência* e *jurisdição*, esta última significando, literalmente, “dizer o Direito”. (MANCUSO, 2016, p. 107)

¹⁰¹ Tais precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) se tornam precedentes após serem utilizados como fundamentação, enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, nos termos do art. 927 supratranscrito. (NEVES, 2016, p. 1405)

globalização, receita certa para o abaloamento de ações judiciais, como os cientistas especializados nos vêm apresentando há tempos) - podemos exemplificar, a saber: art. 285-A; art. 481, parágrafo único; art. 557; art. 475, §3º; e art. 518, §1º, todos do Código de Processo Civil de 1973.

Todavia, as alterações advindas da Emenda Constitucional nº 45/2004 foram tamanhas e tão substanciais, que aparenta ter determinado um marco didático ao estudo dos precedentes brasileiros.

Senão vejamos que referida EC brindou a chamada “reforma do Poder Judiciário”, agregando no ordenamento jurídico não apenas as súmulas vinculantes, como também a *repercussão geral* nas questões sujeitadas a recurso extraordinário, nos termos do, §3º, art. 102 da CF-88), dentre outras.

A evolução do direito pretoriano, a partir de então, se alargou, permitindo as diversas alterações infraconstitucionais, especialmente no diploma processual cível que, como já adiantado, ao passar dos anos inseriu vários instrumentos processuais, sob o manto da força vinculante e premeditação principiológica constitucional de respeito às decisões judiciais.

Realça-se, oportunamente, a repercussão geral que também foi introduzida expressamente no antigo Código de Processo Civil (art. 543-A, §3º, CPC), por meio da qual o recurso extraordinário limita-se, impedindo o prosseguimento daquele que pretender impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Tal situação, como é intuitiva, influiu o STF e o levou ao seu protagonismo na sociedade brasileira, sendo que os precedentes da mais alta corte nacional passaram a ter, expressamente na constituição, força vinculante¹⁰².

Para que se tenha uma visão ampla, as últimas alterações na dogmática processual pátria a partir da CF-88 podem ser resumidas nas seguintes:

a) as súmulas vinculantes do STF; b) as decisões, proferidas pelo STF, com eficácia erga omnes e com efeito vinculante nas ações de controle de constitucionalidade concentrado; c) a chamada ‘objetivação’ do recurso extraordinário

¹⁰² Em outra vertente das reformas levadas a cabo no arcabouço processual brasileiro, a Emenda Constitucional nº. 45/04 criou o instituto da Súmula Vinculante com o acréscimo do art. 103-A ao texto constitucional¹⁵. Neste momento, o enunciado sumular editado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação e eficácia de normas constitucionais passa a ser de observância obrigatória para os demais juízes e Tribunais e para a Administração Pública, sob pena de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal. (SILVA, 2017, p. 8)

ou a chamada *eficácia expansiva*; d) as decisões, proferidas pelo STF, sem eficácia erga omnes e sem caráter vinculante nos casos que, após o filtro da repercussão geral, o julgamento se dê pelo pleno do STF; e) as decisões unificadoras do direito infraconstitucional nos ‘recursos especiais repetitivos, proferidas pelo STJ; f) a ‘jurisprudência dominante dos tribunais, bem como as súmulas não vinculantes dos tribunais estaduais, função persuasiva; g) os antigos julgamentos monocráticos dos juízes de primeiro grau nos processos repetitivos (art. 285-A do CPC/73)¹⁰³.

Todas as alterações ocorridas ainda na vigência do códex processualista anterior encontrava diversos percalços técnico-conceituais, ainda que recepcionado pela CF-88, por uma questão relevante: o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), foi fabricado em período anterior, onde ainda não consolidada a era constitucional em solo pátrio. Ora, vigorava a Constituição de 67/69 em um Estado ditatorial. Cuidava-se de outra realidade e o diploma, como é óbvio, seguiu o pensamento que era adequado à época.

Todavia, sobrevindo a democracia e a nova constituinte, passou-se a um Estado Democrático Constitucional, com ênfase e baseado nos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana, que forçou as diversas alterações processuais ocorridas naquele código de processo. Mas a incompatibilidade com a realidade perdurava, haja vista que vigente uma lei que não fora criada na (e pensado para a) pós-modernidade.

Tecnicamente, no códex antigo imperava a *teoria da relação jurídica*¹⁰⁴, onde a relação processual se completava por meio da presença das partes e do juiz, que se distanciava das partes em nome da imparcialidade, a chamada equidistância, para que realizasse o julgamento segundo a sua *livre convicção motivada*.

A inserção do NCPC em nosso ordenamento encerra mencionada dinâmica, pois institui *nova teoria processual*, voltada aos dias atuais, seguindo os mandamentos democráticos constitucionais e os direitos humanos fundamentais (CF-88). O novo códex impõe um processo cooperativo e substancial¹⁰⁵, direcionado a

¹⁰³ ZANETI JR., 2017, p.193/194.

¹⁰⁴ Neste contexto, a ideia de absoluta, ou de preponderante neutralidade, tem que ser abandonada, e o Juiz passa a se politizar, a ter que gerenciar com mais eficácia a sua atuação, a preocupar-se com o aspecto finalístico da atividade judicante, com as consequências das decisões judiciais, visando dar respostas que atendam a essa sociedade massificada, eminentemente consumista. (MEDEIROS NETO e MACHADO, 2016, p. 171)

¹⁰⁵ [...] essa postura cooperativa no âmbito do processo civil está justamente ligada à concretização da liberdade e da igualdade e do compromisso de todos com a solução pacífica e justa dos conflitos. (MEDEIROS NETO e MACHADO, 2016, p. 177).

resolução dos problemas levados ao judiciário, considerando não apenas a função de resolver os casos concretos, mas, também de forma precípua, completar o ordenamento, unificando o direito através de suas decisões, o que ocorre, como deixa evidente a Lei 13.105/2015, através da uniformização das decisões judiciais, ou seja, por meio da vinculatividade dos precedentes judiciais.

O processo civil brasileiro, hoje, atento à substância do direito, retoca o moderno papel das Cortes Supremas, nos termos da constituição e dos direitos fundamentais, e introduz ao ordenamento instrumentos e metodologias dirigidas a viabilizar tais funções: estabelecer a norma aplicável ao caso concreto, bem como ordenar o sistema por meio do respeito aos precedentes judiciais – as decisões dos magistrados, assim, mormente dos tribunais, passam a ter esta roupagem dúplice, pois não há mais se olvidar, por determinação legal, de que as decisões proferidas servirão a um sistema de formação de precedentes e não apenas a solucionar o caso específico posto a análise do judiciário.

Senão destaque-se os mecanismos trazidos pelo NCPC que bem demonstram esta dupla faceta¹⁰⁶, quais sejam o incidente de assunção de competência (art. 947) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e seguintes).

O que se percebe é que o sistema de resolução de demandas repetitivas inaugurados pelo instituto da súmula vinculante e pelo sistema de julgamento de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça visa, primordialmente, a fixação de teses jurídicas e, com isso, procura-se conferir maior racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional. A rigor, a lógica da resolução dos conflitos coletivos pela súmula vinculante e pelo julgamento de recursos repetitivos é tornar o sistema mais eficiente. (SIMÃO, 2015, p. 12).

Para que se continue avançando, passo necessário mostra-se diferenciar os conceitos de jurisprudência, súmula e precedente¹⁰⁷, para que indene de dúvidas o

¹⁰⁶ [...] uma das grandes apostas do CPC/2015 no tratamento das chamadas causas seriais” (BAHIA, 2015, p. 1526)

¹⁰⁷ Antes as precedentes considerações, impende não baralhar os termos *precedente* e *jurisprudência*. [...] Até mesmo no *iter* de sua formação se distinguem o *precedente* e a *jurisprudência*: aquele primeiro, preordenado à resolução de um caso concreto, é extraído ao final de um raciocínio *dedutivo*, que segue do geral (a norma legal) para o particular (a *fattispecie*), não raro tomando a forma de um *silogismo* [...] Já a jurisprudência segue dinâmica diversa, formando-se por modo *indutivo*, a partir de uma coleção de acórdãos harmônicos, que à força de serem reiterados, num dado momento permitirão a identificação de uma dada corrente exegética – dita jurisprudência – a qual, ficando assentada ou *dominante*, credencia-se a ser extratificada em súmula. (MANCUSO, 2016, p. 435/438)

enfoque que pretendemos estabelecer neste trabalho, que é a colaboração teórica da percepção da vinculatividade dos precedentes inerentes ao sistema jurídico brasileiro.

Nos parece interessante seguir por uma distinção da seguinte maneira:

Jurisprudência: pode ser encarada como as decisões reiteradas dos tribunais sem força vinculante, não se confundindo com a *decisão*, que é o ato judicial de encerramento do processo jurídico (que não necessariamente produz um precedente)¹⁰⁸.

Súmula: exprime a solidificação resumida ou a síntese da jurisprudência, de um certo entendimento jurisprudencial do tribunal, através de um *enunciado* que tenta formalizar objetivamente referido parecer¹⁰⁹.

Precedente: decisão ou decisões recriadoras do ordenamento jurídico realizadas no momento presente (caso atual) com potencial de serem empregues em casos posteriores. Difere da jurisprudência¹¹⁰, como da súmula¹¹¹.

¹⁰⁸ [...] os termos jurisprudência e precedente judicial não são sinônimos[...] .Assim e enquanto o termo jurisprudência designa a massa de decisões, normalmente em sentido constante, produzida por determinado órgão jurisdicional, o termo precedente judicial, em sentido amplo, expressa a ideia de uma decisão potencialmente relevante para influenciar no julgamento de outros casos futuros.(SANTOS, 2012)

¹⁰⁹ Ao enfrentarem questões polêmicas ou teses jurídicas divergentes, os tribunais também produzem máximas ou súmulas que se consubstanciam na enunciação, em algumas linhas ou numa frase, de uma “regra jurídica”, de conteúdo preceptivo. Trata-se de uma redução substancial do precedente. A aplicação da súmula não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção do caso sucessivo a uma regra geral. A construção de súmulas remonta a uma prática tradicional e consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro. Não deriva da decisão de um caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos. Por consequência, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada e assim não pode ser considerado um precedente em sentido próprio, “mas apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas. Sua evidente finalidade consiste na eliminação de incertezas e divergências no âmbito da jurisprudência, procurando assegurar uniformidade na interpretação e aplicação do direito. (CRUZ E TUCCI, 2015)

¹¹⁰ O precedente judicial pode ser identificado em uma única decisão. Não se confunde, portanto, com a jurisprudência, constituída por um conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo a dar interpretação constante e uniforme a uma mesma questão jurídica. A principal diferença entre o precedente e a jurisprudência é, realmente, quantitativa. Para uma decisão isolada se tornar jurisprudência, ela deverá repetir-se muitas vezes, sem importantes variações, a ponto de encontrar prestígio no meio jurídico. (FOGAÇA, 2015, p. 06) [...] duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. Além desses dois componentes, compõe o precedente, também, a argumentação jurídica. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. [...] (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 441/442)

¹¹¹ De outro lado, o precedente judicial também não é sinônimo de súmula, pois esta se presta apenas para veicular o resumo, editado, numerado e sintético das teses componentes da jurisprudência específica sobre determinada matéria, sobre a qual ocorreu notável discussão pretérita. Ela tem a finalidade de esclarecer qual interpretação venceu o debate naquele tribunal. Enquanto o precedente é estreitamente ligado ao caso que lhe deu origem, a súmula vale por seu enunciado genérico, como um texto normativo que vincula geral e abstratamente os casos futuros. (FOGAÇA, 2015, p. 06).

O Código de Processo Civil de 2015, ao ingressar em nosso ordenamento, expressamente entoa a observância aos precedentes judiciais. Inicia no artigo 489, suscitando os elementos essenciais da sentença - *a decisão não será considerada fundamentada se: a) se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou b) deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Este dispositivo se destina especialmente ao magistrado de primeira instância, indicando que o juiz deve observar e confirmar o precedente invocado ou submergido no caso concreto, realizando, portanto, a distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*).

Contudo, os badalados dispositivos que de forma taxativa impõe a vinculatividade dos precedentes, artigo 926 e 927, determina, *in verbis*, respectivamente, que: *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; e que: os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Logo de início é possível notar determinada confusão nos termos abordados nestes dispositivos¹¹², quase como se equivalessem jurisprudência, súmula e

¹¹² [...] a denominação genérica, quase coloquial, para um conjunto de decisões proferidas pelos tribunais. [...] O significado que prevalece hodiernamente é o que considera jurisprudência “irredutivelmente polissêmica, que pode ser representada por três “famílias” de significados: (a) como ciência do direito; (b) como atividade profissional do jurista, acentuadamente na dimensão prática; (c) como conjunto de decisões judiciais. [...] Considerada quanto ao último sentido pode referir-se a soluções idênticas ou análogas a um mesmo problema, ou a problemas análogos ou conexos (hipótese em que o termo jurisprudência é frequentemente trazido como sinônimo de “jurisprudência conforme” ou “jurisprudência consolidada”), às vezes, pode referir-se não ao conteúdo uniforme, mas ao instituto jurídico tratado pelo conjunto de decisões (hipótese em que se fala, por exemplo, de jurisprudência de

precedente, enquanto, evidente, como abordado alhures, que a diferença entre as três é de essência.

É que em nossa tradição, como abordado, o direito pretoriano vem se desenvolvendo de maneira distinta como ocorre na *common law*, pelas diversas razões já esposadas (v. *item 1.1 e 2.1*), e de modo bem peculiar em terras nacionais, o que deu azo à ampliação da terminologia *jurisprudência* para além de seu significado primário, acabando por expressar *todo formato resultado das decisões judiciais*, como ressoado no texto legal transcrito.

Não obstante, seguiremos o marco teórico para a conjugação didática do que reconhecemos, por meio desta pesquisa, como vinculatividade dos precedentes brasileiros.

A crítica pode ser observada sob ângulos diversos, mas como bem assinala Lênio Streck, referindo à súmula vinculante (porém extensivo às súmulas em geral, neste específico ponto de abordagem), a saber, *mutatis mutandi*:

A súmula vinculante prescreve enunciado literal tal como a lei que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da individualidade e especificidade de cada caso concreto. (STRECK, 2014, p.).

Note-se que as súmulas, vinculantes ou não, por se expressarem através de enunciados acabam por ter característica geral e abstrata, já que intencionam, como a lei, estabelecer, previamente, por meio de descrição textual genérica, as soluções para casos específicos. No entanto, neste formato, da mesma forma que a lei, acaba por permear o campo hermenêutico, isto é, também ficarão sujeitos à interpretação.

Os precedentes não se expressam por meio de enunciados abstratos, mas através da identificação das razões determinantes da solução dada ao caso, vez que estas sim (*ratio decidendi*), ao contrário do dispositivo da decisão, é maleável, já que anunciam uma tese, que se molda a outros fatos e circunstâncias futuras semelhantes. Quando diante de novo caso igual, aproximam-se os fatos e circunstâncias com as do anterior, amoldando a tese acaso haja compatibilidade. Mas seu núcleo é rígido, pois refere a caracterização do direito alegado, resultado da interpretação onde as razões principais determinaram a solução e, portanto, a norma aplicável.

contrato de leasing); e, ainda, pode referir-se a esses dois usos de forma combinada. [...]. (CIMARDI, 2015, p. 85-87)

O problema se torna mais complexo na análise da súmula vinculante, justamente pelo seu grau de vinculação, expresso na CF-88.

Não apenas a súmula vinculante difere do precedente pelos motivos supra - o que ocorre com toda súmula, independentemente do nível de sua vinculatividade -, como pelo seu alto grau vinculatório (art. 103-A. da CF-88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Esta, não terá apenas efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, como, ainda, *à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*.

Para a edição dos verbetes de uma súmula vinculante¹¹³, de exclusividade do STF, exige a Constituição a concordância de ao menos dois terços dos membros da Corte Máxima, acerca de matéria constitucional. Os enunciados, contudo, como qualquer outra súmula, apresenta-se como programa normativo (texto) predefinido, encerrando-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo, que passa a ter validade após sua publicação.

Diferentemente, os precedentes não são prescrições literárias e abstratas no formato legislativo, devendo ser identificados por meio do caso decidido, em que se conclui a regra jurídica formulada pela corte, e toda a fundamentação determinante da formulação do precedente precisa ser levada em conta na sua aplicação.

Há, ainda, a diferença funcional. A súmula vinculante tem propriedades tradicionais do sistema romano-germânico¹¹⁴, pois, uma vez concebida, se desvincula dos julgados que o formaram e adquire autonomia. Seu enunciado, texto com autonomia formal e de conteúdo abstrato, será aplicado a casos futuros. Ao passo que o precedente se estabiliza pelo primado do *stare decisis*, construído historicamente na tradição jurídica de países *common law*, relacionando-se intrinsecamente a uma das funções primordiais da Corte Suprema na proteção dos direitos fundamentais.

¹¹³ [...] porque com a súmula vinculante, o tribunal estará definindo, previamente (veja como isto também ocorre com a interpretação conforme) os limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites, obstaculizando o necessário devir interpretativo, impedindo-se, assim, o aparecer da singularidade/especificidade do caso jurídico sob exame. (STRECK, 2014)

¹¹⁴ Vale dizer, para o senso comum teórico, a elaboração de súmula vinculante, já que ela é abstrata, e sua aplicação é pro futuro, poderia ser aplicada de maneira entitificada, isto é uma categoria a partir da qual se farão deduções e subsunções. Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, o senso comum passa a imaginar que a utilização a súmula vinculante teria a função precípua de transformar os casos difíceis (que exigiam exaustiva interpretação) em casos fáceis (que em razão do texto sumular passariam a ser solucionados de forma automática via subsunção). Ou seja, a súmula viria para facilitar a vida do intérprete que poderia utilizar a dedução para solucionar milhares de processos de uma só vez, porque agora eles são "fáceis", bastante, então, a subsunção. (STRECK, 2014)

Com efeito, os enunciados de jurisprudência ou súmulas, por pretender objetividade, acabam se desprendendo do contexto fático, replicando as teses jurídicas de maneira ampla e abstrata a diversos casos, o que leva a desprezar as peculiaridades do caso concreto.

Esta dissociação adiciona argumento à tese desfavorável ao acolhimento de uma teoria dos precedentes pelo ordenamento jurídico pátrio. E com razão. De fato, até mesmo a hibridez de um ordenamento – se acompanhado este entendimento – tem seus limites, e nos parece que a confusão técnica, agasalhada pelo parlamento (arts. 926 e 927, NCPC) não convence sob este pretexto de *sui* genericidade. Não que a súmula vinculante mereça total descaracterização; não é esta a intenção – até porque a súmula vinculante, sim, pode se sustentar em uma peculiaridade do nosso sistema híbrido (ou de *civil law*), por conta de sua natureza singular de vinculatividade extrajudicial.

De outra banda, não raro em nosso ordenamento textualizações legislativas despidas da melhor técnica, que foram “consertadas” pela doutrina e pelas decisões judiciais criativas. Os métodos de interpretação e a teoria da argumentação encontram-se à disposição para este tipo de convalescência.

Neste trabalho, encontramos caminho mais coerente no sentido de que, os conceitos de precedentes, jurisprudência e súmulas não se confundem, e, ainda que o próprio texto legal possa assim fulgurar, os três institutos analisados não se equivalem ou ostentam idênticas características.

De toda sorte, o problema aparenta mais se relacionar à terminologia do que à substância, o que nos faz prosseguir no caminho da aceitação da vinculatividade dos precedentes brasileiros.

Feitas tais ponderações, nos apresenta que a fixação em terminologias e metodologias tradicionais do sistema *civil law* apenas pela designação de incompatibilidade cultural de origem (anglo-saxônica) não são suficientes a afastar o princípio da igualdade, que em uma de suas dimensões, sob o enfoque do Poder Judiciário, impõe a igualdade das decisões judiciais, permissivo constitucional que bem se satisfaz por meio de uma metodologia de vinculação, que, aliás, fora positivada no novo códex processualista civil.

E dentre tantos argumentos a favor, a vinculatividade dos precedentes se consubstancia em instrumento auxiliador de concretização de princípios

constitucionais como o da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), da isonomia (art. 5º, caput) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Basta que utilizemos, com otimismo, deste novo diploma de processo cível a nosso favor, e superadas argumentações contrárias que mais servem a prejudicar o estabelecimento de uma dogmática própria brasileiro de vinculação de precedentes, consigamos encontrar um caminho para que a uniformidade das decisões judiciais colabore para os problemas atuais do Judiciário advindos da pós-modernidade por inúmeros fatores - que não é nosso foco de estudo, mas que se menciona, ainda que exemplificadamente -, como o abaloamento de ações judiciais, sem que isso importe em diminuição da qualidade da prestação jurisdicional.

Até porque, como foi possível depreender pelas linhas desta dissertação até este ponto, o precedente se forma a partir de uma análise substancial de um caso e, sua aplicação posterior a casos semelhantes também importa em complexo exercício hermenêutico, muitas vezes, inclusive em razão das determinações do NCPC, com participação democrática ativa da sociedade (*amicus curiae*, audiências públicas, consultas especializadas e etc.)¹¹⁵.

Pois bem. Nesta linha doutrinária, denota-se um tratamento classificatório no NCPC¹¹⁶, variando, pela obviedade das polêmicas, complexidade e atualidade do tema, dentre os diversos especialistas no assunto, mas que alguns pontos em comum podemos encontrar, e, sobretudo em respeito ao marco teórico e à didática proposta neste ensaio, seguiremos, no que tange a verificação da vinculatividade dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, a estruturação efetivada pelo ilustre jurista Hermes Zaneti Jr (2017).

¹¹⁵ É nesse ambiente desafiador que se gestou o novo CPC, que traz dentre as suas inovações um modelo de processo cooperativo, a superar os modelos tradicionalmente conhecidos (inquisitorial e dispositivo), pois passa a exigir-se a participação efetiva de todos os atores processuais e até mesmo da sociedade, na construção de processos equos e justos, nos quais, numa perspectiva de democracia participativa, o método da codificação foi o de comprometer juiz e partes a manter permanente o diálogo, num relacionamento simétrico, na fase instrutória do processo. (MEDEIROS NETO e MACHADO, 2016, p. 165)

¹¹⁶ A doutrina procurou estabelecer analiticamente os graus de vinculação dos precedentes judiciais. Vários autores dedicaram-se a esta tarefa, Tomemos como exemplo [...] Pierluigi Chiassoni [...] Outra relevante classificação é proposta por Neil MacCornick, o qual explicita quatro categorias: a) precedentes persuasivos por analogia entre casos [...]; b) precedentes persuasivos por fixação de princípios-exemplares [...]; c) precedentes formalmente vinculantes [...]; d) [...] categoria que prevê a vedação do conhecimento do precedente como base para a decisão [...]. (ZANETI JR., 2017, p. 345/346)

Segundo o eminente jurisconsulto, preambularmente necessário evidenciar que os “precedentes” persuasivos ficam de fora desta composição, tendo em vista que a ausência de vinculatividade¹¹⁷, que prestam ao sistema de modo consultivo.

Além da “jurisprudência persuasiva”, dentre os precedentes vinculantes (todos horizontal e verticalmente), teremos, conforme o NCPC:

1) Precedentes normativos vinculantes

Perante a presente classificação, o primeiro grupo de precedentes não encontra previsão legal, de forma que a “vinculatividade é compreendida a partir da exigência de argumentação racional do processo de interpretação e aplicação do direito, independentemente de lei formal” (ZANETI JR., 2017, p. 350).

O modo de impugnação é via recursal, permitindo-se a superação, distinção e afastamento do precedente sem que seja necessário quórum qualificado, devido à falta de obrigatoriedade formal de vinculação.

Assim, nos ordenamentos jurídicos que reconhecem o papel das cortes supremas às cortes de vértice e que levam a sério seus tribunais e decisões, os *precedentes normativos vinculantes* representam uma ‘presunção em favor do precedente’, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita nos textos legais (ZANETI, 2017, p. 350).

O segundo grupo é nomeado de:

2) Precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*)

Ao contrário do grupo anterior, neste os precedentes têm a sua vinculatividade prevista em lei, e a permissão é de impugnação via recursal.

Sutilmente distinto, nesta última característica, dos *precedentes normativos vinculantes* supra, para que seja superado, realizada sua distinção e afastamento, os *precedentes normativos formalmente vinculantes (de iure)* demandam levar em consideração os casos-precedentes, face a obrigatoriedade formal de vinculação - porém, também não exige quórum qualificado.

Há, ainda, os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (de iure)*, à seguir:

c) Precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*)

Este último grupo de precedentes é classificado por conta, aqui se igualando ao antecedente, da sua vinculatividade, que está prevista em lei.

¹¹⁷ Vimos, portanto, que a “jurisprudência persuasiva” não vincula. (ZANETI JR., 2017, p. 350)

Contudo, por se tratar de precedentes fortes, encontra-se permitida sua impugnação via recursal, e, também, por *via autônoma*, diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (que é a via extraordinária).

Por derradeiro, a superação, distinção e afastamento deste tipo de precedente só será constitucional quando preenchido o quórum qualificado especificamente determinado.

Ressalta-se cuidar de classificação opcional, que se adota neste trabalho pelas razões já delineadas, mas que não pretende afastar as demais suscitadas pelos demais autores¹¹⁸.

Quanto mais se avança no estudo dos precedentes no NCPC, mais nos aproximamos da constatação de sua vinculatividade em nosso ordenamento. Como antes ventilado, não se pretende, aqui, defender a instauração plena do sistema anglo-saxônico no Brasil, nem mesmo se advoga que o *stare decisis* original da *common law* esteja incidindo entre nós da mesma forma que naquela família jurídica.

Todavia, nos parece, seguindo a linha de nobres doutrinadores do ramo citados ao longo da dissertação, que alguma forma de *stare decisis* ou um sistema ou dogmática de precedentes brasileiro esteja se desenhando em *terra brasilis*, vez que o NCPC, agasalhado pela CF-88, sugere todas as características da vinculatividade dos precedentes pátrios.

Senão note-se ser tarefa simples a descoberta de dispositivos do novo diploma processualista que se relacionam com todos os elementos das técnicas dos precedentes e do *stare decisis*, obviamente consubstanciados na forma da singular tradição brasileira de origem romano-germânica¹¹⁹. Depreende-se, logo de início, que o art. 10 reafirma o contraditório, consoante a Constituição Federal (como reforçado pelo art. 1º, NCPC). Outro dispositivo, inclusive transcrito supra, recorre à fundamentação hermenêutica e analítica (art. 489), seguinte com a previsão dos próprios precedentes nos arts. 926 e 927.

¹¹⁸ Ao propósito, José Rogério Cruz e Tucci sustenta: 'Na atualidade, o direito brasileiro adota o modelo *misto* quanto à eficácia dos precedentes judiciais, a saber: (a) precedentes com eficácia meramente persuasiva; (b) precedentes com relativa eficácia vinculante; e (c) precedentes com eficácia vinculante'. (MANCUSO, 2016, 436)

¹¹⁹ Até o presente não se atingiu, na experiência brasileira, um manejo seguro e eficiente do direito pretoriano (jurisprudência dominante e sumulada), por vários fatores, que vão desde nossa filiação à família romano-germânica, dos direitos codicísticos, passando pela resistência à alteração das tradicionais regras de julgamento, até a instabilidade dos entendimentos ao interno dos Tribunais (dita 'dispersão jurisprudencial excessiva') [...]. (MANCUSO, 2016, p. 604)

No mais, registre-se que a existência de um *sistema de controle* dos precedentes, com a previsão de reclamação e regime agravado de votações nas decisões de súmulas vinculantes, tudo que fortalece a constatação da existência de vinculatividade doméstica dos precedentes.

Com relação aos efeitos e eficácia, a súmula vinculante tem eficácia *erga omnes* (aplicável a todos os cidadãos) e efeitos *ex tunc* (os efeitos são retroativos). No entanto, existe a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos por meio da atribuição de efeito *ex nunc*, ou seja, em momento futuro, por meio de decisão de 2/3 de seus membros (artigo 4º da Lei nº 11.417/06). Além disso, caso alguma decisão judicial ou ato administrativo contrariarem o disposto em enunciado de súmula vinculante, existe a possibilidade de interposição de Reclamação ao STF (SIMÃO, 2015, p. 10/11).

A identificação dos precedentes no novo código processual cível e sua vinculatividade não se apresenta tarefa árdua, porquanto expressos no referido diploma.

A *ratio decidendi* (ou *holding*) está delineada nos já transcrevidos acima arts.489, § 1º, V, e 926, § 2º, bem como 1.022, § 1º, II. Ao passo que a *obter dictum* pode ser constatada *contrario sensu*, “uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial a decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obter dictum*” (ZANETI JR., 2017, p. 377) e , claro, é desprovido de efeito vinculante.

Constante, também, a colegialidade, isto é, uma decisão de caso concreto realizada por tribunal, requisito para a formação de um precedente, haja vista que apenas “serão considerados fundamentos determinantes”, e portanto, vinculativos, “aptos a formarem a *ratio decidendi* aqueles que efetivamente debatidos ou incorporados pelo voto majoritário dos juízes em decisão colegiada” (ZANETI JR., 2017, p. 378).

Também a distinção (*distinguishing*) encontra-se amparada pelos arts. 489, § 1º, VI, e 984, § 2º, enquanto a superação (*overruling*) vê-se estampada nos arts. 489, § 1º, VI, art. 927, §§ 2º e 4º, e 941, § 3º.

Por fim, a vinculatividade dos precedentes vem positivada pelos artigos 926, *caput*, e 927, §§ 2º e 4º (*vinculatividade normativa horizontal de jure*), art. 927, V (*vinculatividade normativa formal vertical de jure*), e artigos 489, § 1º, V e VI, 1.022, par. único, I e II, e 1.022, § 1º, II (*vinculatividade normativa formal em senso forte*).

A consonância com a legalidade e separação dos poderes também se revela de forma expressa, conforme artigos 8º, e 948 a 950 do NCPC.

Portanto, da raiz histórica ao momento atual da sociedade, Estado e direito, a pesquisa resultou no reconhecimento, na tradição jurídica brasileiro, mormente após o ingresso do novo Código de Processo Civil, da vinculatividade dos precedentes judiciais.

Atendendo ao escopo do presente trabalho, identificamos a vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiros, concentrando este último tópico na alteração processual recente (Lei nº 13.105/2015, o NCPC), e suas alterações posteriores (Lei nº 13.256/2016, Lei nº 13.363/2016, Lei nº 13.465/2017 e Lei nº 13.793/2019), uma vez que responsável pela implementação de uma nova sistemática processual, que positiva a vinculatividade dos precedentes, plenamente constitucional, na medida do princípio da igualdade, não obstante a segurança jurídica, isonomia, motivação das decisões judiciais, unicidade da jurisdição e previsibilidade.

O novo código processual encerra sistemática contida no Código de Processo Civil de 1973, que se baseava na teoria da relação jurídica - que acabou evidenciando a superioridade do juiz frente as demais participantes do processo - e inaugura novo sistema de processo, fundado em bases (já) delimitadas pela Carta Magna desde 1988.

Conforme do artigo 1º do NCPC¹²⁰, *in verbis*, *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

Nos termos dos artigos 5º e 6º, respectivamente, *aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé; todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

¹²⁰ Aliás cabe realçar que logo em seu primeiro artigo o novo CPC proclama reveladora mensagem, qual seja, a de que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Ou seja, não diz que será orientado pela Constituição tão somente, mas sim pelos valores e normas fundamentais que dela se extraem, o que é significativo no sentido de se compreender o caráter de busca de um formato de processo que esteja comprometido substancialmente com a busca da justiça, ou por outro enfoque, da resposta jurisdicional que detenha o atributo da efetividade, sob os auspícios de um formato de processo dialogal, que melhor se harmoniza com o devido processo legal, num Estado Democrático de Direito. (MEDEIROS NETO e MACHADO, 2016, p. 178)

O caminho apontado pelo novo diploma de processo é da participação ativa e direta da sociedade civil na atuação do Poder Judiciário, destituindo-se a dependência primária do Estado¹²¹. O processo cooperativo e participativo, com sistema que visa suprimir ou pelo menos minorar as decisões conflitantes acerca de questões semelhantes, é instrumento de colaboração aos problemas hodiernos do Poder Judiciário, que exerce papel de protagonismo na sociedade pós-moderna.

As demandas contendo questões de relevância, seja pela matéria ou pela repetitividade dos casos – neste último onde a relevância, independentemente da matéria, repousa justamente no abarrotamento do Judiciário e nas decisões desiguais -, devem tramitar com a participação da sociedade civil, como reforço da democracia, vinculando os casos futuros semelhantes.

Os anteriores subsídios e considerações permitem reconhecer, dentre nós, um *sistema de precedentes*. Todavia, cabe ponderar que ele é um tanto singular, porque, em virtude de fatores diversos, dentre os quais nossa filiação à família romano-germânica dos direitos codicísticos, a par de certas peculiaridade de nossa organização judiciária, e mesmo a arraigada *cultura demandista*, aquele *sistema* não opera em modo análogo, nem com a mesma intensidade do que se passa na *common law* onde o *binding precedente* é na verdade identificado pelo juiz do caso subsequente, após laboriosa pesquisa de decisões judiciais concernentes à espécie (*cases dockets files*), e, ainda assim, demandando operosa tarefa de identificação da *ratio decidendi*, inclusive com vistas a distingui-la dos *obiter dicta*. Diversamente, dentre nós, não há nem mesmo um critério único e seguro para a identificação do que seja a *jurisprudência dominante*, e onde a *súmula*, em verdade, como que se descola das decisões que a embasou, passando a ter existência autônoma, até que num ponto futuro venha a ser alterada ou suprimida (MANCUSO, 2016, p. 615).

Desta maneira, antes de concluirmos, toda a investigação proposta, nos limites do corte histórico e metodológico selecionado para este trabalho, nos conduziu ao reconhecimento da existência da *vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiros*, por expressão do próprio sistema jurídico pátrio, de tradição peculiar, em pese sua origem romano-germânica, que, especialmente pelo princípio da igualdade, mas não só (também segurança jurídica, isonomia, unicidade da jurisdição, previsibilidade, dentre outros), tem sustentação constitucional, sendo regulamentado e procedimentado por lei infraconstitucional que, pela explanação, não aponta inconstitucionalidade, mas, ao revés, reforça os mandamentos constitucionais,

¹²¹ Nesse escopo de análise, a participação dos movimentos sociais nas ações constitucionais constituem importantes dados empíricos que apontam para a ampliação das disputas sociais no campo jurídico e o fortalecimento da democratização das decisões judiciais.” (CATHARINA, 2016, p. 37).

inclusive reservando os iniciais dispositivos do códex a tratar deste reforço e compatibilidade (coesão) com a Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO

Procuramos ao longo deste trabalho, percorrer o objetivo de colaboração teórica acerca da vinculatividade dos precedentes judiciais, tendo em vista a recente inovação legislativa que introduziu novo Código de Processo com menção expressa a vinculação de precedentes.

Não tratamos de institutos específicos constitucionais (ex: súmula vinculante) e do NCPC relativos aos precedentes (ex: incidente de resolução de demandas repetitivas) de forma mais aprofundada propositalmente, no intuito de delimitar uma abordagem geral teórica de investigação acerca da *vinculatividade* dos precedentes, já que tema que encontra atualíssima polêmica.

Como foi possível notar ao longo do trabalho, desde o ingresso da súmula vinculante no Brasil pela Emenda Constitucional 45/2004 e, principalmente, agora, com a positivação de precedentes nacionais pela lei 13.105/2015, as discussões se inflamaram, posto cuidar de instituto familiar à *common law*, mas tradicionalmente não reconhecido como fonte do direito baseado na lei escrita, mesmo ante o fato de estarmos acostumados com influências estrangeiras diversificadas, inclusive da família anglo-saxônica, em nosso ordenamento durante toda a história – já na primeira Constituição da República trouxemos sistema basilar norte-americano para nosso sistema. E, ainda, assim, o tema produz avaliações extremas, tendo muito em vista seu reflexo substantivo na sociedade.

Em tempos hodiernos, ao se adentrar na era constitucional mormente, o Judiciário despontou como protagonista, pois a sociedade passa a contar com uma instituição fundamentada em uma lei máxima e direitos fundamentais reconhecidos que se sobrepõe. Resultado prático, dentre outros fatores, foi o abalroamento de ações no Judiciário, além dos outros problemas enfrentados pela Justiça, que não foi o escopo do nosso trabalho, mas deve ser mencionada para evidenciar o reconhecimento de que as questões em torno dos percalços deste Poder são notoriamente diversos e não se restringe ao direito.

Contudo, o tema objeto do trabalho guarda relação direta com o impacto nestas questões, haja vista que as decisões judiciais exercem hoje papel fundamental na sociedade, já que indicado aos jurisdicionados o caminho a seguir, no trabalho, na vida pessoal, no lazer; nas inúmeras áreas de nossas vidas, em um Estado

Democrático de direito, há regulação, e o direito é que acaba por determinar como vivemos.

Nesta toada, necessitamos de previsibilidade, para que saibamos quais condutas seguir, quais atos praticar em nossas vidas. E se o Estado é Democrático, e de direito, na era constitucional não olvidamos da *carta máxima*, que em constituição contemporânea de países democráticos, adota, como não havia de ser diferente, uma das bases da democracia: a igualdade.

Assim, necessitamos de previsibilidade e tratamento igualitário, sem os quais não estaremos atendendo os escopos constitucionais, nem mesmo constituindo uma sociedade evoluída, que segue seus próprios fundamentos e princípios.

Neste sentir é que chegamos ao ponto central da questão da existência de precedentes no sistema jurídico de qualquer família, seja ela *common law*, *civil law* ou híbrida, posto que estes sistemas não se diferenciam pela existência ou não de precedentes que vinculam, mas pela sua prevalência neste ou preponderância na lei escrita. Ambas são normas: cuida-se da norma-lei e da norma-precedente. O que leva a metodologias de aplicação do direito distintas, um segue o método indutivo, o outro o dedutivo.

Note-se, porém, que tal diferença não altera a vinculatividade dos precedentes, que, em pese não ser idêntico entre as famílias jurídicas, mais têm de similaridade, e o estudo do *stare decisis* da *common law* e a técnica de aplicação dos precedentes não exprime adoção integral desta doutrina dentre nós, mas que, pela sua estruturação antiga e prevalente, muito nos auxilia no entendimento do tema, para que possamos dogmatizar nossa própria vinculatividade dos precedentes.

Daí porque partimos, nesta dissertação, da proposta de um corte metodológico a fim de delimitar o tema, dando foco, assim, para o entendimento da vinculatividade dos precedentes. Esta contenção se expressou em breve discurso sobre o histórico da família *common law*, especialmente Inglaterra e EUA, bem como da tradição jurídica brasileira, através da qual foi possível delinear os aspectos acerca da ruptura da distância entre as diferentes culturas jurídicas, visto que a história de ambas evidenciam um amadurecimento que acompanha o desenvolvimento da própria sociedade e do Estado, permitindo-se notar diversas intersecções entre estes dois sistemas, mormente após o século XIX, com uma brusca ascensão a partir da globalização, na pós-modernidade.

O trabalho procurou abordar a influência no ordenamento jurídico doméstico destas famílias (podendo ser lembrado, que entre nós, o sistema de pesos e contra pesos e os *writs* são adotados desde as constituições brasileiras passadas), e que não se restringe ao Brasil ou aos países de *civil law* (exemplo: crescimento da legislação escrita na Inglaterra e Estados Unidos da América). O estágio atual da sociedade, Estado e direito, de preponderância dos direitos humanos fundamentais vem propiciando o diálogo internacional, com adaptação dos países em seus ordenamentos internos de normas internacionais, baseadas nestes direitos essenciais em comum.

Assim é que explanamos nos tópicos seguintes, a existência de precedentes judiciais tanto em países de prevalência fundamental do precedente, como ocorre nos países de *common law*, como nos que privilegiam a lei escrita, que é o caso dos países de *civil law* e híbridos de origem romano-germânica, porquanto expressar-se um Estado Democrático de direito na era constitucional sobretudo na igualdade, que se estende às decisões judiciais, sem contar a existência de fatores que permitem um modelo vinculativo de precedentes (institucionalização, organização hierarquizada de juízes e tribunais, e publicidade e divulgação, com autoridade, para que seja possível a verificação do caso antecedente com o caso futuro), não obstante os fundamentos de unicidade da jurisdição, segurança jurídica e previsibilidade.

Procuramos determinar o ambiente de criação da Constituição Federal de 1988, em um período de encerramento do último período ditatorial nacional, que vigente em tempos hodiernos permitiu a introdução de um novo Código de Processo Civil a reger a vinculação aos precedentes judiciais.

Ainda que de forma breve, importou tratar da tradição anglo-saxônica, não apenas pela relevância dada aos precedentes nesta família jurídica (que nos auxilia paralela e constantemente na compreensão acerca da vinculatividade brasileira dos precedentes). E encerrando este humilde delineamento da *common law* e a operacionalidade de seus precedentes, saltamos para a cultura romano-germânica, para a devida compreensão do sistema jurídico brasileiro.

A opção didática, para este mote, e também por respeito a delimitação do tema da presente dissertação, tratamos da evolução histórica da tradição brasileira através da divisão temporal entre período absolutista, período positivista e período constitucionalista (em sentido amplo), o que fertilizou o solo de investigação do ambiente em que a Constituição Federal do Brasil de 1988 surgiu, nossa lei essencial,

que traz em seu bojo o princípio da igualdade como basilar do Estado Democrático de Direito (o qual nos dá suporte básico à vinculação dos precedentes).

Através do corte metodológico histórico proposto, percebemos que a Constituição Federal do Brasil vigente tem seu surgimento no Estado Democrático de Direito constitucional. Após anos de ditadura militar (Constituição brasileira de 1967/1969), o constitucionalismo crescente no mundo (especialmente, ocidental) concebeu ambiente propício ao surgimento da CF-88, uma constituição democrática atenta aos direitos fundamentais e demais princípios basilares internacionais.

Revela-se a importância de que a nova roupagem do direito do Estado Democrático constitucional (neoconstitucional/internacional), encontra-se alicerçado em bases humanísticas, sem isolamento do direito com a moral e demais campos da ciência, e a constitucionalização do princípio dos direitos humanos acaba por selar o período de avanço. A Constituição da República pátria de 1988 foi promulgada seguindo este novo paradigma jurídico, sendo, inclusive, signatária dos principais documentos normativos externos a respeito dos direitos humanos fundamentais.

No capítulo final, foi analisado como a própria CF-88, pela sua sistêmica e, principalmente, pelo princípio da igualdade (que deságua no processo como igualdade ao processo – acesso à justiça, igualdade no processo – contraditório, e a igualdade das decisões judiciais), adota os precedentes em nosso ordenamento jurídico. O NCPD parece, então, plenamente constitucional nesta questão, na medida em que alinha a vinculação dos precedentes, exigindo a uniformidade da “jurisprudência” dos tribunais, tudo no sentido dos ditames constitucionais da unicidade da jurisdição, isonomia e segurança jurídica, entregando a previsibilidade de condutas aos jurisdicionados, iguais perante a lei (igualdade), não se verificando ofensa à separação dos poderes, nem mesmo à legalidade – continuamos um país em que sua fonte fundamental é a lei escrita. Mas o raciocínio é imprescindível à cooperação da compreensão da vinculatividade dos precedentes entre nós; necessário a vinculação de casos já decididos aos casos futuros análogos em qualquer sistema jurídico democrático, como no Brasil, que se baseia, constitucionalmente, no princípio da igualdade.

Foi no capítulo seguinte que passamos a evidenciar a *vinculatividade dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*.

Registre-se que a teoria adotada nesta dissertação, encontra respaldo em vasta doutrina, referidas ao percorrer do presente trabalho (como os ilustres juristas

Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni e Hermes Zaneti Jr.). Depreendemos, então, a presença de vinculatividade dos precedentes, antes mesmo da análise da norma legal infraconstitucional (positivação dos precedentes no NCPC). E isso ocorre, por ocasião da própria estruturação do sistema jurídico brasileiro, que adota a unicidade da jurisdição e segurança jurídica, à luz da igualdade, com previsão expressa constitucional (incisos XXXV e XXXVI, e *caput*, respectivamente, do art. 5º da CF-88).

A vinculatividade dos precedentes judiciais pátrios, portanto, se encontra alicerçado constitucionalmente pelo princípio da igualdade, que dá suporte e permissão à positivação de mecanismos sistêmicos no sentido de resguardar a igualdade das decisões judiciais, como bem expressa o Código de Processo Civil de 2015.

A efetiva distinção entre as culturas romano-germânica e anglo-saxônica desponta na metodologia da interpretação e, portanto, na completude da norma, quando do julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário (enquanto na *common law* prepondera o método indutivo, na *civil law* ressaí o dedutivo. A preponderância metodológica encontra traços de distinção, o que não se tem realçado na técnica de interpretação e aplicação, que se apresentam semelhantes. Será na aplicação da norma por analogia ou por dedução que a diferença se realçará). Ao identificar a aplicação de um método ou outro, tendo em vista a preponderância da lei escrita ou do precedente judicial, conseguimos perceber reais diferenças, que muito nos auxiliam na constatação da vinculatividade dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Cuidamos, ainda, do entendimento de um novo papel das Cortes Supremas num Estado Democrático de Direito Constitucional, tendo em vista que os precedentes judiciais produzidos pelas Cortes Supremas vinculam, por ser condução imperativa da racionalidade, face a universalidade, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, coerência, isonomia e segurança jurídica.

Ressalva interessante ocorreu antes do último tópico, onde houve o destacamento de que, esta tese da vinculatividade, não importa em incorporação plena da doutrina do *stare decisis* e de fiel adoção da técnica de aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico nacional (até porque, somente o fato da preponderância codicista no Brasil, que difere da prevalência pretoriana nos EUA e Inglaterra, por si só, já exige uma adaptação, for o caso de suposta adoção integral),

mesmo não sendo o vértice investigado, mas para que se deixa claro que o Brasil tem seus próprios precedentes e sua própria vinculatividade, apesar de parecer ainda carecer de estruturação, como se nota pela diversidade metodológica da doutrina à respeito.

Nada obstante, diversas técnicas processuais são possíveis de serem encontradas no Código de Processo Civil de 2015, justamente porque estatuto que assimila esta nova concepção, e busca auxiliar, através da disponibilização de instrumentos processuais, o atingimento da igualdade das decisões judiciais, uma das faces do princípio constitucional da igualdade sob o enfoque do judiciário.

Deste modo, concluímos que a igualdade das decisões judiciais encontra hoje instrumentos expressos na lei no sentido de seu alcance, o que reforça a segurança jurídica e fortalece o sistema. E, bem por isso, entramos no tratamento do último tópico, para evidenciar estas identificações.

O NCPC, diferentemente do códex antigo onde imperava a *teoria da relação jurídica*, em que a relação processual se completava por meio da presença das partes e do juiz - que se distanciava das partes em nome da imparcialidade, a chamada equidistância, e realizasse o julgamento segundo a sua *livre convicção motivada* - inaugurou em nosso ordenamento outra dinâmica, haja vista que institui *nova teoria processual*, voltada aos dias atuais, seguindo os mandamentos democráticos constitucionais e os direitos humanos fundamentais (CF-88). O novo diploma processual pressupõe um processo cooperativo e substancial, voltado a resolver os problemas levados ao judiciário, considerando não apenas a função de resolver os casos concretos, mas, também de forma precípua, completar o ordenamento, unificando o direito através de suas decisões (novo papel da Cortes Supremas), o que ocorre, como deixa evidente a Lei nº 13.105/2015, através da uniformização das decisões judiciais, isto é, por meio da vinculatividade dos precedentes judiciais.

As demandas contendo questões de relevância, seja pela matéria ou pela repetitividade dos casos – neste último onde a relevância, independentemente da matéria, repousa justamente no abarrotamento do Judiciário e nas decisões desiguais -, devem tramitar com a participação da sociedade civil, como reforço da democracia, vinculando os casos futuros semelhantes.

Pois bem. Toda a investigação proposta, nos limites do corte histórico e metodológico selecionado para este trabalho, nos conduziu ao reconhecimento da existência da *vinculatividade dos precedentes judiciais brasileiros*, por expressão do

próprio sistema jurídico pátrio, de tradição peculiar, em pese sua origem romano-germânica, que, especialmente pelo *princípio da igualdade*, mas não apenas (senão lembremos da segurança jurídica, isonomia, unicidade da jurisdição, previsibilidade, dentre outros), tem sustentação constitucional, sendo regulamentado por lei

A pesquisa não apontou inconstitucionalidade do NCPC. Ao contrário, concluiu que o novo diploma reforça os mandamentos constitucionais – até mesmo reservou os dispositivos preambulares para tratar desta consonância com a Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos fundamentais.

A investigação nos levou a rematar pela existência de vinculação dos precedentes judiciais em nosso ordenamento, haja vista a positivação pelo novo Código de Processo Civil, que atende mandamento constitucional do princípio da igualdade. Esta previsão expressa no novo diploma processual civil – que inaugura nova sistemática processual pátria - dos precedentes judiciais, em um paralelo com a técnica dos precedentes da *common law*, e como os instrumentos processuais previstos tendem a respeitar as decisões judiciais, vinculando os precedentes judiciais.

Tanto que apontamos, passo a passo, que a técnica de aplicação dos precedentes encontra-se positivada no NCPC, à nossa maneira, mas não afasta a constatação da indicação da *ratio decindi*, *obter dictum*, colegialidade, *overruling* e demais, não permite asseverar inexistir vinculação de precedentes no Brasil. Ora, o novo código expressamente exige a uniformidade dos precedentes.

Desta maneira, a presente pesquisa nos conduziu ao reconhecimento da existência de vinculatividade dos precedentes judiciais, e que a sua positivação pelo novo Código de Processo Civil não se mostra inconstitucional, na medida em que se encontra consoante o princípio constitucional da igualdade, que aplicado ao processo, revela três primas, sendo um deles o da igualdade das decisões judiciais, que só é possível por meio de um sistema que dê sustentação à vinculação das decisões dos tribunais aos casos semelhantes já decididos, na técnica interpretativa de aplicação dos precedentes.

O trabalho, primordialmente, procurou colaborar com a identificação dos pontos necessários a serem focados quando do estudo dos precedentes brasileiros, já que identificou na doutrina diversos motes argumentativos já superados e que não colaboram em uma efetividade de estudo dos precedentes, que não mais podemos escapar uma vez que positivado no sistema.

Procuramos um foco conceitual, de busca por discussões atuais pensadas em tempos atuais – nos encontramos na pós-modernidade e a ciência não pode retroagir. Desta maneira, objetivamos colaborar, teoricamente, a evidenciar a vinculatividade dos precedentes no Brasil, Estado Democrático Constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao direito comparado*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 295 - 316, jul./dez. 2015.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Código de Processo Civil Anotado*. Coordenação: José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti, Sandro Gilbert Martins. AASP, 2015.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; e LIMA NETO, Francisco Vieira. *Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano*. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 192, p. 129-166, fev. 2011. Editora: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.
- _____. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos das class actions norte americana*. De Jure - Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007a.
- _____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p. 58-129, jan./mar., 2007b.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Título original: Liquid modernity. Oxford: Polity Press, 2000. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BENACCHIO, Marcelo. e SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. *A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa – desafios materiais e eficaciais*. Org. Narciso Leandro Xavier Baez. Joaçaba: Ed UNOESC, 2012.
- BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- BERTÃO, Rafael Calheiros. *Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro*. Revista de Processo, vol. 253, p. 347-385. Mar, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRETAS, Carla Panza; MATTOS, Kennedy Josue Greca de; SCHIER, Paulo Ricardo. *Teoria do Direito e da Constituição no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista: análise quanto à racionalidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 115-130, dez. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil. Tomo II*. Tradução de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

CAMARGO, Luiz Volpe Henrique. In *Direito Jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, p. 553/674, 2012.

CARPENA, Márcio Louzada. *Os poderes do juiz no Common Law*. Direito e Democracia, Canos, v. 10, n. 1, p. 85-104, jan./jun. 2009.

CATHARINA, Alexandre de Castro. *A construção dialógica dos precedentes judiciais: breves reflexões sobre democratização do processo judicial*. REDES-Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canos, vol.4, n. 1, maio 2016. Disponível em: <http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2318-8081.16.10/pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CELLA, José Renato Gaziero. e RODRIGUES, Renê Chiquetti. *Neoconstitucionalismo ou paleoconstitucionalismo? Apontamentos acerca da compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo*. Revista do direito público. Londrina, v.9, n.2, p.93-114, mai./ago., 2014.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. e MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. *A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.8, n.15, p.9-24, janeiro/junho de 2011.

CRUZ E TUCCI, Rogério. *Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula*. Julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 25/11/2018.

_____. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Revista do advogado: o novo código de processo civil. Coordenadores: José Rogério Cruz e Tucci, Heitor Vitor Mendonça Sica - Revista nº 126 Pg. 143/151- maio de 2015.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. *Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos*. Trad. Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes. São Paulo, 2002.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Podivm, 2015, p. 385.

_____. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. Salvador: Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1 –15ª Ed., rev., ampl. e atual. JusPodivum. 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal - São Paulo: Saraiva, 2013.

FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 509/533, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1726/1641>. Acesso em: 19 jul. 2017.

GALIO, Morgana Henicka. *História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas*. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1ªed. Florianópolis: v., p. 233-255. CONPEDI, 2014.

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

GOMES, Luiz Flávio. e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. e SACONATO, Thais Estevão. *A teoria do precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: segurança jurídica e acesso à justiça*. Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom. Helder Câmara; coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio -Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/368>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante da jurisdição constitucional*. São Paulo, 192 p. (Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo), p. 117; 2004.

LEGALE, Siddharta. *Superprecedentes*. Rev. direito GV vol.12 no.3 São Paulo set./dez. 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo.. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria Geral das Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. 2. ed rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em 27 out. 2014.

_____. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume 2 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero – 3 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. e MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. *Princípio da cooperação no processo civil*. Revista Thesis Juris – RTJ, eISSN 2317-3580, São Paulo, V. 5, N.1, pp. 163-191, Jan.-Abr. 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*, 2012. Disponível em: http://www.academia.edu/3223814/Fundamentacao_e_precedente_dois_discursos_a_partir_da_decisao_judicial_-_Revista_de_Processo_206. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo | vol. 245/2015 | p. 333 - 349 | DTR\2015\11014, Jul. / 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed., Salvador: Editora Juspodium. 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

OLIVEIRA, Lucas Rebello de. E MEDEIROS, Raffaella Martins. TERRA, Pedro de Bragança. e QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves. *Sustentabilidade: da evolução dos conceitos à implementação como estratégia nas organizações*. Produção, v. 22, n. 1, p. 70-82, jan./fev. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/prod/v22n1/aop_0007_0245.pdf. Acesso em: 16 ago. 2017.

PARREIRA, Liziane; e BENACCHIO, Marcelo. *Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade*. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *O modelo de precedentes do código de processo civil de 2015 e o fim da “objetivação do recurso extraordinário”: o Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira corte suprema*. Revista Derecho y Cambio Social. Disponível em: www.derechoycambiosocial.com; ISSN: 2224-413; 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previstos no novo CPC*. Revista de Processo. Vol. 259. Ano 41. p.405-435. São Paulo: Editora RT, 2016.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Júlio César. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo, vol. 208, p. 203-240. Jun, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *Precedentes e jurisprudência: uma distinção necessária no sistema jurídico brasileiro*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMÃO, Lucas Pinto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)*, 2015. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>.

SILVA, Denis Cortiz da. *O mandado de injunção como ferramenta de promoção da cidadania*. Colóquio de pesquisa das universidades paulistas. Coordenação: Vladimir Oliveira da Silveira, Samyra Haydê Del Farra Nasponili Sanches, Mônica Bonetti Couto. 1ª ed. São Paulo: Editora Clássica, 2016.

SILVA, Diogo Bacha e. *A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law*. DFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi. v. 4, n. 1, janeiro-junho, 2017

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da função à estrutura*. Revista de Processo: RePro, v. 33, n. 158, p. 9-19, abr. 2008. <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85914>. Revista dos Tribunais: 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de Direito Comparado (I). O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA*. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo 1997.

_____. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Common law*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, George. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 3ª Ed. Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 135 – Setembro, 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, vol. 199, set, P. 139-155, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

WHITTAKER, Simon. *El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela*. Revista Chilena de Derecho, v.35, n.1, pp. 37–83, Santiago, abr. 2008.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no brasil e cultura - um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho*. Revista de Processo, vol. 243, p. 409-433. Mai., 2015.

ZANETI JR, Hermes. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?* Revista de Processo, vol. 257, p. 371-388. Jul., 2016.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. rev. amp. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.