

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO
DIREITO BRASILEIRO – UM DIÁLOGO ENTRE
TRADIÇÕES JURÍDICAS.**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional – ano letivo 2016/2017, orientado pelo Senhor Doutor Professor Davi José Peixoto Duarte, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NATHÁLIA GOMES PIMENTA FIUZA GOUTHIER
LISBOA
2019**

NATHÁLIA GOMES PIMENTA FIUZA GOUTHIER

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO
BRASILEIRO - UM DIÁLOGO ENTRE TRADIÇÕES JURÍDICAS.**

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídico-Políticas.

Menção: Direito Constitucional.

Orientador: Senhor Doutor Professor Davi José Peixoto Duarte.

**Lisboa
2019**

“não existem panacéias, apenas caminhos promissores para explorar. E há tanta coisa que não sabemos...” “there are no panaceas, only promising avenues to explore. And there is so much we don’t know...” Frank A. Sander. 1976.

*“nada é permanente, exceto a mudança”
(Heráclito, 500 a.C.)*

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo demonstrar que a utilização dos precedentes judiciais na atividade jurisdicional nos países de tradição de *civil law*, a partir do séc. XX, pode ser instrumento capaz de assegurar a realização dos valores igualdade e liberdade através da segurança jurídica e da racionalidade da jurisdição. O que se pretende identificar é a ocorrência do fenômeno da interpenetração de tradições jurídicas nos ordenamentos jurídicos modernos, em razão do constitucionalismo contemporâneo. O ordenamento jurídico nos países de *civil law* a partir do séc. XX deixa de ser constituído apenas por regras, descaracterizando a atividade mecânica da interpretação como simples ato de subsunção. A inserção de princípios e de regras abertas, ou conceitos jurídicos indeterminados, impôs ao intérprete a utilização e valorização de outros métodos de aplicação do direito a exemplo da analogia. Diante desta nova configuração, percebe-se uma aproximação da tradição jurídica *civil law* com a tradição jurídica de *common law*. A utilização e valorização dos precedentes judiciais atribuindo-lhe força normativa significa, pois, uma necessária adaptação na organização jurisdicional para a realização dos valores democráticos de liberdade, igualdade e segurança jurídica. É nesse contexto que se apresenta a importância do estudo do direito como integridade e a ideia do romance em cadeia de Ronald Dworkin, como meio de assegurar uma coerência do direito através das decisões judiciais. Desta forma, o foco deste estudo é a possibilidade de atribuição de eficácia normativa aos precedentes judiciais como forma de racionalização do sistema jurídico brasileiro pela estabilização e previsibilidade da jurisprudência. O respeito aos precedentes judiciais constitui atitude que, importado da doutrina inglesa do *stare decisis et non quita movere*, consegue atribuir a segurança jurídica que faltava à jurisdição do sistema de tradição civilista, reduzindo a imprevisibilidade das decisões judiciais e realizando a igualdade e a liberdade como valores essenciais do estado de direito.

PALAVRAS-CHAVES

PRECEDENTES JUDICIAIS; DIÁLOGO ENTRE TRADIÇÕES; SEGURANÇA JURÍDICA; ISONOMIA.

ABSTRACT

The present dissertation aims to demonstrate that the use of judicial precedents in the hermeneutical activity performed by the courts in the countries of civil law tradition from the 19th century can be an instrument capable of ensuring the application of the principles of legal security and isonomy, in addition to bringing rationality to the legal system. What is intended to be pointed out is the occurrence of the phenomenon of the interpenetration of legal traditions in modern legal systems, due to contemporary constitutionalism. The legal system in the countries of civil law from the century XX ceases to be constituted only by rules, discharacterizing the mechanical activity of interpretation as a simple act of subsumption. The insertion of principles and open rules, or undefined legal concepts, imposed on the interpreter the use of new methods of law enforcement. In view of this new configuration, we can see an approximation of the civil law tradition with the common law tradition. The use and appreciation of judicial precedents and the attribution of normative force mean therefore a necessary adaptation in the judicial organization for the realization of the democratic values of freedom, equality and legal certainty. It is in this context that the importance of the study of law as integrity and the idea of Ronald Dworkin's novel as a means of ensuring a coherence of law through judicial decisions. In this way, the focus of this study is the possibility of assigning regulatory effectiveness to judicial precedents as a way of streamlining the Brazilian legal system by stabilizing and predictability of jurisprudence. The respect for judicial precedents is attitude, imported the doctrine of *stare decisis et non quieta movere* can attribute the legal certainty that was lacking to the jurisdiction of the civilian system, reducing the unpredictability of judicial decisions and realizing equality and freedom as essential values of the rule of law.

KEY- WORDS

JUDICIAL PRECEDENTS; DIALOGUE BETWEEN TRADITIONS; LEGAL SAFETY; ISONOMY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS ROMANO-GERMÂNICA E ANGLO-SAXÔNICA: A CIVIL LAW E A COMMON LAW	11
1.1 A CIVIL LAW E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
1.2 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA CIVIL LAW	20
1.2.1 As Fontes do direito na Civil Law	23
1.3 COMMON LAW E SUA AVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	28
1.4 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA COMMON LAW.....	33
1.4.1. As fontes do direito na Common Law.....	37
1.5 A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE TRADIÇÃO DE CIVIL LAW E COMMON LAW - A INTERPENETRAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS	39
2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	49
2.1 O JUIZ EM FACE DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	55
3. INSERÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL	61
3.1 FUNDAMENTOS PARA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL COM BASE NA ANALOGIA.	70
3.2 CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL	73
3.2.1 Distinguishing e Overruling	74
3.2.2. Ratio Decidendi e Obter Dictum	80
3.2.3 Eficácia Horizontal e Eficácia Vertical dos Precedentes	82
3.2.4 Precedentes de Eficácia Normativa e Precedentes de eficácia Persuasiva.....	84
3.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	86
4. PRECEDENTE DO STF QUE DEMONSTRA IMPORTÂNCIA DA SUA EFICÁCIA VINCULANTE PARA OS VALORES DEMOCRÁTICOS	90
5. CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

INTRODUÇÃO

A vida e a dinâmica das sociedades no mundo contemporâneo mudaram, a velocidade das informações, notícias e acontecimentos escorrem aos nossos olhos com simples tocar de dedos em uma tela de computador¹.

O direito, produto da invenção humana, fenômeno histórico e cultural, introduzido inicialmente nas sociedades medievais e romanas com a finalidade de disciplinar a vida em sociedade e definir padrões de comportamento, já não mais consegue se manter caminhando com a mesma velocidade que a rotina contemporânea impõe.

Neste contexto de dinamismo, pluralidade e aceleração do tempo, o modelo de jurisdição legalista que, nos séculos XIX e XX, foi utilizada pelos países de tradição jurídica de *civil law* para a garantia do regime democrático pela tutela jurisdicional da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, já não se mostra mais adequado às sociedades contemporâneas. A fórmula do positivismo jurídico, da legalidade formal e da jurisdição lógico-declaratória, consagrada na doutrina e na jurisprudência dos últimos dois séculos, não se revela mais suficiente e adequada ao séc. XXI.

Trata-se, na verdade, da constatação de que as técnicas e os métodos lógico-formais impostos ao Poder Judiciário na tradição de *civil law* na era moderna do Estado Liberal tornaram-se obsoletos para atingir os objetivos do constitucionalismo contemporâneo.

A pretensão de realização da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Legalista através da separação rígida de poderes em que o legislativo ocupa posição de supremacia, revelou-se frustrada. A legalidade formal e o caráter declaratório, lógico-formal da jurisdição, além de não realizar estes valores democráticos, em razão dos quais foram concebidos, agravou as desigualdades e restringiu a liberdade individual como efeito da concentração de riquezas e de poder. O fetiche da lei e do legalismo serviram de disfarce ao arbítrio e à barbárie.

¹ Vale a pena mencionar citação do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, em seu livro intitulado **Interpretação e Aplicação da Constituição**: “*Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre Luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial.*” BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. – 6ª ed. rev. atua. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. Pág. 303.

Nesse contexto de deficit democrático, o constitucionalismo contemporâneo atribui força normativa à Constituição, como ordem principiológica aberta, estruturada por conceitos jurídicos indeterminados, de baixa densidade normativa, que tem como finalidade essencial a tutela da dignidade da pessoa humana através da garantia de direitos fundamentais. Logo, a jurisdição do sistema jurídico romano-germânico, de tradição civilista, proibida de interpretar a lei, pois tem natureza meramente declaratória, em um raciocínio silogístico de subsunção dos fatos às normas, se torna impotente para a tutela do regime democrático, pois proibida de interpretar a lei segundo princípios éticos de justiça. A tradição jurídica de *civil law* e a atividade jurisdicional precisa, então, se adaptar ao constitucionalismo contemporâneo para a aplicação e a concretização de uma normatividade aberta no âmbito de uma sociedade cada vez mais complexa e plural.

Desta forma, países de tradição jurídica romana-germânica, apoiados na legalidade estrita, se veem na missão de desenvolver e buscar em outras tradições jurídicas instrumentos adequados à concretização e à tutela dos direitos abstratamente previstos na Constituição e oriundos de valores éticos que repousam seu fundamento na dignidade do homem. Surge, então, a necessidade de observar nos países de tradição jurídica anglo saxônica, de direito consuetudinário, as formas e os métodos jurisdicionais de realização dos valores éticos subjacentes à realidade social. Pois, é da essência destes sistemas jurídicos a realização jurisdicional dos costumes resultantes dos princípios éticos que os sustentam.

O direito consuetudinário, de tradição jurídica anglo-saxônica, *common law*, atribui ao poder judiciário relevante função normativa através da força vinculante dos precedentes judiciais. A eficácia vinculante dos precedentes, “*stare decisis et non quieta movere*”, constitui o elemento da tradição e dos costumes que salvaguarda a segurança jurídica para a realização da isonomia e da liberdade individual. A estabilidade e a previsibilidade da jurisprudência, realizados pela força vinculante dos precedentes, apresentam-se como elementos indispensáveis à realização da igualdade, da liberdade e da segurança, essenciais à ideia de estado democrático de direito. Nesse sentido, me parece que a valorização dos precedentes judiciais no nosso sistema jurídico de tradução civilista, atribuindo-lhe eficácia normativa, é uma via adequada ao amadurecimento da nossa recém-nascida democracia.

Trata-se, assim, da expansão da tradição jurídica de *civil law* como meio de adequação à nova realidade que a sociedade contemporânea impõe. Uma adaptação necessária à sua preservação. É a ascensão da jurisprudência em países que seguem a tradição de direito

legislado. Há uma aproximação e um diálogo entre tradições jurídicas a fim de se adaptar a uma realidade social marcada pela complexidade, pela diversidade e pelo pluralismo.

Posto isso, pergunto, como questão central desta dissertação, se a valorização dos precedentes judiciais pela atribuição de eficácia normativa e vinculante aos precedentes judiciais, no âmbito do sistema jurídico de *civil law*, seria um elemento garantidor da segurança jurídica? A sua utilização seria instrumento capaz de conter o caos judicial existente no Brasil? Constituir-se-ia em instrumento de racionalização idôneo a impedir decisões voluntaristas de caráter solipsista, hoje muito frequentes no judiciário brasileiro? Os precedentes judiciais introduzidos no Brasil com o Código de Processo Civil, quando bem utilizados, podem sanar a insegurança jurídica sentida pelo jurisdicionado brasileiro?

A tais questões, muito recentes para a doutrina brasileira e para a tradição da *civil law*, é que o presente trabalho buscará responder. Com esse objetivo, busca-se examinar como se dá a utilização dos precedentes judiciais – *judge made law* – no direito brasileiro, com base em uma experiência bem-sucedida no desenvolvimento judicial do direito nos países de tradição de *common law*. O foco deste estudo é a possibilidade de atribuição de eficácia normativa aos precedentes judiciais como forma de racionalização do sistema jurídico brasileiro pela estabilização e previsibilidade da jurisprudência.

A dissertação será dividida em três partes. Na primeira parte será desenvolvido um estudo comparativo expondo a função dos precedentes judiciais na *common law* e no sistema romano-germânico. Nela farei uma contextualização da tradição jurídica de *civil law* a partir do séc. XVIII no continente europeu e os seus principais aspectos históricos e jurídicos, mencionando a tentativa de controlar o poder judicial pela rigidez do princípio da separação dos poderes e pela legalidade e isonomia meramente formais. Farei um contraponto com a tradição jurídica de *common law* e como esses mesmos princípios eram resguardados, mesmo não havendo lei escrita.

Já na segunda parte será proposta uma análise sobre a jurisdição constitucional do período pós segunda-guerra mundial, e o seu desafio de adaptação diante da perspectiva da Constituição Normativa. A adaptação da tradição jurídica de *civil law* em face de enunciados normativos de caráter aberto e principiológico. Nesse ambiente desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional, que superou os pressupostos do modelo positivista tradicional, redefinindo o papel da norma e do intérprete.

Pretende-se, pois, contextualizar o problema de insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil, em face deste novo cenário, analisando a possibilidade de interpenetração das tradições jurídicas de *common law* e *civil law* como forma de atenuar os efeitos desta instabilidade. E, para isso, será feita análise do direito como integridade, com base na teoria de Ronald Dworkin e de que modo ele é compatível com uma doutrina do *stare decisis*.

Em seguida, farei a contextualização do direito Brasileiro, que depois da redemocratização promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu-se força normativa aos princípios constitucionais e, conseqüentemente, o Poder Judiciário ascendeu como relevante instância normativa. E, diante deste cenário, de um país que tradicionalmente adotou a *civil law*, como será enfrentado o desafio de adotar instrumentos alienígenas em sua cultura jurídica para assegurar princípios constitucionais tão caros ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Passo a enfrentar as questões colocadas, defendendo a possibilidade de respeito generalizado aos precedentes, por parte dos juízes e tribunais, como forma de assegurar a previsibilidade da jurisprudência, elemento fundamental à ideia de segurança. Além disso, a aplicação da mesma solução a casos semelhantes impede que se produzam resultados discriminatórios em relação às pessoas que se encontram na mesma situação, tutelando-se a igualdade. Para isso, vou apresentar os mecanismos de distinção e superação dos precedentes e como se dá a extração da regra emergente (*ratio decidendi*). E por fim, a conclusão, que apresenta, de forma sintética, as principais proposições decorrentes do presente estudo.

Em nenhum momento tenho a pretensão de esgotar o tema, ou apresentar uma solução inovadora para a questão. Apenas venho, através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, apresentar posições de autores que defendem o tema e como tem sido encarado no direito brasileiro a recepção e a valorização dos precedentes judiciais nos dias de hoje. Defendo o diálogo entre as tradições jurídicas e entendo que não apenas em um mundo globalizado, mas desde os primórdios da humanidade, a ferramenta mais eficiente para a sobrevivência é a constante mudança e adaptação.²

² Como será observado a seguir, a tradição de *civil law* vem passando por transformações significativas em sua estrutura, o que não significa dizer que é o anúncio de sua extinção. Pelo contrário, as alterações sofridas apontam para um fortalecimento maior ainda desta tradição.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS ROMANO-GERMÂNICA E ANGLO-SAXÔNICA: *A CIVIL LAW E A COMMON LAW*

Antes de tecer considerações e apresentar os principais conceitos e características das tradições jurídicas de *civil law e common law*, indispensáveis ao desenvolvimento da presente dissertação, é imperioso o exame sobre o *conceito* de uma tradição jurídica. Constitui o modelo de organização jurídica de uma nação que agrega, a partir da evolução social, partículas identitárias de sua cultura, constitutivas de instituições legais, processos e normas vigentes³. Revelam-se, pois, no espaço, diferentes modos de organização, distinguindo-se em razão das variações culturais nas suas diversas manifestações, como fontes do direito, aplicação, interpretação da lei, noção, função da Constituição e função jurisdicional.

Normalmente, na maioria das escolas de direito dos países ocidentais, no início da graduação, ensina-se, propedeuticamente, em introdução ao estudo do direito, as duas grandes tradições jurídicas, uma proveniente da cultura anglo-saxônica e outra da cultura romano-germânica, a *common law* e a *civil law* respectivamente. Todavia, não podemos deixar de mencionar sobre a existência e importância de diversas outras tradições jurídicas existentes em outras partes do globo como, por exemplo, a tradição jurídica Hindu, Muçulmana, Africana e do Extremo Oriente. Para os fins da presente dissertação, vou me limitar a traçar os principais conceitos e características das duas primeiras tradições jurídicas acima mencionadas, as tradições ocidentais de *common law* e *civil law*.

Tradição jurídica, assim, será considerada neste trabalho, como as características históricas e culturais que um ordenamento jurídico possui e que absorveu ao longo de sua evolução fazendo-se perpetuar em sua estrutura⁴. É um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e de seu papel na sociedade. Gera-se, assim, uma identidade jurídica que é capaz de lhe diferenciar de outras tradições. Neste sentido, a forma pela qual a sociedade se comporta, como o direito é criado e,

³MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A Tradição da civil law: uma introdução aos Sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. “Um sistema jurídico, na acepção em que o termo é aqui empregado, é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes.” Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009. Pág.21.

⁴MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. “O civil law e o common law surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes.” definidas por institutos e conceitos próprios”. Pág.25.

posteriormente aplicado são as manifestações deste arcabouço histórico-cultural⁵. Mas, não se pode olvidar que, ao longo de seu processo de desenvolvimento surge, em muitos casos, uma necessidade de reflexão, tanto por parte da sociedade, como por parte dos operadores do direito, sobre a necessidade de realizar reenquadramentos ou reparos, para que haja o seu aperfeiçoamento no âmago de uma constante mudança social.

Nos dias de hoje, independentemente de qualquer preocupação acadêmica em lecionar sobre as tradições jurídicas, é fundamental que as pessoas se apercebam da necessidade do conhecimento do direito estrangeiro, de sua tradição e aplicação⁶. Pois, a movimentação das pessoas, das mercadorias e do capital sofrem uma tendência cada vez maior de tornarem as fronteiras entre os países quase que invisíveis ou pelo menos mitigadas. Neste sentido, a edificação de um ordenamento jurídico não pode se limitar, se fundar em uma falsa impressão, que a aplicação de sua própria tradição jurídica será suficiente para lidar com todas as situações da vida que pululam em sociedade. Já é hora de se acreditar e, além disso, de experimentar, a utilização de técnicas e instrumentos jurídicos de outras tradições, para fins de eventuais melhorias e adaptações em ordenamentos jurídicos que, muitas vezes, se encontram engessados por desconsiderar o globalismo contemporâneo, e por essa razão não obtêm sucesso na adaptação do direito à evolução social. Conclusão deste fato é a morosidade da prestação jurisdicional, a ofensa a princípios constitucionais, como igualdade e segurança jurídica, o que gera, assim, na sociedade, o aumento do grau de desconfiança com a prestação do serviço público, principalmente com a prestação da atividade jurisdicional.

Traçado assim um marco para o início do trabalho, qual seja, a definição de tradição jurídica e a necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos no contexto da sociedade contemporânea. Irei apresentar as principais características e conceitos das duas tradições que me propus a confrontar para, em seguida, verificar a sua (im)possibilidade de diálogo no contexto do ordenamento jurídico brasileiro que é, desde sua origem, um ordenamento jurídico híbrido. A intenção é analisar e fundamentar a opção do constituinte derivado e do legislador brasileiro de atribuir força vinculante aos precedentes judiciais, instituto da tradição jurídica anglo-saxônica inserido no contexto da tradição romano-germânica, revelando um

⁵ MERRYMAN. “O estudo da tradição jurídica coloca o sistema dentro de uma perspectiva cultural. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua formação cultural.” Pág. 23.

⁶ Idem. Pág. 23. “Dentre as muitas e variadas tradições jurídicas existentes hoje, as duas que aqui estão sendo constantemente mencionadas são de particular interesse, por sua posição dominante em países poderosos e tecnologicamente avançados, e também porque elas têm sido exportadas, com maior ou menor eficácia para outras partes do mundo.”

dos aspectos desta aproximação. Feitas estas observações acerca do conceito de tradição jurídica, passo a fazer as considerações sobre a tradição jurídica de *civil law*.

1.1 A *CIVIL LAW* E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como dito acima, para estudarmos uma tradição jurídica e conhecer seus aspectos mais relevantes, é preciso levar em consideração todo o conjunto de características históricas e culturais que foram desenvolvidas e absorvidas ao longo de seu desenvolvimento. Neste sentido, a tradição jurídica de *civil law* não foi construída com base em apenas um período da história. Pelo contrário, foram necessários uma série de incidentes e acontecimentos históricos para conseguir alcançar o status, importância e a influência que possui nos dias atuais. Associada diretamente com o período do desenvolvimento do direito romano, a *civil law* sofreu influências também do direito canônico, do direito comercial e da Revolução Francesa⁷. Para os fins da presente dissertação irei apresentar pinceladas dos momentos históricos que considere de maior importância para a caracterização e evolução histórica da *civil law*.

O conceito de *civil law* foi desenvolvido, inicialmente, na Europa, mais precisamente, na época do Império Romano, sob o comando do Imperador Justiniano no séc VI.⁸ A pretensão do líder romano era de elaborar um documento que fosse capaz de prevenir soluções para todos os problemas surgidos entre os cidadãos na convivência social.⁹ A *civil law* nascia em torno da consolidação de uma compilação em códigos, da positivação de regras jurídicas escritas, aliada a um de seus maiores dogmas: o de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la.¹⁰ Justiniano pretendia, assim, antecipar nos códigos todas as hipóteses fáticas que poderiam se concretizar na realidade, disciplinando-as abstratamente por normas que continham soluções para tudo que ocorria debaixo do sol e da lua, restando ao judiciário apenas declarar a solução contida na lei.

⁷ No decorrer de toda esta dissertação ao me referir a “Revolução” estarei me reportando aos movimentos políticos revolucionários do séc. XVIII e XIX, mas em especial à Revolução Francesa.

⁸ Ob.cit. “Justiniano estimou conveniente eliminar o que estava errado o fosse obscuro ou repetitivo; resolver os conflitos e as dúvidas; e organizar o que convinha conservar em forma sistemática.” Pág. 26.

⁹ GILLISSEN, JOHN. **Introdução histórica ao direito**. “Esse monumental trabalho veio vazado em quatro partes: o Código (Codex Justiniani) em 529, elaborado para substituir o código Teodosiano; o Digesto (Digesta ou Pandectas), com a compilação dos escritos dos juristas do período clássico; as Instituições (Institutiones Justiniani); e as novelas (novella ou leis novas).” Pág. 92.

¹⁰ PLUGLIESE, Wiliam. Precedentes e a *civil law* brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 24.

Todavia, com a queda do Imperio Romano e a fragmentação do continente europeu, o direito romano perde a sua posição central e cede espaço para outros ideais.¹¹

Mas, o período seguinte, compreendido entre os sécs. XI a XVIII, é de grande relevância à tradição jurídica civilista, merecedor, pois, de maior atenção do estudioso do direito. Trata-se do período do Renascimento do direito Romano na Europa ocidental, momento em que as cidades e o comércio ganhavam nova organização, e a intensificação do ideal de que somente o direito poderia assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.¹² O direito que surgia era emancipador e buscava melhorar a condição da burguesia nascente frente aos donos do poder e se constituía em um sistema intelectualmente mais acurado, que pretendia superar o estado fragmentário feudal, por meio da unidade jurídica.¹³ Filósofos e juristas da época passaram a exigir que as relações sociais se baseassem no direito e que se colocasse termo ao regime de anarquia e de arbitrariedade que reinava há séculos.

O interesse pelo direito romano foi readquirido e a centralização deste processo foi mais efetiva na Itália, na Universidade de Bolonha. Lá o direito romano constituía o principal objeto de estudo, deixando em segundo plano o direito consuetudinário presente na cultura dos povos bárbaros. Estudar em Bolonha significava, pois, estudar o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

A partir do pensamento renascentista, o sistema jurídico romano-germânico passa a se desenvolver com mais força, graças aos esforços das universidades europeias que passaram a desenvolver e elaborar seus estudos jurídicos com base nas compilações do imperador

¹¹ ZANETI, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes.** 3ª. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPodivum, 2017. Pág. 95. “A antiguidade termina no séc. IV e, ao lado do direito romano, surge o direito canônico. Instala-se um sistema dualista – o direito laico e o direito religioso – que irá se manter até o séc. XX. No período que segue, encontram-se na Europa da aurora da Idade Média (Alta Idade Média – sécs. VI a XII) os sistemas jurídicos do direito romano no sudeste, como o direito bizantino, o direito canônico, os direitos dos povos germânicos tornados sedentários (visigodos, francos, lombardos, anglos, saxões, normandos, etc.), os direitos eslavos, o direito do Império Carolíngio (séc. VIII-IX) -, o direito feudal domina a Europa ocidental; ele não desaparecerá definitivamente senão nos fins do séc. XVIII em França e na Bélgica, e, quanto à Alemanha, no séc. XIX.”

¹² RENÉ, David. **Os Grandes sistemas do Direito Contemporâneo.** Editora Martins Fontes. 2002. Pág. 31.

¹³ Trata-se, portanto, de fenômeno “emancipador”. Acentua Boaventura de Sousa Santos: “Na origem dessa nova constelação jurídica está o “direito erudito” e a racionalização jurídica da vida social que ele propunha. A recepção do direito romano convinha aos projetos emancipatórios da classe nascente, já que desenvolvia uma forma de regulação jurídica que reforçava os seus interesses numa sociedade que ela não dominava, nem política, nem ideologicamente.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2000, pág. 122.

Justiniano, uma ciência que seria comum a todos e apropriada às condições do mundo moderno¹⁴.

Difundida por todo o território europeu continental, a ideia de codificação e de organização do estado através de um documento escrito, assumiu em cada país de tradição romana peculiaridades e repercussões próprias. Restava claro a ideia de que, para o fortalecimento das nações e para o desenvolvimento do sentimento de nacionalismo e soberania nacional, que agora imperava nos países da Europa continental, um documento escrito seria manifestação direta dos ideais de uma nação – que tinha agora como missão manter a unidade do território e pacificar conflitos internos, ao mesmo tempo em que afirmava a identidade nacional frente aos demais Estados nascentes,¹⁵ “A era dos códigos”.

Essa “Era” se caracterizou por um sistema de tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude. A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola de direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais. A noção de codificação vem acompanhada da ideia de segurança, progresso, garantia da ordem e preservação das liberdades individuais, a fim de evitar arbitrariedades por parte dos Estados. A codificação apresenta-se com o intuito de liquidar o arcaísmo que se perpetuava e colocava, ao mesmo tempo, fim à ideia de fragmentação do direito e à multiplicidade de costumes. Mas, para que a ideia de codificação atendesse à ambição da realização da escola de direito natural seria necessário, então, uma certa condição. Era necessário que fosse estabelecida por um grande país, exercendo sobre os outros uma influência a qual eles não saberiam esquivar-se¹⁶. Ou seja, a codificação só poderia ter bom êxito nas condições em que foi realizada, na França no alvorecer da Revolução Francesa¹⁷.

A ideia de codificação era a de que o direito comum europeu pudesse ser unificado, a fim de enunciar os princípios do direito comum, adaptando-se às condições e necessidades dos homens do séc. XIX. Mas, os códigos foram tratados como se fossem a manifestação de uma “nacionalização do direito”, ao invés de serem uma nova exposição do direito comum. A

¹⁴ RENÉ, David. Ob.cit. pág.18.

¹⁵ ZANETI, Hermes. Ob. cit. pág. 97.

¹⁶ RENÉ, David. Ob. Cit. Pág. 52.

¹⁷ Assim, fica bem delineada esta característica da *civil law* no estado moderno, o avanço da sociedade ligado à codificação, a lei como forma de manifestação dos anseios da sociedade, a observância estrita ao enunciados normativos a fim de unificar um direito nacional. Da codificação começa a história do positivismo jurídico Bobbio, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995. Pág. 32.

codificação, então, e todo movimento legislativo originaram uma atitude de positivismo legislativo. O direito passou a confundir-se com a ordem do soberano, deixou-se de se identificar com justiça. O que significa dizer que o conteúdo de uma lei não necessariamente estaria de acordo com princípios éticos e morais, mas estritamente relacionado à legalidade formal. Nesse sentido, o modelo legislativo, também chamado *paleojuspositivismo*¹⁸, decorrente da centralização da atividade normativa pelo Estado, tendo como base as grandes codificações tem, por norma de reconhecimento, o princípio da legalidade. Entende-se que as normas não são leis porque deduzidas da uma intrínseca racionalidade ou justiça, mas porque produzidas artificialmente pelo poder soberano, justamente essa característica identifica-lhes um caráter nomodinâmico.¹⁹ As normas mudam e são reconhecidas como válidas, não em razão de seu conteúdo, mas de sua forma de produção e autoridade de que derivam. As normas existem não porque produzidas, não porque verdadeiras – o que demonstra seu caráter nomodinâmico.

Neste sentido, o cenário na França já vinha sendo desenhado, sob a ideia da existência de um documento escrito que pudesse ser a tradução da manifestação da vontade popular. A codificação e o desenvolvimento da *civil law* na França foram demonstrações no continente europeu do império da lei sob outras fontes do direito.

Veja, inicialmente, no período pré-revolucionário o poder judiciário, cujos membros integravam a aristocracia francesa, não estava comprometido com os valores da Revolução Francesa, a igualdade, a liberdade e a fraternidade²⁰. Os juízes, portanto, estavam mais comprometidos com a manutenção do *status quo*, dos privilégios nobiliárquicos, do que com os valores democráticos. Os magistrados pré-revolucionários eram comprometidos com o poder feudal, recusando-se a aplicar qualquer inovação legislativa contrária ao *ancién régime*. Os cargos de juízes, nesse *interim*, eram transmitidos por hereditariedade, além de poderem ser objeto de mercancia, o que resulta, como efeito natural, a parcialidade e o comprometimento do judiciário com ideais conservadores da Monarquia e a repulsa aos camponeses²¹.

As leis progressistas, elaboradas pelo poder legislativo da revolução francesa, não eram efetivamente aplicadas pela elite representada no poder judicial. A manutenção dos

¹⁸ Zaneti, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. pág. 104.

¹⁹ Ob. Cit. pág. 104.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. Pág. 45.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, pág. 268

privilégios da nobreza e do clero encontrou no judiciário o último baluarte de defesa, última fronteira de resistência contra os ideais burgueses de igualdade, liberdade e fraternidade. Motivo pelo qual a separação de poderes no Estado Liberal concebeu o judiciário como o mais fraco dos poderes, mero órgão de pronúncia da vontade legislativa positivada nas leis.

A pretensão da burguesia ascendente era conceber um sistema jurídico²² apto a estruturar uma sociedade livre, igualitária e fraterna de modo a eliminar o abuso do poder político. A doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, nesse sentido, concebeu a tripartição do poder político, de forma a evitar que o seu exercício democrático se transformasse em tirania, prejudicando a realização dos valores revolucionários. Nesse contexto, portanto, o Parlamento como representante dos interesses burgueses se colocou em posição de supremacia, subordinando o judiciário pela primazia da lei e da vontade parlamentar sobre a jurisdição e, portanto, sobre os interesses da monarquia.²³

De acordo com Montesquieu o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos. Neste sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislador, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o poder de julgar era, de qualquer modo, um poder nulo (*en quelque façon, nulle*)²⁴. Na célebre crítica de J. Bentham, o juiz seria o *dog-law*, ou, segundo Karl Engisch, “*Sklave des Gesetzes*”²⁵.

A *civil law*, portanto, como uma tradição jurídica baseada na observância estrita da lei é vista sob a ótica do princípio da legalidade que concebida como fundamento de um novo regime do Estado liberal autorizou o domínio do positivismo legislativo no séc. XIX. A lei, portanto, converteu-se em império da representação popular²⁶.

No Estado Liberal de Direito a lei foi concebida segundo a fórmula de Hobbes, *auctoritas, non veritas facit legem*, lei é vontade, não vale por qualidades morais e lógicas, mas precisamente como ordem. O princípio da legalidade, portanto, constituiu um critério de

²² Vale lembrar que a necessidade de ruptura com o regime antigo se deu particularmente na França. Na Inglaterra, em 1688, período da Revolução Inglesa, havia apenas o desejo de reafirmar e utilizar o direito já existente e não substituí-lo por um direito novo.

²³ GROTE, Rainer. Rule of Law. Etat de droit et Rechtsstaat – The origins of different national traditions and the prospects for the convergence in the Light of recent constitutional developments. Disponível em www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html>

²⁴ Afirmou Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

²⁵ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11 ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010. Pag. 190.

²⁶ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982, pág. 157.

identificação do direito cuja lei tinha validade independentemente da justiça, bastando que fosse promulgada pela autoridade competente, segundo o procedimento legislativo preestabelecido. Nesse sentido, Ferrajoli a identifica como "metanorma de reconhecimento do direito vigente"²⁷.

O mais expressivo produto da revolução Francesa e do desenvolvimento da *civil law* é o Estado de Direito, o Estado da Razão e da lei racional imposta por um legislador igualmente racional, representante objetivo da vontade geral. O embasamento teórico para esse pensamento é a crença de que a lei escrita e posta por um ato do Estado seria, assim, o dado objetivo por excelência do direito, único passível de uma compreensão racional e neutra. Eis o ponto fulcral para a compreensão do Estado de Direito e da *civil law*: caracterização inicial como uma tradição legiscêntrica compreendida com arrimo em um positivismo exegético.

A *civil law*, portanto, no Estado Liberal, expressa a ideia de soberania da lei que toma lugar central nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica. A primazia da lei, dessa forma, veda os juízes de interpretá-la, vinculando-os ao positivismo exegético. Somente o poder legislativo representativo dos interesses sociais detinha poder político para promover alterações na ordem jurídica.²⁸

No cenário da Revolução Francesa, embora tenha eliminado o Absolutismo Monárquico, e influenciado os demais países da Europa continental a elaborarem os seus documentos legislativos próprios, instituiu-se um Absolutismo da Assembleia Parlamentar. A lei revolucionária então instituída em 1790 afirmava que “*os tribunais judiciais não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo.*” (Título II, art. 10).

A atividade jurisdicional ficava, assim, limitada à uma atividade declaratória, ou seja, o juiz deveria apenas pronunciar o sentido dos enunciados normativos previamente determinados pelo poder legislativo. A lei constituía, pois, o principal bastão de defesa da liberdade e da igualdade, precisava pois de garantia de que seria interpretada de forma previsível e objetiva, inspirando segurança jurídica. A propósito, Montesquieu afirmava que

²⁷FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. Pág. 52

²⁸PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica. Nova Retórica*. 2ª edição. São Paulo. Pág. 24-25. Martins Fontes 2014. “*A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia de faculdades, em que a vontade e a razão constituem vontades separadas. Com efeito, “a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ele se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o Poder Judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado.*”

se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.²⁹

A Revolução Francesa, não obstante a relevância de seus valores democráticos, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas, como o da proibição de o juiz interpretar a lei.³⁰ Os atributos de generalidade e abstração da lei, antes de realizar os valores que os inspiraram, tornaram-se instrumento de arbítrio e de justificação da barbárie, da discriminação, do encarceramento e até da própria negação da vida, como podemos constatar no exame dos acontecimentos históricos ocorridos sob a égide do Estado Liberal de Direito.³¹

O Estado Liberal de Direito, com base em um positivismo legislativo dominante foi um o modo de organização do Estado concebido a partir da Revolução Francesa. Constituiu o modelo de organização estatal dos países de tradição jurídica civilista. Como tal, influenciou os países da Europa Continental e as suas colônias. Nesse sentido, até hoje fornece substrato teórico à doutrina positivista. Mas, chegamos em um certo ponto de evolução do direito e da tradição jurídica de *civil law*, que é possível notar o envelhecimento dos códigos. Reconhece-se cada vez mais a importância da jurisprudência na formação e evolução do direito e nenhum jurista pensa mais que os textos legislativos sejam suficientes para conhecer o direito. Neste sentido, a forma como o direito é interpretado e as fontes aonde são colhidas as motivações sofrem espécie de ampliação, saindo do lugar comum da lei para desbravarem características de outras tradições jurídicas que possam ser úteis para o seu aprimoramento.

Se, por um lado, a era dos códigos foi tida como fundamental para conter a barbárie e caos social, nos dias de hoje os enfrentamentos são outros, e talvez os códigos já não sejam o remédio mais adequado. Tratarei, pois, sobre a possibilidade de interpenetração da tradição jurídica da *common law* na *civil law* em capítulo próprio. Antes disso, contudo, é indispensável analisar os principais conceitos e características das duas tradições que serão confrontadas, para, em seguida, verificar a possibilidade de diálogo.

²⁹MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). Em Marinoni, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob. cit. pág. 52.

³⁰Ob. cit. Marinoni. Pág. 50

³¹Depois dos atos de barbáries ocorridos durante a 2ª Guerra Mundial, e em razão de sua justificação através da lei, de sua legalidade meramente formal, o conteúdo das normas passa a encontrar limites e contornos nos princípios constitucionais.

1.2 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA *CIVIL LAW*

Para apresentar os principais conceitos e características da tradição jurídica de *civil law* foi necessário fazermos, anteriormente, um apanhado histórico sobre o seu desenvolvimento a fim de verificar os fatores contributivos para a formação de sua estrutura. Foi possível perceber que a tradição jurídica civilista tinha como base a necessidade da existência de documentos escritos, espécie de um estatuto jurídico e político que viesse, assim, com o objetivo de disciplinar a vida em sociedade garantindo-se liberdade e igualdade formal. Logo, definir a organização do estado, com a separação estrita dos poderes e preservar o anseio popular, submetendo a atividade jurisdicional a um ato meramente declaratório foram prioridades para o seu contorno.

A *civil law* priorizou, assim, o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. A norma jurídica, criada no seio do parlamento, fruto da vontade popular, seria então o principal documento de consulta e de orientação. A existência de um ordenamento jurídico sem lacunas, criado pelo Parlamento no exercício da representação popular, constituiria o meio de assegurar os valores democráticos de igualdade, liberdade e segurança jurídica para a instituição de um Estado Liberal de Direito. Através deste documento todos os cidadãos poderiam ter a segurança de que a aplicação da lei seria a mesma para todos. O legalismo foi a forma encontrada pela burguesia para limitar os poderes executivos e judiciário e para superação do *Anciën Regime*. Por esse motivo, entendeu-se que a limitação da atividade judiciária seria imprescindível para alcançar certeza jurídica na aplicação da lei. Ou seja, a atividade decisória do poder judiciário³² limitar-se-ia a declarar a vontade do legislador prevista na lei, expressão dos anseios da sociedade naquele momento.

Ao Poder Legislativo, por outro lado, caberia fixar o direito que deveria reger a sociedade. O direito é a expressão da vontade do povo, resultado de um juízo político concretizado nas leis.³³ O positivismo jurídico elevava a segurança jurídica à categoria de

³² CAPPELLETI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre. Fabris, 1993. “Nos países de tradição positivista, a doutrina, durante muito tempo, resistiu à ideia de criação do Direito pelo juiz. A atividade do Juiz estava confinada à vontade clara da lei. Todavia, com a complexidade das relações na sociedade moderna e a multiplicidade das demandas judiciais, a própria vontade da lei não mais se mostrava clara. Ao contrário, vaga e ambígua, a lei passa a suscitar variadas interpretações. Neste contexto, o ordenamento jurídico nem sempre oferece regras claras e precisas para a solução dos casos, o juiz apenas não declara o direito existente como também cria direito novo. Entretanto, não se pode ignorar que o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.”

³³ PERELMAN, Chaim. Ob. cit. Pág. 24-25. “A doutrina da separação dos poderes é ligada a uma psicologia de faculdades, em que a vontade e a razão constituem vontades separadas. Com efeito, “a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ele se manifesta nas decisões do poder

diretriz absoluta, o intérprete não poderia arredar-se da forma e do conteúdo do direito sem que perdesse sua legitimidade, qualquer atividade interpretativa que exorbitasse dos limites semânticos, sistemáticos, teleológico, lógico e histórico da lei, por violar a vontade do legislador e o princípio da separação de poderes, seria inválida/ilegítima.

A ideia central da *civil law* consistia na realização da liberdade e da igualdade por meio da segurança jurídica. Ou seja, a certeza do direito vinha do fato de que a lei seria aplicada de forma igual para todos os casos que apresentassem a mesma hipótese fática. O fato de a *civil law*, nos sécs. XVIII e XIX, ter se desenvolvido em um ambiente de ruptura com o regime monárquico Francês anteriormente estabelecido, exigiu a implantação de um novo sistema de governo que pudesse desenvolver mecanismos capazes de garantir à sociedade a aplicação equânime do direito. Pois, anteriormente, apesar de já haver a existência de um documento político estabelecendo direitos e deveres, tais determinações normativas não eram observadas pelos aplicadores do direito. Assim, o sentimento de desconfiança que fora gerado na sociedade por parte da aristocracia judicial levou o novo governo a impor limite na atividade jurisdicional reduzindo, assim, seu âmbito de atuação. Neste sentido, a atividade jurisdicional de interpretação da lei reduziu-se à mera declaração do enunciado normativo, a "boca da lei", de forma a que os cidadãos tivessem plena previsibilidade das consequências do seu comportamento. A generalidade e a abstração da lei restringem o arbítrio do Estado, que somente poderia ingressar na esfera de liberdade individual com autorização da lei, nos casos em que a hipótese abstrata da lei se concretizasse na realidade dando ensejo aos efeitos jurídicos desejados pelo legislador. Com isso realizava-se também a igualdade. O atributo da generalidade da lei impunha que ela incidisse igualmente a todos, independentemente das diferenças sociais. Trata-se da igualdade formal, igualdade *perante* a lei.

Os pronunciamentos judiciais eram, desta forma, meramente reprodutores de uma prescrição já contida na lei. Ao juiz não era autorizado poder para acrescentar nada que já não lhe fosse comunicado pelo texto legislativo. Seu grau de deferência e resignação é máximo, ao ponto de se proibir e obrigar o juiz a realizar consulta ao parlamento no caso de dúvida. A famosa lei de 16-24 de agosto de 1790 determinava que o juiz deveria se dirigir ao legislativo, por via de recurso geral, na necessidade de interpretação da lei.³⁴ Dessa forma, as noções de

legislativo. Por outro lado, o Poder Judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado." Pág. 24-25.

³⁴ Lopes Filho, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo brasileiro**. 2ª. ed. rev. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2016. pág. 40.

certeza, segurança e previsibilidade³⁵ ficam ligadas a um raciocínio estritamente formal e reducionista voltada à realização da pretensão liberal de igualdade e liberdade. E o juiz, se vê ceifado do poder de interpretar.³⁶ Nesse sentido, a legislação é um ato de vontade do legislador com base em seu juízo político, ele foi eleito representante do povo para fazer um juízo político à luz do qual exerce um ato de vontade. Ao passo que o juiz exerce um ato de conhecimento, conhece a lei e a aplica ao caso concreto, a jurisdição não é um ato de vontade ou ato político, somente o legislador exerce um ato de vontade ou político. Essa concepção corresponde ao pensamento de Montesquieu, onde “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”, “*la bouche de la loi*”. O intérprete deve apenas realizar uma operação lógica formal de silogismo voltado a verificar se os fatos correspondem às hipóteses de incidência, abstratamente previstas na lei.

O conceito de igualdade para a tradição de *civil law* é assim entendido como igualdade em sentido formal. Pois, ao aplicador do direito não era autorizado verificar o *fato* que deu origem a determinado dever e/ou obrigação, tampouco analisar julgamentos proferidos pelos juízes anteriores para poder basear a sua decisão e motivar seu convencimento. Pelo contrário, ocorrido o fato e, levado à juízo, era buscado pelo aplicador do direito o enunciado normativo que contivesse a hipótese genérica e abstrata que fosse capaz de subsumí-lo. Neste caso, a mesma lei era aplicada a situações fáticas apenas formalmente iguais. Essa igualdade não se confunde com o dever de coerência, que transborda do caso concreto individual e requer do juiz igualdade de tratamento para casos semelhantes nos julgamentos posteriores. Na *civil law* a busca pela igualdade não se dava com base nos julgamentos anteriores, a consulta à jurisprudência ou aos costumes do direito.

A segurança jurídica era, assim, consequência da aplicação formal da igualdade. A certeza do direito estaria então na aplicação estrita da lei. Manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos “*fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos*”.³⁷ Através deste trecho podemos identificar que a ideologia sugerida por

³⁵ Bobbio, Norberto. **O positivismo Jurídico**. Ob. cit. Pág. 40. “*A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.*”

³⁶ Lopes Filho, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo brasileiro. 2ª. ed. rev. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2016. Pág. 41.

³⁷ Montesquieu, Barão de (Charles-Louis de Secondat) Op. cit. p. 158; Ver Tarello, Giovanni. Op. cit., p. 194.

Montesquieu, com base na liberdade política, entendida sob a ótica de uma segurança psicológica do indivíduo, se daria através da certeza do direito.

A lei, então, era a mais clara manifestação do direito e a garantia da tutela dos princípios da igualdade, liberdade e segurança jurídica. Demais documentos, como jurisprudência e doutrina, seguidos dos costumes, eram tidos como objetos de consulta jurídica, inaptos a determinar e motivar as decisões judiciais. A *civil law*, neste sentido, ficava limitada a buscar o sentido do direito na vontade de legislador – *mens legislatori*.

Apesar da segurança jurídica que a lei poderia proporcionar através da certeza da aplicação do direito e dos ideais revolucionários terem sido nobres, em vista à necessidade de rompimento com o *Anciën Regime*, o pensamento utópico de que a lei seria apta a regular todas as situações da sociedade e que os cidadãos teriam certeza jurídica através dos textos da lei foi levado demasiado ao pé da letra. Verifiquemos, então, outras fontes que o aplicador do direito na *civil law* poderia lançar mão para motivar suas decisões. É preciso informar que tais fontes do direito foram ter eventual valor persuasivo e vinculante na tradição jurídica de *civil law* apenas depois do espetáculo de horrores que o legalismo exegético do Estado Liberal de Direito foi capaz de autorizar na Europa.

1.2.1 As Fontes do direito na Civil Law

A tradição jurídica de *civil law* se fixa, então, na ideia de prevalência dos códigos e da lei escrita, da estrita separação dos poderes e da limitação da atividade jurisdicional à mera declaração do direito positivado pelo legislador. Os juízes são proibidos de atribuírem à lei sentido diverso daquele pretendido pelo legislador. A função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio dos métodos de interpretação, a solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador.³⁸ Nestes termos, as demais fontes do direito, costumes, jurisprudência e princípios gerais, são colocados em segundo plano, utilizados meramente como instrumentos de consulta e colocados ao alcance do intérprete em casos de lacunas legislativas. Tais fontes ocupam, assim, uma posição de subordinação e de importância reduzida quando em confronto com a fonte por excelência do direito, constituída pela lei.

Devido ao conjunto de acontecimentos históricos ocorridos no continente europeu, principalmente na França, de certa forma pioneira para o avanço da tradição civilista nos demais países, a *civil law* se atrelou à ideia positivista legalista, como demonstração de

³⁸ DAVID, RENÉ. Ob. Cit. pág. 87.

segurança jurídica e da preservação de princípios tão caros ao estado de direito, liberdade e igualdade.

A ideia de que decisões proferidas pelo Tribunais no passado podem ser utilizadas como fonte orientadora na aplicação do direito e seu possível espelhamento para os casos futuros semelhantes não trás conforto para o jurista acostumado com a dinâmica tradicional da *civil law*. E, apesar da ação do tempo demonstrar que as tradições jurídicas, de uma forma geral, são obrigadas a sofrerem adaptações, sob pena de enferrujarem, a valorização de outras fontes de direito, que não àquela produto do legislador, ainda era tímida no momento da realização da atividade jurisdicional³⁹. A lei, por assim dizer, deveria ser tratada como o esqueleto da ordem jurídica, mas que neste esqueleto é dada vida em larga medida por outros fatores. Os códigos deveriam representar o ponto de partida, não o resultado da atividade interpretativa, o que será visto em capítulo próprio, mas registro uma pincelada de pensamento crítico. Vejamos, por hora, o papel desempenhado pelas outras fontes do direito na *civil law*.

Se tratarmos o costume com uma concepção sociológica, podemos chegar à conclusão que ele desempenha importante papel como fonte do direito na tradição de *civil law*. O costume constitui elemento formador e modelador da estrutura do direito de determinada tradição jurídica. A diferença preponderante pode ser, pois, o fato de que em certas sociedades de tradição *common law* ele não é apresentado em um documento escrito e, em outros grupos sociais, de tradição de *civil law*, ele é materializado em um documento formal, político. Se não fosse o auxílio do costume, talvez o poder constituinte encontraria dificuldades na elaboração de uma lei. Pois, em uma assembleia constituinte, por exemplo, as ideias que são levantadas e propostas para serem institucionalizadas em um documento nada mais são que expressão do contexto social, político e econômico da sociedade em determinado momento.

Apesar de não ser um elemento fundamental e primário do direito na tradição de *civil law*, como desejaria a escola sociológica⁴⁰, o costume desempenhou importante papel para a

³⁹ Ob. Cit. “A doutrina na qual se resume esta descrição bem pode ter sido ideal de uma certa escola de pensamento, dominante no século XIX, na França. Contudo, ela nunca foi plenamente aceita na prática e hoje reconhece-se na própria teoria, cada vez mais claramente, que a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito.” Pág. 88.

⁴⁰ LASSALE, Ferdinand. *Que es una Constitución*. Buenos Aires. 1946. No sentido sociológico, segundo Ferdinand Lassale, “(...)a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem neste país, e esses fatores reais de poder constituem força ativa e eficaz que forma todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais que tal e como

formação da tradição romano-germânica, mas este papel precisava de uma legitimação, a sua transposição para o texto escrito. Deixo aqui esta provocação, pois, o que seriam das sociedades com suas culturas e tradições seculares se não houvessem os costumes capazes de preservá-las? Em grossas linhas, costume quer dizer prática, hábito, rotina, conduta historicamente concebida e perpetuada no tempo⁴¹. A lei não seria formada, portanto, através de ato do poder legislativo que expressa a vontade majoritária e que nada mais é que o reflexo de determinada conduta? A lei, portanto, no meu sentir, é a institucionalização de regras de conduta social com fundamento nos costumes sociais e culturais de uma nação.

Pois bem, costumes à parte, a *civil law* no séc. XIX e início do séc. XX ainda não dava, por parte dos operadores do direito, valor legal àquilo que não a lei. Mas, não deixo de reforçar que o costume participa dos bastidores da elaboração de um documento escrito, atuando nos trabalhos preparatórios, na fase pré-legislativa, podendo ser, portanto, fonte mediata do direito na *civil law*, mas não secundária. Talvez a sua aparição conste dos motivos determinantes e, neste sentido, torna-se fonte de consulta legal.

Já no que diz respeito à jurisprudência, merece, pois, destaque a sua análise, em razão da (im)possibilidade de ser considerada como fonte do direito na tradição de *civil law*. Encontramos na tradição de *civil law*, desde Justiniano, uma expressa proibição de se decidir conforme a jurisprudência. (“*non exemplis, sed legibus judicandum est*” – *Codex*, 7, 45, 13)⁴². Além disso, houve na verdade, desde o princípio, uma desconfiança social em face da figura do juiz, bem evidente na época da Revolução Francesa, pois os juízes eram vistos como homens do Antigo Regime.⁴³

A tradição jurídica de *civil law*, em oposição à tradição de *common law*, além de se caracterizar pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores, em termos de decisão, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia. Neste sentido, podem decidir casos semelhantes de modo diferente, podem mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes. Por esse motivo, a tradição civilista costuma negar à

são(...)”. Numa formulação mais simples, o que se está dizendo com isso é que uma constituição manifesta a emergência das forças sócio-políticas, do poder ativo dentro de uma sociedade. Quando esses fatores reais, os fatores reais de poder, se convertem em fatores jurídicos, ocorre então a organização de uma série de procedimentos que culminam na elaboração de normas em um documento.

⁴¹ FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. “*O costume é uma forma típica de fonte de direito nos quadros da chamada dominação tradicional no sentido de Weber. Baseia-se, nestes termos, na crença na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi.*” Pág. 217

⁴² Tradução: “*Julgue-se em obediência às leis e não às decisões em casos semelhantes*”

⁴³ ob. Cit. pág. 221. “*Tanto que o direito pós-revolucionário cuidou de limitar-lhes o poder, no que foi acompanhado pela doutrina, segundo a qual o juiz aplica o código e nada mais do que isso.*”

jurisprudência caráter de fonte, já que não está vinculada pelas regras que a estabeleceu e não possuem a mesma autoridade que as regras formuladas pelo legislador. Sendo assim, frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo tempo.

Todavia, não se pode negar o seu papel na tradição civilista, na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes da tradição civilista, não se pode desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação, a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais. Além disso, a jurisprudência pode ser responsável pelo aparecimento de *standards* jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos. Como justa causa, boa-fé, má- conduta, vínculo afetivo, trânsito em julgado⁴⁴, etc. Tais *standards* não são normas, são formas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos, mas sem força de fonte do direito⁴⁵.

Em relação à doutrina, durante muito tempo ela foi fonte fundamental do direito na tradição de *civil law*. Foi dentro das Universidades que os princípios foram postos em evidência, essencialmente do séc. XIII ao séc. XIX e, apenas num passado recente, que a lei ocupou seu primado, substituindo o da doutrina em razão do triunfo das ideias democráticas e de codificação. Vale lembrar que foi a partir do pensamento renascentista e do estudo do direito romano, mais especificamente na Universidade de Bolonha, que a tradição jurídica de *civil law* passou a se desenvolver com mais força. Os estudos jurídicos com base nas compilações de Justiniano foram de certa forma uma espécie de divisor de águas entre a *common law* e a *civil law*.

As regras por assim dizer, se admitidas na *civil law* com caráter simplista, podem ser consideradas o *locus* de busca do direito, pois emanadas das autoridades públicas estabelecidas. Contudo, esta afirmação tende a ser questionável nos dias de hoje, onde cada vez mais há de ser reconhecido o caráter autônomo do processo de interpretação que já não pretende mais descobrir exclusivamente o sentido gramatical ou lógico dos termos da lei ou a intenção do legislador.

Se partirmos de uma visão mais abrangente do direito, podemos chegar a conclusão de que a doutrina ainda constitui importante fonte. Sua função manifesta-se através do fato de

⁴⁴ A oscilação de definição sobre o conceito de trânsito em julgado no Brasil pelo STF e a sua falta de uniformidade será objeto de análise em capítulo próprio.

⁴⁵ FERRAZ Júnior. Ob. Cit. Pág. 223.

lhe caber a criação do vocabulário e das noções de direito que o legislador utilizará. Além disso, cabe à doutrina o estabelecimento dos métodos segundo os quais o direito será descoberto e as leis interpretadas. Não se trata de subestimar o papel do legislador, este papel é na *civil law* de primeiro plano. Todavia, este reconhecimento não nos pode conduzir a fechar os olhos às relações reais que existem entre legislação e doutrina. A doutrina age sobre o legislador, provocando a sua ação. Ela é apenas de modo mediato, uma fonte do direito. Em sentido estrito, a *communis opinio doctorum*, isto é, posições doutrinárias dominantes, não chegam no sistema de tradição civilista a ser fonte do direito. Sua autoridade, porém, como base de orientação para a interpretação do direito é irrecusável. Mesmo assim, são fontes mediatas já que nenhum tribunal se sente formalmente obrigado a acatá-las. Exercem, todavia, uma função no que diz respeito à aplicação da lei.⁴⁶

Já os princípios gerais de direito constituem uma reminiscência do direito natural como fonte. Ainda que haja a possibilidade de serem aplicados na solução de conflitos, trata-se não de normas mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais*, dizem respeito à relação entre normas no sistema ao qual conferem coesão. Os princípios gerais compõem a *estrutura* do sistema de tradição de *civil law*, mas não o seu repertório. Apesar de não formarem um conjunto rigoroso de material normativo, são compostos de *topoi*, lugares comuns, o que lhes confere um caráter tópico.

Todavia, a concepção dogmática sobre as fontes legítimas do direito na tradição de *civil law* tem sofrido uma erosão provocada pelo tempo e pelos acontecimentos. Talvez a mais espetacular inovação tenha sido o forte movimento rumo ao constitucionalismo, com sua ênfase na rigidez funcional, e por conseguinte na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. Tais constituições ao eliminarem o poder do legislativo em emendarem-se por ação legislativa ordinária, afetam o monopólio legislativo da produção de leis. As cartas constitucionais a partir da segunda metade do séc. XX apresentam-se, pois, com um novo papel na estrutura hierárquica das fontes do direito, com força normativa. Some-se a isto, o aparecimento do controle de constitucionalidade que relativiza a ideia de legalidade formal, realizando um controle das leis com base na constituição. A primazia da lei é redimensionada e perde o seu lugar de destaque no ordenamento jurídico. A constituição é elevada à categoria de norma jurídica fundamental ocupando o topo da pirâmide normativa, dotada de supremacia perante a lei e plena eficácia normativa. A concepção desenvolvida foi a de direito como um sistema, onde não seria possível a convivência entre normas com

⁴⁶ Ob. Cit. DAVID, René. Pág. 132.

prescrições conflitantes. Ou seja, as normas existentes no sistema jurídico deveriam conviver harmonicamente com as normas constitucionais.

Nestes termos, a tradição de *civil law* refletida antes através da rigidez legal não consegue se acomodar no atual estágio do processo civilizatório. A moderna dogmática jurídica supera a ideia de que as leis possam ter, sempre, um sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece⁴⁷. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente, mas também um ato de vontade, escolha de uma possibilidade dentro das diversas que se apresentam⁴⁸.

Portanto, passemos a estudar neste momento as principais características e conceitos da tradição jurídica de *common law* para que, em seguida, seja possível a análise e o confronto entre as duas tradições para fins de verificação da (im)possibilidade de diálogo entre elas.

1.3 COMMON LAW E SUA AVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao contrário da tradição jurídica de *civil law*, a história da tradição jurídica da *common law* não ensejou a necessidade de uma reformulação do seu sistema de justiça, eis que a revolução inglesa não promoveu uma drástica ruptura com o tradicional sistema parlamentar de governo, que demandasse uma reformulação do sistema jurídico, tal como ocorreu na Revolução Francesa. A tradição jurídica anglo-saxônica, portanto, desenvolveu-se de forma autônoma, sofrendo apenas uma limitada influência de eventuais contatos com o continente europeu. O jurista inglês subestima a continuidade dos direitos no sistema romano-germânico. Pois, está convencido de que a codificação provoca uma ruptura com a tradição, ou ao menos a coloca em risco pela legislação desordenada no âmbito de um Parlamento em

⁴⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Ob. cit. pág. 309.

⁴⁸ Tal conclusão tem a adesão do próprio Hans Kelsen, que tentou desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, considerando que o problema da justiça enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do direito. em sua celebrada obra Teoria Pura do Direito – uma das obras de maior significação no século que se encerrou ele escreve: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) e que a justeza (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.(...). A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do direito. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. KELSEN, Hans. (4ª ed. tradução João Baptista Machado, Arménio Machado, Coimbra, 1979, pág. 466-70).

constante renovação. Nesse contexto, o jurista de tradição inglesa dá grande relevância aos costumes e, portanto, à continuidade histórica do seu direito. Este, lhe surge como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução⁴⁹.

A tradição jurídica anglo-saxônica é muito mais recente do que a romano-germânica. A data de nascimento da *common law* é o ano de 1066,⁵⁰ ocasião em que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings⁵¹ e conquistaram a Inglaterra⁵² - período histórico pouco registrado, uma vez que a sociedade apresentava uma organização política eminentemente tribal⁵³. Neste período, as leis eram bastante fragmentadas, regulando apenas alguns aspectos muito limitados das relações sociais. Não havia, assim, um direito único.

Foi em razão da conquista normanda por Guilherme, o Conquistador, que o direito inglês passou a se desenvolver com mais unidade, uma vez que se constituiu um poder forte e centralizado. Foram geradas, assim, condições necessárias à criação de um conjunto de normas, em contraste às práticas costumeiras locais e descentralizadas, constituindo um direito comum a toda a Inglaterra.⁵⁴ O crescimento do seu poder resultou na criação de Cortes Reais que, ao lado das Cortes Locais, situadas em cada feudo, passaram a julgar os casos concretos que lhe eram submetidos. As Cortes Reais aplicavam o denominado direito comum⁵⁵, que dizia respeito aos interesses da coroa e valia para todo o reino, ao passo que as Cortes Locais julgavam com fundamento nos costumes do lugar.

Neste processo de centralização da Justiça inglesa, os juízes das Cortes Reais desenvolveram novos procedimentos e remédios (*procedures and remedies*), bem como um

⁴⁹ David, René. Ob. Cit. Pág. 283. “(...)Apesar de não ter havido no direito inglês nenhuma necessidade de ruptura, tanto o direito francês como o direito inglês tiveram de se adaptar a mudanças e fazer face às necessidades de sociedades que sempre foram e são, afinal de contas, muito semelhantes (...).”

⁵⁰ Ob. Cit. pág.14. “A história do direito inglês pode ser dividida em quatro períodos principais: a) o primeiro, anterior à conquista normanda de 1066; b) o segundo, entre 1066 e 1485, em que se formou o ramo designado *common law*; c) o terceiro, entre 1485 e 1831, marcado pelo desenvolvimento de um sistema jurisdicional complementar denominado *equity*; d) o quarto, posterior a 1832, em que se verifica um substancial desenvolvimento da lei.”

⁵¹ MERRYMAN, John Henry. Pág. 83. “Os conquistadores normandos da Inglaterra na Batalha de Hastings rapidamente começaram a centralizar o governo, incluindo a administração da Justiça”

⁵² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição de civil law. Pag. 25.

⁵³ DAVID, RENÉ. “Com a chegada dos normandos ocorreu o fim da uma sociedade tribal, caracterizada pelo direito fragmentado e local, que cedeu espaço para uma sociedade feudalista e organizada, com grande experiência administrativa” pág. 358.

⁵⁴ DAVID, René. Ob. cit. pág. 285. “A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado rico de experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra.”

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do Direito**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Direito Jurisprudencial São Paulo: RT, 2012. Pág.20. “A designação *common* vem do direito comum, e diz respeito aos costumes gerais, geralmente observados pelos ingleses.”

novo corpo de direito material aplicável, ao menos em teoria, a todos os ingleses.⁵⁶ Por essa razão que este direito passou a ser denominado *comune ley*, *common law*.

Inicialmente, como os Tribunais Reais - Tribunais de Westminster⁵⁷ - tinham competência limitada ao processo e julgamento de casos excepcionais que diziam respeito aos assunto do rei, os Tribunais Locais, em complemento, ficavam responsáveis por decidir casos atinentes às situações locais, o que não gerava um direito comum e unitário. Ou seja, havia um direito não unificado no território inglês, em razão da ausência de preocupação por parte do legislador em criar um sistema racional e lógico com regras substantivas unificadas. Pois, ao contrário da tradição de *civil law*, não havia por parte da população e do poder legislativo, desconfiança em relação à atividade jurisdicional.

Mas, aos poucos, a partir de 1485, os tribunais locais cederam espaço aos tribunais reais, como resultado da ampliação da competência destes tribunais para o julgamento de questões materiais locais. Os cidadãos, portanto, ganham legitimidade para requerer tutela às Cortes Reais em detrimento das cortes locais, pois aquelas aplicavam regras mais modernas e tinham uma execução mais eficiente.⁵⁸

Os tribunais reais, portanto, passaram a aplicar o direito comum⁵⁹ por todo o país. Mas, para que as demandas apresentadas pudessem ser apreciadas, era indispensável que fossem observados determinados requisitos formais. Foi construído, então, um ordenamento jurídico britânico com base em normas processuais bastante formalistas na crença de que um processo formalmente adequado conduziria necessariamente às melhores decisões, “as garantias precedem os direitos” (*remedies precede rights*)⁶⁰. O cabimento da ação constitui, portanto, pressuposto processual indispensável ao julgamento de mérito, como resultado do *due process of law*. O desenvolvimento de um processo formal constituiu instrumento de realização da liberdade. Segundo Iering, “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”. O direito comum, inicialmente dinâmico e criativo, se converteu

⁵⁶ Ob. cit. pág. 84.

⁵⁷ Ob. cit. “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 séc. XIII, Tribunais de Westminster. Pág. 286.

⁵⁸ DAVID, René, BLANC-JOUVAN, Xavier. *Le droit anglais*. 8ª. Ed. Paris. Presses Universitaires de France, 1998, pág. 8. PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956, pág. 81.

⁵⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. – Porto Alegre.: Livraria do Advogado Editora, 2010. *O direito “comum” identificado, era comum pois era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valia em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha.*” Pág. 63.

⁶⁰ De Mello, Patrícia Perrone. Ob. Cit pág. 15.

posteriormente em um conjunto rígido e circunscrito de procedimentos e remédios aplicados de acordo com regras técnicas e inflexíveis. E, para os indivíduos que não ficassem satisfeitos com os remédios disponíveis nas Cortes Reais, era possível peticionar ao Rei postulando uma revisão.

Durante muito tempo a função jurisdicional era uma prerrogativa exclusiva do Rei. Entretanto, esta tarefa foi delegada a um oficial do regime, para o chanceler. O chanceler, por sua vez, não julgava os pedidos com base nas regras da *common law*, mas de acordo com as regras de equidade.

Com o objetivo de flexibilizar a rigidez do sistema, surgiu gradualmente uma corte de equidade, *equity law*, uma jurisdição paralela às cortes reais. Constituíam, pois, cortes de aplicação da equidade como meio de evitar o formalismo e a rigidez do *due process of law* das cortes reais. A *equity law* era administrada pelos Chanceleres, prelados confessores do monarca, “*the keeper of the King’s conscience*”. A corte de chancelaria de jurisdição por equidade passou, pois, a coexistir com as cortes reais de aplicação da *common law*.

Em geral, durante a sua existência apartada, a jurisdição da corte de chancelaria atuava apenas para melhorar os aspectos mais duros da *common law* concedendo remédios nos casos em que a solução apresentada pelas cortes reais era considerada inadequada à tutela do caso concreto.

A *equity law* desenvolveu doutrinas equitativas em decisões jurídicas cada vez mais sistemáticas, fundadas na teoria da “equidade do caso particular”. Muitas das decisões foram baseadas em princípios substantivos relacionados à moral e à justiça que muito se assemelha à lógica do direito romano, ou seja, extraídas da mesma fonte que se prestou para o desenvolvimento da *civil law*.⁶¹

Muito embora a *equity law* tenha passado a coexistir com as cortes reais, a equidade começou a encontrar resistência. As cortes reais, em posição de destaque, ao lado do Parlamento reagiram à aplicação da *equity law*. A aplicação sem restrições implicava em crescimento do poder real e o risco da volta do exercício arbitrário e abusivo do poder ao abrigo da chancelaria.⁶² Nesse sentido, poder legislativo e judiciário caminhavam lado a lado com intuito de limitar eventual abuso do poder real.

⁶¹ DAVID, René. Ob. cit. pág. 18.

⁶² MARINONI. “Na Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, o judiciário não só constituiu uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e botar freios no abuso do governo, como ainda desempenhou papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Pág. 36.

Foi com o Estatuto de Westminster II que a Chancelaria passou a se subordinar às decisões proferidas pelas Cortes reais. A concessão de *writs* pela chancelaria, neste sentido, pressupunha a existência de paradigmas decisórios proferidos pelas cortes constitutivas de precedentes jurisdicionais, vedando-se decisões inovadoras em relação à jurisprudência real.⁶³ A intervenção do chanceler nunca consistiu, pois, em formular regras novas de direito, que os juízes deveriam aplicar no futuro. O Chanceler, neste sentido, professa o seu respeito pelo direito, e a equidade respeita o direito (*equity follows the law*).

A regra do direito inglês constitui-se, pois, em princípios extraídos de decisões judiciais proferidas a partir de casos concretos. As decisões da corte real consubstanciavam, pois, precedentes jurisdicionais aplicáveis às situações futuras que guardassem relação de equivalência. A chancelaria somente estava autorizada a proferir decisões com fundamento em precedentes judiciais. A *common law*, portanto, emerge do problema, *case law*. E, a atuação do chanceler ficava limitada a ditar regras complementares à *common law*, de forma a aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de direito aplicado pelos tribunais reais.

Como se pode perceber, a organização judiciária na tradição jurídica de *common law* até antes do séx. XIX fazia uma distinção formal entre os tribunais da *common law* e o Tribunal de *equity* da Chancelaria. A *equity* é um conjunto de soluções que, nos séc XV e XVI, foram outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* – então bastante insuficiente e defeituoso. Mas, a partir dos anos de 1873-1875 tal distinção é suprimida e todas as jurisdições passam a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as de *equity*, contrariamente à situação anterior em que era necessário ir a um tribunal de *common law* para obter uma solução de *common law* e recorrer ao Tribunal da Chancelaria para obter uma solução de *equity*.

A história da distinção entre *common law* e *equity law* ilustra um movimento de tentativa de racionalização do direito inglês, talvez a busca por um sistema racional e lógico que a ausência de codificação pode dificultar. Seu objetivo, afinal, era a busca pelo encontro da decisão mais justa em relação ao caso concreto. Neste sentido, o direito inglês fica reconhecido como um direito do caso concreto, *case law*. Não é considerado um direito de universidades, nem um direito de princípios. É um direito de processualistas e de práticos. Ao poder legislativo, então, caberia apenas apresentar novas possibilidades e oferecer ao poder judiciário certa orientação, mais do que criação do direito propriamente. Como não houve

⁶³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Pág. 17.

intervenções de obras codificadas à moda francesa não deixa a tradição inglesa de se reconhecer com fidelidade à obra dos tribunais, do respeito aos precedentes.

Não foi à toa que surgem os *Law Reports*, por meio dos quais se conhecia a jurisprudência, possibilitando que juízes e advogados invocassem os precedentes e, por conseguinte, a norma jurídica para a solução dos casos.⁶⁴ A garantia da certeza do direito e a integração do ordenamento jurídico pressupunha o respeito à tradição.

A vinculação e o respeito aos paradigmas decisórios deu origem à doutrina do *stare decisis et non quieta movere*⁶⁵, constituindo, assim, desenvolvimento natural do sistema jurídico inglês no âmbito da *common law*.

Portanto, transcorrido um período de oscilações, aperfeiçoamentos e tentativas de conciliação entre os institutos da *common law* e da *equity*, a jurisprudência constitui-se em fonte legítima de direito e de fator de promoção da segurança jurídica. Ao contrário do que se passou na Europa continental, na Inglaterra o processo de construção da tradição jurídica de *common law* caracterizou-se pelo respeito à tradição. Vale dizer, que tal respeito não se não configura como ato de passividade⁶⁶, mas tornou-se critério de legitimidade da jurisdição e fator de promoção da segurança jurídica.

1.4 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA COMMON LAW

Antes de tratarmos sobre as principais características da tradição jurídica da *common law*, algumas palavras são necessárias para definirmos o conceito de como os precedentes judiciais serão utilizados ao longo desta dissertação. Apesar de a palavra já apresentar algum significado evidente, o papel por ele desempenhado, a depender do ordenamento jurídico em que está inserido e da tradição jurídica, pode sofrer oscilações.

Precedentes, assim, para os fins que esta dissertação se propõe, serão considerados como decisões anteriores que atuam como modelo para novas decisões. Essa definição flexível e abrangente é utilizada por MacCormick e Summers⁶⁷ e expressa, em outras

⁶⁴ Um dos mais conhecidos autores de *Law Reports* foi Edward Coke, advogado e depois juiz das cortes reais. Coke escreveu 13 volumes de relatórios, dentre os anos de 1575 e 1616, e seus comentários aos casos concretos assim como a técnica de distinguir a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* nas decisões judiciais, são considerados fundamentais para o desenvolvimento do *case law*.

⁶⁵ Ob. cit. pág. 22. “Ela se estabeleceu definitivamente na Inglaterra no séc. XIX, pela decisão do caso *London Tramways Company v. London County Council*, proferida em 1898, tendo sido atenuada em 1966, quando se admitiu que a *House of Lords*, Tribunal Britânico de maior hierarquia, modificasse ou revogasse seus precedentes.”

⁶⁶ RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito Brasileiro. Pág. 100.

⁶⁷ Neil MacCormick e Robert Summers (ed), *Interpreting Precedents: A comparative Study*, Dartmouth, 1997, pág. 1.

palavras, uma forma de tomada de decisão que não restringe ao âmbito jurídico. É uma definição simplificada sobre o uso de decisões judiciais passadas para orientar novas decisões.

A *common law*, então, nasce da tradição e dos costumes, como um sistema de direito sem vinculação a um corpo rígido de normas. Mas, a norma jurídica produzida a partir das decisões das cortes reais, teria assim força legal. Por força deste sistema jurídico a solução do caso concreto tinha como fundamento a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. A *common law* emerge, pois, como um sistema de *case law*.

Para Frederick Schauer a maior diferença entre as duas tradições jurídicas ocidentais é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso e não com o código. Na *civil law*, os juízes estão subordinados à lei e devem aplicá-la como única solução possível do caso concreto. Ao passo que, os magistrados da *common law* examinam o caso e aplicam a regra consuetudinária resultante da jurisprudência, habilitando-os a encontrar a solução mais adequada às peculiaridades do caso.⁶⁸ Trata-se da análise *in concreto* da situação e a busca pela melhor solução e não a adequação do caso a um enunciado normativo pré-estabelecido, de conteúdo genérico e abstrato. Todavia, alerta, que o uso da analogia e da aplicação dos precedentes são atitudes completamente diferentes.

A ausência de regras legisladas no sistema jurídico inglês e a criação, por via de consequência, de regras a partir dos precedentes judiciais foi consequência da valorização da tradição inglesa como principal critério de solução de conflitos⁶⁹. A jurisdição constituía, pois, instrumento de controle do poder real, meio de realização dos direitos de liberdade, igualdade e segurança jurídica dos cidadãos ingleses. O poder Legislativo e o poder judiciário estabeleceram uma relação de coordenação e possuíam a função comum de limitar o poder do rei. Na ocasião da disputa de poder entre parlamento e Coroa, os tribunais se alinharam ao lado do parlamento, impedindo a ascensão da Coroa além dos limites estabelecidos pela “*law of the land*” o direito aplicado no território inglês.⁷⁰

A jurisdição na *common law*, subordina-se à força vinculante dos precedentes judiciais, como meio de atribuir coerência e racionalidade ao sistema jurídico. Almeja-se com

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. “judges remain substantially more central legal figures in common law countries than in their civil law counterparts, and treating the code rather than the case as the touchstone for legal argumentation remains the pervasive feature of the civil law consciousness.” **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. Pág. 108.

⁶⁹ CAENEGEM, R. C. van. **Judges, Legislators & Professors**, Goodhart lectures, 1984-1985, Chapters in European History, Cambridge University Press, 2006. Pág. 7-8. Na common law há um “continuum histórico”. No original: “an historic continuum”.

⁷⁰ PUGLIESE, Wiliam. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág.33.

essa coerência e racionalidade da jurisdição a garantia de segurança jurídica como principal elemento de realização dos direitos de igualdade e liberdade. A busca pela segurança jurídica não estava baseada na lei ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais. Por meio de uma racionalidade intrínseca, procurava-se atribuir coerência e previsibilidade para as decisões.

O desrespeito aos precedentes judiciais pelos juízes ingleses constituía então verdadeira decisão teratológica para doutrina jurídica inglesa. Na *common law* não se concebe uma decisão em que não há consonância aos precedentes judiciais. Embora não exista uma sanção aplicável ao juiz que não observe o *stare decisis*, o respeito ao precedente decorre da conservação da reputação de um bom magistrado e pelo medo das críticas doutrinárias⁷¹. A tradição é o elemento essencial da atividade jurisdicional. Qualquer decisão que fosse além da tradição, inovando artificialmente a ordem consuetudinária constituía aberração jurídica, maculando a decisão de inafastável nulidade. Não se admitia, pois, ignorar as decisões anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.⁷²

As decisões judiciais eram utilizadas, assim, como fundamento jurídico para o julgamento de casos semelhantes. A jurisprudência, fonte de consulta para advogados e juízes era capaz de orientar e posicionar todas as matérias já tratadas, discutidas e decididas pelos tribunais.

Destarte, a expressão *stare decisis* deriva da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo.⁷³ Na *common law*, o instituto foi concebido com o objetivo de vincular as decisões proferidas pelas cortes superiores, de forma que os tribunais inferiores passassem a respeitar os precedentes judiciais. Mais ainda, o respeito às decisões passadas se vincula assim pelo reconhecimento de que tais decisões têm autoridade não por terem sido decididas por órgão dotado de autoridade, mas por fazerem parte de um corpo reconhecido de experiências anteriores e comuns, resultantes de um processo que se atribui autoridade por conta do respeito às relações históricas, com um senso de identidade compartilhado da sociedade.

⁷¹ DUXBURY, Neil. No Original: “(...) such as reputation and fear of informal criticism.” Pág. 16.

⁷² BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. **Escrevendo um Romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. Em Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 14. Nº 56. Pág. 179.

⁷³ PEREIRA, Celso de Tarso. “Common Law” e “Case Law”. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 69-74, dez. 1988.

A moderna doutrina dos precedentes judiciais surgiu, assim, no séc. XVIII a partir da atribuição de eficácia vinculante às decisões judiciais. O *stare decisis*, por sua vez, se estabelece definitivamente na Inglaterra a partir do séc. XIX com a decisão do caso *London Tramways x Company v. London County Council*, proferida em 1898.⁷⁴ Na ocasião do julgamento estabeleceu-se que, uma vez decidida a questão de direito, torna-se impossível invocar a mesma questão como questão não decidida, admitindo nova decisão contraditória, pois ofensiva à segurança jurídica e, via de consequência, violadora da igualdade e da liberdade. Quer dizer, não se pode tratar uma questão de direito já decidida como se fosse uma questão nova. O direito, como instrumento de disciplina e organização não é produto imediato da atividade jurisdicional. Pelo contrário, decorre das frequentes ocorrências da vida em sociedade, constitui fruto da contínua transformação da vida. Não se apresenta plausível e soa estranheza admitir em uma decisão judicial soluções distintas a situações jurídicas semelhantes.

A realização da segurança jurídica através de certeza e previsibilidade das decisões judiciais constitui a razão pela qual o sistema de *common law* concebesse a doutrina do *stare decisis et non quieta movere*. A realização no sistema jurídico inglês dos princípios do Estado de direito decorre, pois, da força vinculante das decisões judiciais. A força normativa dos precedentes no sistema inglês substitui o direito legislado da tradição de *civil law*, em ambos a segurança jurídica constitui meio de realização da liberdade e igualdade, entretanto, por vias diversas, aquele pela doutrina do *stare decisis*, este por meio da compilação de regras jurídicas em um corpo normativo sistemático. Na verdade, o *stare decisis* pode ser visto como um elemento de balanceamento da falta de sistematicidade da *common law*.

A pretensão de certeza do direito na *common law* é buscada, então, através da atribuição de força de lei às decisões judiciais⁷⁵. A jurisprudência constitui uma variedade de exemplos concretos e detalhados de normas com plena vigência e eficácia. Esse conjunto normativo de decisões é suficiente à garantia de segurança jurídica e revela-se mais eficiente que o sistema abstrato de normas corporificadas em um código, pois esse, em razão da

⁷⁴ PERRONE, Patrícia. Precedentes. **O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Pág. 22.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 6^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t, I, “O desenvolvimento do direito na Inglaterra sofreu pouca influência do direito comum romano. Diz-se muitas vezes que a Constituição Inglesa é uma Constituição não escrita (unwritten constitution). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos Britânicos.” Pág. 128-129.

equivocidade da linguagem permite decisões judiciais contraditórias e abre margem para uma interpretação judicial vinculada a concepções pessoais do juiz, colocando em xeque a própria noção de democracia e de Estado de Direito.⁷⁶

Se de um lado as circunstâncias cambiantes da realidade dificultam a realização da segurança jurídica no âmbito de um direito legislado, que é, por natureza rígido, por outro, na *common law* encontra a flexibilidade necessária sem prejudicar a segurança, pois a jurisprudência se amolda mais facilmente à evolução social e à complexidade da realidade dinâmica, sem promover rupturas com as decisões passadas. A doutrina do *stare decisis* de respeito aos precedentes judiciais constitui garantia do jurisdicionado contra decisões judiciais de caráter arbitrário. Assim como o poeta não inventa livremente a sua fábula, por mais que imagine que o faça, pois antes de sua produção ser fruto de seu livre arbítrio, ele dirige-se a espíritos já preparados⁷⁷, os intérpretes da norma também estão sujeitos a essa mesma lógica, pois, não prescindem de proceder a pesquisa de decisões anteriores para promover uma análise sistêmica e em conjunto das questões em debate. Este assunto será desenvolvido logo mais a frente, como as decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, instância jurídica máxima do Poder judiciário no Brasil, inserido em uma tradição jurídica de *civil law*, pode se valer do uso dos precedente judiciais em suas decisões.

1.4.1. As fontes do direito na *Common Law*

A tradição jurídica de *common law* foi desenvolvida historicamente pelo Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), sendo, assim, um tradição primordialmente jurisprudencial. Tendo em vista a pouca influência que sofreu em relação aos acontecimentos na Europa continental e o fato de nunca ter sido realizada uma codificação ou reforma geral do sistema, a tradição jurídica de *common law* logrou êxito ao conservar sua forma principal fonte de direito, a jurisprudência.

Mesmo que se afirme que a fonte primária do direito na tradição de *common law* seja a jurisprudência, a lei, denominada *statute*, desempenha de certa forma uma função importante. Talvez no passado, quando limitada a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência pudesse, então, exercer uma função secundária. Todavia, a situação nos dias de hoje, assim como na *civil law*, está modificada e demonstra para a *common law* que o recurso à lei e a regulamentos já não pode ser mais deixado de lado.

⁷⁶ Ob. Cit. Merryman, John Henry. Pág. 82.

⁷⁷ GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis. Vozes. 1997, pág. 94.

Nos países de tradição de *civil law* a jurisprudência, ao contrário, é buscada apenas para desempenhar um papel secundário. É certo que podem ser dotadas de alguma autoridade, mas em nenhum momento são consideradas como fontes criadoras de regras do direito. Diferente do que se passa na *civil law*, nunca houve o reconhecimento da autoridade dos códigos. Neste sentido, as regras de direito que são estabelecidas através da jurisprudência constituem a certeza do direito. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema jurisprudencial. Mas, apenas depois da primeira metade do séc. XIX foi que passou a ser imposta aos juízes ingleses a sua obrigatoriedade de aplicação (*rule of precedent*).⁷⁸ De uma certa forma, a tendência legalista na França do séc. XIX, ligada à escola de exegese, influenciou a Inglaterra à submissão mais estrita ao precedente. Nesta ocasião, como já mencionado acima, foi proferida decisão na qual a mais alta corte do reino Unido declara-se absolutamente vinculada às suas próprias decisões, representando o ápice da consolidação da doutrina positivista do precedente judicial. Mas, vale ressaltar que os únicos precedentes obrigatórios são aqueles constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores – *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes.

Em relação à lei, uma segunda fonte de direito ao lado da jurisprudência, podemos perceber que a sua presença e desenvolvimento ficam mais limitados à atividade regulatória da economia e aos tratados internacionais. Como não existe uma Constituição escrita na Inglaterra, já que o que eles denominam de constituição é um conjunto de regras formadas preponderantemente pela jurisprudência, o que assegura as liberdades fundamentais é a tradição do povo inglês e o controle exercido através da opinião pública. Conforme a teoria clássica das fontes do direito na tradição de *common law*, a lei nada mais faz que introduzir uma série de *addendas* no corpo principal do direito inglês, constituído pelo direito jurisprudencial. Sendo obra de um parlamento, que representa uma nação, as leis merecem todo o respeito e são aplicadas literalmente pelos juízes, mas apenas se limitam a estabelecer exceções ao direito comum.⁷⁹

Na concepção tradicional inglesa, a lei não é considerada como modo de expressão normal do direito, ela é sempre uma peça estranha. Certamente elas serão aplicadas pelos juízes, quando necessário, mas a regra que contém a lei só será definitivamente admitida e

⁷⁸ David René. Ob. Cit. Pág. 341.

⁷⁹ David René. Ob. Cit. Pág. 345.

plenamente incorporada quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais, na forma e medida que aplicam e interpretam o direito.

Mesmo deixando de desempenhar uma função inferior em relação à jurisprudência, a lei, nos dias de hoje na Inglaterra, ainda encontra duas barreiras para ocupar *locus* de importância equivalente. A primeira é que o direito jurisprudencial, como bem sucedido que foi, continua a orientar o desenvolvimento do direito inglês e, por outro lado, o jurista inglês ainda permanece ligado à tradição. Para eles, a verdadeira regra do direito somente existe através dos fatos de uma situação concreta reduzida à resolução de um litígio.

Ao lado da jurisprudência e da lei, podemos encontrar na tradição jurídica de *common law* outra fonte de onde o direito pode ser extraído, os costumes. Apesar de se dizer que a tradição jurídica de *common law* é uma tradição costumeira, aqui não se trata dos costumes gerais imemoriais do reino. Pelo contrário, os costumes que são considerados como *fonte* na *common law* são aqueles provenientes do direito jurisprudencial, fundados sobre a razão, que substituíram o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume. Nos dias de hoje na Inglaterra, para que o costume possa ser considerado obrigatório ele deve possuir o caráter imemorial, ou seja, uma regra do séc. XII aproximadamente. A exigência, assim, de que seja “imemorial” faz com que perca a sua força como fonte de direito. A doutrina não é diferente, pois a tradição de *common law*, como pode perceber é uma tradição de *case law*, do estudo do caso e do processo propriamente. Sendo assim, a importância da doutrina é subestimada. É claro que muitas obras inglesas alcançaram posição de destaque e se tornaram referência para o direito inglês (*books of authority*), mas de uma maneira geral, o direito da tradição de *common law* é um direito baseado na razão através do caso concreto.

1.5A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE TRADIÇÃO DE CIVIL LAW E COMMON LAW - A INTERPENETRAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Apresentadas as principais características das duas tradições jurídicas ocidentais *civil law* e *common law*, respectivamente, pudemos verificar que ambas as tradições, no decorrer de seus percursos na história, passaram por períodos de flutuações e adaptações. Conforme o ordenamento jurídico e as alterações da sociedade, em nível político, social e econômico, cada uma delas se viu obrigada a se reinventar, para continuar a existir⁸⁰. O que não quer dizer que

⁸⁰ HOLMES, JR. Oliver Wendell. *The common law*. Estados Unidos: Harvard University Press, 2009. Pág. 35. “Ao ensejo, em sociedades de mudança” é natural que o direito adapte-se, ajustando-se a novas realidades. Deve fazê-lo, sem por tal motivo renegar-se. Assim, o direito apresenta um tensão fecunda entre constância (exigência

abandonaram suas práticas jurídicas tradicionais, a grosso modo, a *civil law* valendo-se dos códigos para fornecer segurança jurídica ao jurisdicionado e a *common law* através do respeito aos precedentes judiciais para atingimento da mesma finalidade.

Mesmo que se tenha em mente a importância da preservação de uma tradição jurídica, para fins de conservar um patrimônio histórico-social de certa sociedade, mantendo suas características e traços fundamentais, é indiscutível que aquilo que foi feito no passado, leis, decisões judiciais, pode vir a não servir para uma sociedade contemporânea em constante mudança. Em outras palavras, os ideais de um momento pretérito, de um *Estado Liberal* de Direito – pegando-o como ponto de referência - aquilo que fora estabelecido pelo poder constituinte, os anseios da sociedade daquele momento histórico, podem já não ser mais úteis para os fins de um *Estado Constitucional* de direito. Talvez sejam por esses motivos, dentre outros, das mudanças efêmeras da sociedade, do fato de o legislador não conseguir prever todas as hipóteses normativas, que a partir da segunda metade do séc. XX o formato das Cartas constitucionais tenha passado por modificações.

Ademais, o fato de as tradições jurídicas preservarem suas características principais, que foram fatores determinantes para a constituição e caracterização de seu patrimônio histórico, não as impede de adotarem elementos de outras tradições para o auxílio e melhoria na prestação da atividade jurisdicional. Essa afirmação pode ser comprovada através de vários países de tradição de *civil law* que, a partir da segunda metade do séc. XX, ao adotarem cartas constitucionais com caráter aberto e de baixa densidade normativa, tiveram a atividade jurisdicional ampliada através da valorização dos precedentes judiciais. Via de consequência, o juiz que antes estava engessado à letra da lei, passa a agora a determinar o conteúdo do enunciado legal. Realiza, portanto, uma atividade interpretativa da lei a fim de lhe dar interpretações uniformes e constantes, capazes de formarem *standards* jurídicos uniformizando a interpretação e reduzindo a vagueza da lei.

Todavia, a atividade de interpretação do enunciado legal realizada pelo poder judiciário, ao mesmo tempo em que proporciona seu aumento de poder, gera um novo problema, a falta de uniformidade interpretativa entre enunciados legais. A integridade do sistema torna-se comprometida em razão da dissonância de entendimentos por parte dos tribunais superiores. Me refiro aqui ao Tribunais de *civil law*, especificamente dos tribunais brasileiros. Daí nasce uma série de dilemas, entre a necessidade de o direito gerar

de segurança) e inovação (exigência de adaptabilidade), estabelecendo um paradoxo cujo grau de dificuldade é desconcertante: “A verdade é que o direito está sempre se aproximando da uniformidade jamais a alcançando, porém. Está ele continuamente a deduzir novos princípios da história, ainda não absorvidos ou abandonados. Tornar-se-á inteiramente uniforme apenas quando cessas de desenvolver-se.”

previsibilidade e garantir a segurança jurídica de um lado e, de outro lado, a necessidade de adaptabilidade da tradição jurídica.

Portanto, a *civil law*, a partir do momento em que tem autorização para a atividade jurisdicional ultrapassar àquela atividade anteriormente limitada pelo estado liberal, passa a buscar mecanismos jurídicos em outras tradições para se aperfeiçoar e se ajustar diante da nova realidade imposta. Neste sentido, é usado o termo de interpenetração das tradições jurídicas⁸¹. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da adoção de um formato de uma carta constitucional de caráter programático e principiológico, a força dos precedentes judiciais que anteriormente possuía apenas um caráter persuasivo, passa a ter força vinculativa, o que será verificado mais adiante neste trabalho.

Apesar da existência, mesmo que tímida, dessa interpenetração, percebe-se que os operadores do direito da tradição de *civil law* ainda preservam resistência em adotar elementos próprios da tradição jurídica de *common law*. O sistema jurídico romano germânico, em que pese essa resistência, acaba por enfrentar um paradoxo. Pois, a partir do momento em que se reconhece a equivocidade da linguagem, a pluralidade de significados que podem ser atribuídos à lei e a normatividade de princípios constitucionais de direitos fundamentais, a racionalidade e a legitimidade democrática da interpretação, pressupõe a adoção de elementos da tradição jurídica de *common law*. A ordem jurídica, com efeito, evolui de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento.⁸² Ou seja, o pensamento jurídico tradicional da *civil law*, depara-se com a necessidade de aprimoramento.

A questão que se coloca a partir da observação desse fenômeno tem sede na Teoria do Estado, concernente à configuração de um Estado Democrático, cuja formação do direito deve ter o respaldo popular através da sua legitimação por procedimentos racionais democráticos, e na ciência do direito atinente às fontes do direito e à segurança jurídica, princípio subjacente ao Estado de Direito que presidiu a sua criação a partir do Iluminismo e das Revoluções burguesas que se seguiram a ele.

⁸¹ JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre. *A ausência de percepção de mixagem de sistemas jurídicos. O Brasil entre o civil law e o common law. A ausência de uma teoria brasileira de precedents judiciais – A anarquia interpretativa e o despeito a uma “possível” história institucional. O marco zero das interpretações pelos Tribunais brasileiros. “Existem inúmeros estudos nos últimos anos que mostram essa tendência de junção das tradições já no séc. XX: na experiência continental europeia tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial e, em sentido diverso, uma orgia legislativa que ofertam formas legais às regras do common law clássico”*. Em *Revista de Processo*. Ano 35. Nº 189. Nov/2010. Direção Arruda Alvim. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

⁸² BANKOWSKI. Zeno net al. Rationales for precedent. In. MACCORMICK, NEIL; SUMMER, Robert S. (Ed.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate: Hants, 1997. Pág. 484.

Se no Estado legislativo o princípio democrático era meramente formal, sua segurança jurídica advinha de uma atividade jurisdicional racional de mera subsunção dos fatos às normas, em que o texto se confundia com a norma e o judiciário a boca da lei que declarava a vontade legislativa. A partir do movimento constitucionalista o princípio democrático passou a ter uma dimensão substancial, ligada aos direitos fundamentais, cuja segurança jurídica passou a ser tutelada de outra forma, a exemplo da valorização da força vinculante dos precedentes judiciais. Se antes os valores do liberalismo e do individualismo determinavam a segurança jurídica através da aplicação formal da lei pelo judiciário, agora a segurança jurídica é garantida através da argumentação jurídica, da coerência e da integridade com que a jurisprudência interpreta o direito.

No Estado Constitucional dos países de tradição jurídica civilista, a realização dos valores democráticos de igualdade e liberdade pressupõe a racionalização do sistema jurisdicional. A segurança jurídica, portanto, deixou de sustentar-se no formalismo interpretativo e ganhou suporte na força vinculante dos precedentes judiciais, na valorização do aspecto histórico da jurisprudência como meio de racionalização do sistema jurisdicional inserido no constitucionalismo axiológico.

Ao contrário do que se passa no sistema romano-germânico, no sistema anglo-saxônico de *common law* a disciplina social advém da tradição, dos costumes, *ethos*, ou através da ética consubstanciadora das regras dirigentes do comportamento humano. A ordem jurídica consuetudinária estabelece deveres e direitos de ordem moral - nas palavras de Miguel Reale⁸³, “toda norma ética expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida” -, a segurança jurídica advém da máxima “*stare decisis et non quieta movere*”⁸⁴, através da força dos precedentes judiciais. Assim, a previsibilidade e a calculabilidade do comportamento se fundam nos precedentes judiciais, ou na interpretação dada pelos Tribunais à legislação em íntima conexão com a tradição.

O movimento constitucionalista ocorrido nos países de tradição jurídica civilista pressupõe, diante da abertura proveniente da axiologia constitucional, a racionalização do sistema jurisdicional por meio da harmonia, coerência e integridade da jurisprudência. Nesse sentido se aproxima da tradição jurídica de *common law*, pois nela nunca houve ilusão de que

⁸³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 10 Edição. São Paulo: Saraiva, 1983. pág. 35.

⁸⁴ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1961. Pág. 298. “- acatar o já decidido, seguir uma solução já adoptada. A expressão aparece na terminologia jurídica inglesa de forma mais completa (*stare decisis et non quieta movere*) e designa o “princípio sagrado” do direito inglês pelo qual os precedentes judiciais gozam de autoridade e são vinculativos em casos semelhantes futuros.”

o direito decorreria logicamente de textos normativos fechados, de um sistema completo de textos positivos de lei, mas da tradição, dos costumes e da valorização do aspecto histórico da jurisprudência a partir da eficácia vinculante dos precedentes judiciais.

Foi em razão da importância dada à integridade do sistema, às particularidades históricas e às contingências políticas, de que o direito não estaria isolado, e sim inserido neste universo, que os precedentes passaram a ocupar uma posição de mais valor na interpretação das leis, como uma espécie de auxílio na atividade de interpretar, de forma a poder proporcionar mais segurança e coerência. O que não significa que tais *standards* interpretativos não possam ser superados, o que ensejaria uma cristalização ou engessamento do sistema jurídico. Ao contrário, é admitido e desejável, que em caso de modificação do ambiente normativo, composto pela realidade cultural, histórica, econômica, política e social, as razões que fundamentaram os precedentes sofram uma corrosão pelo *overruling*, por meio de um pesado ônus argumentativo que seja capaz de substituir a interpretação subjacente por outra que seja mais adequada à nova realidade que se apresenta.

A adoção da doutrina do “*stare decisis*” pela tradição jurídica civilista ganha relevância a partir do constitucionalismo axiológico e da necessidade de racionalização da jurisprudência dele decorrente. A legitimidade democrática da jurisdição, nesse contexto, pressupõe a percepção de que as decisões anteriores pertencem a um corpo histórico de fundamentação, que servem de inspiração para as futuras reflexões, como meio de se promover um diálogo permanente sobre o direito, de forma que ele permaneça íntegro à consciência moral coletiva, ao mesmo tempo em que se tutele a segurança jurídica, por meio da valorização do precedente judicial.⁸⁵

É nesse contexto que se apresenta a importância do estudo do direito como integridade e a ideia do romance em cadeia de Ronald Dworkin, como meio de assegurar uma coerência do direito através das decisões judiciais. A concepção de Dworkin pretende afastar a insegurança jurídica proveniente das divergências jurisprudenciais, como ocorre em sistemas jurídicos de tradição civilista onde não há consideração nem respeito ao aspecto histórico da jurisprudência.⁸⁶

⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo. Saraiva. 2014. Pág. 242.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. “*Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda, descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juízes de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais as ortodoxias procedimentais e as convenções judiciais eram diversas. Cada juiz deve considerar-se, ao decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é uma função continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que*

Para compreender melhor a necessidade de aproximação das duas tradições jurídicas e a importância do respeito aos precedentes judiciais nos países de *civil law*, é indispensável examinar o pensamento de Ronald Dworkin, especificamente quando fala dos precedentes judiciais como prática constitucional, propondo a comparação da interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura⁸⁷, defendendo a ideia de um romance em cadeia em que cada juiz, ao julgar um caso concreto, escreve um capítulo do romance, devendo, para tanto, partir do capítulo anterior para poder avançar.

Ao analisar a maneira como o Direito se assemelha à literatura, Dworkin recorre a uma sugestiva e elaborada imagem para descrever o romance em cadeia, concebendo a interpretação jurídica como a continuação de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas.⁸⁸

Segundo o Autor, o processo de interpretação seria como um romance escrito por diversos autores e que cada um deles seria responsável pela elaboração de um capítulo separado, devendo, assim, dar continuidade a elaboração do romance a partir de onde o seu antecessor parou.

Dworkin aborda o direito como integridade, comparando a complexidade da tarefa de cada escritor, ao elaborar o seu capítulo de forma a dar ao romance a sua melhor interpretação, da mesma forma que seria tarefa enfrentada pelo juiz, que, ao decidir um caso difícil, teria de dar continuidade à história, ou seja, de decidir aquele caso da melhor maneira possível, dando continuidade às interpretações já conferidas a casos similares.

Essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica no âmbito do contemporâneo constitucionalismo. A garantia da dignidade da pessoa humana através de um principiologismo de direitos fundamentais aproxima a tradição jurídica de *civil law* à tradição jurídica de *common law*. Nesse sentido deve acolher elementos que lhe dão sustentação racional e democrática como a eficácia vinculante dos precedentes judiciais. As decisões das

tem em mãos, ao invés de guinar em uma nova direção apenas sua. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. Uma questão de princípio. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pág 217 e ss.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Ob. cit. Pág. 217 e ss.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. ob. cit. pág. 238. *“Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo de empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele fez agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.”*

Supremas Cortes, deveriam, assim, ser escritas como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro.⁸⁹

Entretanto, alerta que, se o juiz, assim como cada escritor da cadeia, deve seguir com uma avaliação geral daquilo que já foi dito pelos julgadores anteriores⁹⁰, isto não quer dizer que ele esteja obrigado a se ater, apenas, ao que se encontra determinado jurisprudencialmente, sendo-lhe facultado, inclusive, alterar o percurso da história conforme as possibilidades analisadas no presente.

Destarte, sugere que a interpretação seja realizada de forma *construtiva* em que a justificação ou fundamentação atente aos princípios de moralidade política que (con)formam o Direito, impedindo, assim, os julgadores de incorrerem em qualquer tipo de decisionismo. Para o Autor, a *integridade* é uma das peças chaves que caracterizam a sociedade democrática, exigindo que a interpretação das leis não seja o resultado de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, mas se mostre coerente, tendo em vista que as decisões judiciais devem ser justificadas com base em princípios, e não por argumentos metajurídicos ou baseadas na vontade.

A Teoria de Dworkin, portanto, contribui de forma decisiva na afirmação de que as Cortes Judiciais de tradição civilista, a partir da “interpenetração”, têm buscado cada vez mais manter a tradição jurisprudencial construída sobre determinados assuntos, de forma a proporcionar integridade ao sistema jurídico, em homenagem aos princípios da confiança, igualdade e segurança jurídica.

É dizer, a busca pela coerência e integridade no ordenamento jurídico de tradição jurídica de *civil law* por meio do uso dos precedentes judiciais seria uma espécie de profilaxia à patologia gerada pela *civil law* nas cortes judiciais, que em determinado momento supôs que os juízes não deviam nenhum respeito às decisões passadas e que de alguma forma seria um empecilho para a formação de seu livre convencimento e liberdade de julgar. Trata-se de erro grosseiro considerar que as decisões judiciais sejam resultado de uma construção

⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Em Escrevendo um romance por meio dos precedente judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.** Em Revista de Dir. Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun.2014. Pág. 192.

⁹⁰STRECK, Lênio. “*A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessa comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antiética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.*” Em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>

interpretativa isolada. Pensar que o juiz tem o poder de julgar sem se submeter às decisões anteriores dos Tribunais Superiores é não reconhecer que o magistrado é uma das peças no sistema de distribuição da justiça e mais do que isso, que o sistema não serve a ele, e sim a toda a comunidade.

Chega-se em um ponto onde não se deve mais acolher o pensamento de que o Juiz tem a liberdade tolhida se obrigado a decidir conforme entendimento dos Tribunais Superiores. Já que o seu dever é, acima de tudo, o de manter a coerência e zelar pela credibilidade e respeitabilidade das decisões do Poder judiciário. O juiz que não respeita as decisões dos órgãos superiores ou até mesmo é incoerente com as suas próprias decisões, longe do exercício de sua discricionariedade, está mais perto de cometer um ato de insanidade, que fere o sistema jurídico como um todo.⁹¹

Como se vê, o juiz não abandona a sua liberdade ao decidir conforme decisões anteriores, ele pode sim, com a devido ônus argumentativo modificar a sua decisão se demonstrado a diversidade do caso que lhe foi submetido, não aplicando a decisão anterior. Importa destacar que não há poder que não seja responsável pela prática de seus atos. “*Treat like cases alike*”, tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder, é princípio que, de acordo com o seu significado originário na *common law*, consiste em uma das principais razões da coerência, assim como da confiança e do respeito nos juízes.

Não nos resta dúvidas então, de que a *civil law* passou por uma transformação no significado de direito e de jurisdição. Assim, deixa o direito de ser reconhecido como apenas aquele que estava codificado e passa a integrar a Constituição. E a atividade jurisdicional não mais dita as palavras da lei, mas sim conforma a lei de acordo com a Constituição. Sendo que o mais importante é notar a assunção do papel do juiz que não mais se esquivava em interpretar as normas em casos de omissão, obscuridade, ou pluralidade de sentidos, pelo contrário, atua realizando atividade interpretativa e atualizadora da norma conforme o contexto social em que se encontra inserido.⁹² A decisão judicial, portanto, deve ser sempre um encontro dialético dos pré-juízos do intérprete com a tradição e a alteridade.⁹³

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit. Pág.36.

⁹² ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil*. Em Revista de Processo I.vol.235/2014. Pág.293-349. Set. 2014. DTR2014/9800. “Devemos perceber que a função das Cortes Supremas migrou e está migrando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos de cortes de controle, preocupadas com a exata e “correta” aplicação da legislação, vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo, para cortes de interpretação, preocupadas com a “uniformização do direito”, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação

O poder judiciário faz, assim, uma ponte direta da realidade histórica com a Constituição, realiza o ajustamento e o enquadramento das normas constitucionais a sua constante evolução, devido às exigências da realidade, sem a necessidade de se convocar a todo instante o poder constituinte derivado, já que sua abertura autoriza a sua evolução no sentido de acompanhar a história e o progresso.⁹⁴ Desta forma, torna-se aconselhável, que as Cortes Constitucionais de tradição de *civil law* enfrentem as questões constitucionais que envolvam enunciados plurissignificativos, com um olhar para aquilo que já foi construído a respeito do direito em questão, e a partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial, enfrentando e fundamentando a nova decisão. O encontro da segurança jurídica e da coerência não serão tidos conforme a decisão dos julgadores, mas com base na certeza de que o fundamento da decisão estará de acordo com a integridade do sistema, com a vontade da Constituição.

A transformação da *civil law* é um marco de superação da ideia originalmente instituída para viabilizar a realização de um objetivo revolucionário, mas que nasceu com a marca da utopia, uma vez que o pensamento de que o juiz seria a mera boca da lei não tinha como prosseguir diante de normas de conteúdo aberto e de uma realidade social cambiante. Todavia, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução da *civil law* a descaracterizasse. A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um novo modelo de juiz, completamente distinto daquele almejado pela tradição da *civil law*. Deste modo, a *civil law* vive, nos dias de hoje, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Texto e norma não se confundem, a norma é o resultado da interpretação do texto legal, e, portanto, não é razoável admitir que o juiz não possa interpretar a lei.⁹⁵

Não nos resta dúvidas, portanto, de que o papel do atual juiz da *civil law* aproximou-se bastante daquele do da *common law*, pois atribuir respeito e eficácia vinculante aos precedentes judiciais constitui-se em elemento essencial à legitimidade democrática da

jurídica. 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. A teoria dos precedentes aplica-se à atividade de interpretação/aplicação do direito, que é a atividade principal dos juizes e tribunais, não implicando ofensa aos princípios da legalidade, separação de poderes e submissão do juiz somente à lei.”

⁹³ RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2010. Pág. 97.

⁹⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 26-27.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit. Pág. 55.

jurisdição, como garantia de igualdade e liberdade a partir da segurança jurídica, da coerência, harmonia e integridade da jurisprudência. A aproximação das duas tradições jurídicas em questão torna-se ainda mais evidente a partir do movimento constitucionalista da segunda metade do séc. XX, como pincelado linhas acima. Neste sentido, irei demonstrar como tal movimento, através de suas características, impulsionou a valorização das decisões judiciais, com base no respeito aos precedentes por parte da tradição de *civil law*.

2. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo contemporâneo resultou da evolução na Ciência do Direito, especificamente no campo das fontes do direito e na atividade jurisdicional. Na teoria das fontes do direito, a aproximação entre direito e realidade, entre o direito e a ética, além do desenvolvimento de novas técnicas legislativas, como as cláusulas gerais, resultou no aumento da influência das demais fontes, como as decisões judiciais e a analogia. Se, em um primeiro momento aquilo que era decidido pelo juiz baseava-se apenas na lei e ficava circunscrito ao caso concreto, agora, as decisões judiciais além de poderem ter um efeito (*ultra partes*), incidindo seus resultados para além do caso concreto, tornaram-se referências interpretativas e fonte argumentativa do direito. Ou seja, na medida em que as decisões judiciais passam a ter mais força na teoria das fontes do direito, deixando de ter caráter secundário, tornando-se fonte de referência para novas decisões, a utilização do recurso à analogia - confronto entre decisões para se extrair semelhança de um caso fonte para um caso alvo - passou a ser mais buscada, conseqüentemente.

Já no que diz respeito à alteração na atividade jurisdicional, ao ser verificar não ser possível prever todas as situações quotidianas no texto legal e, havendo a distinção entre texto e norma, exigiu-se, pois, o desenvolvimento por parte do poder judiciário de uma nova metodologia de interpretação do direito, que agregasse ferramentas ao método dedutivo. Sendo assim, o respeito ao que foi decidido no passado em situações semelhantes, com o objetivo de dar coerência e integridade no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, fornecer a segurança almejada pela jurisdição em face de conceitos jurídicos indeterminados, foi umas das maiores características que a tradição de *civil law* incorporou da *common law* graças ao constitucionalismo contemporâneo.

Diante desta nova configuração na ciência do direito percebe-se, assim, por parte da tradição jurídica de *civil law* uma aproximação com as fontes primárias do direito da *common law*. A valorização dos precedentes judiciais por parte do poder judiciário e a ampliação de sua competência, na qualidade de arrematar as lacunas legislativas, fruto do movimento constitucionalista, foram demonstrações da necessidade de adaptação na cultura da decisão judicial na tradição jurídica de *civil law*, para fins de preservar realização dos valores democráticos de liberdade, igualdade e segurança jurídica.

A ideia de que a lei seria a fonte de solução de todos os problemas da sociedade e de que o juiz encontraria solução para todos os casos apenas recorrendo à “lei” começou a ser

dissolvida. O direito, considerado como um conjunto de normas em vigor, como um sistema jurídico perfeito que não demandava qualquer justificação além de sua existência custou caro à humanidade. No estado legalista, partia-se da ideia de que o juiz não poderia recorrer às outras fontes do direito, seja à doutrina, seja a um costume válido ou à analogia em substituição à norma. O ordenamento jurídico era considerado, assim, como um sistema completo⁹⁶, que continha conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas. Zagrebelsky ensina, a propósito da pretensão de completude do direito, que a intenção do legalismo era criar um ordenamento jurídico tão claro e completo quanto possível, com o fim de possibilitar apenas uma interpretação. A tradição do juspositivismo na *civil law* limitou as fontes do direito à lei positivada, reservando ao juiz a burocrática função de extrair do texto legislativo a norma jurídica e aplicá-la – por silogismo e dedução– aos fatos litigiosos.

Mas, o ritmo acelerado das mudanças sociais desencadeou um processo de fossilização do ordenamento jurídico. A atualização de uma legislação concebida como única fonte do direito com pretensão de completude torna-se impossível, pois, além de não abranger todas as especificidades da realidade em toda a sua riqueza, não permite que seja atualizada no tempo em que as mudanças acontecem. A harmonia social em meio à realidade dinâmica e complexa exige repostas céleres, sem as quais fragilizam-se os valores mais caros à existência humana em sociedade, a igualdade, a liberdade e a segurança. A infundável variabilidade do cotidiano, aliada ao desenvolvimento de novas tecnologias, às descobertas das ciências naturais e às mudanças nos contextos político e social, apresenta novas questões nunca vistas antes, que pedem novas distinções ou revisões de distinções feitas anteriormente. A racionalização do direito é um processo, assim, contínuo, que não atinge jamais a clareza e a estabilidade de um sistema dedutivo. As motivações e as experiências do homem são mutáveis demais para isso.⁹⁷

Tornou-se necessário, pois, uma nova calibragem entre os poderes, atribuindo ao poder judiciário a função de promover estes valores ao lado do poder legislativo. A jurisprudência, com efeito, atrai normatividade como atributo para captar os valores da

⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Pag. 32. Madrid: Trotta, 2003. "Com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito".

⁹⁷ WEINREB. Ob. Cit. Pág. 82.

realidade cultural do homem e concretizá-los na aplicação da ordem jurídica como forma de realização da justiça e do Estado Democrático. Logo, o envelhecimento das leis não permitiu a contenção dos juízes dentro da literalidade textual. A hipermodernidade, compreendido neste termo a aceleração dos pilares da modernidade⁹⁸, torna-se apenas o início das mudanças no direito. Por força do *non liquet*, não se poderia concluir que não há direito aplicável que resolva a controvérsia perante o juízo, devendo esta permanecer sem solução. Um juiz que não consegue encontrar uma lei para lidar diretamente com o problema que lhe é apresentado não lava as mãos e diz aos litigantes que resolvam eles mesmos. São assim, obrigados a lançar mão de outras fontes do direito que não a lei para ir além do sentido literal e buscar sentido prescritivo a *partir dos* – e não somente *nos* – enunciados normativos⁹⁹. Percebe-se, pois, que o acelerado ritmo da evolução econômica, social e cultural não mais permitiu que se aguardassem a elaboração e sistematização da lei por parte do parlamento.

Sucedee, assim, que o modelo positivista, dogmático do direito, inserido no contexto histórico de desenvolvimento da realidade, mostrou-se incapaz de acompanhar as mudanças que se operaram na sociedade. O direito, a partir da segunda metade do séc. XX, já não cabia no positivismo jurídico exegético. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.¹⁰⁰ Com efeito, a pretensão de promover a liberdade, a igualdade e a segurança no contexto da legalidade formal criou condições necessárias para a problematização da legitimação social e moral do direito. A evolução social influenciada pela revolução industrial, associada à tutela da liberdade, como uma esfera pessoal isenta da intervenção do Estado, deu ensejo ao surgimento de uma diversidade de grupos sociais com peculiares formas de ver e viver a vida, determinando, por sua vez, a superação da noção de homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição de centralidade que a lei ocupava no Estado legislativo, como única e principal forma jurídica, exclusiva fonte do direito.

O constitucionalismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura, então, empreender uma leitura moral do direito com base nos ideias da Constituição.¹⁰¹ Verifica-se um avanço na Teoria do Estado e na ciência do Direito, momento

⁹⁸ Nesse sentido a locução “hipermodernidade traduz o desconforto que se sente na sociedade decorrente da aceleração abrupta dos três pilares da modernidade: o mercado, o indivíduo e a tecnologia. LIPOVETSKY, Gilles, **Os tempos hipermodernos**, tradução de Mário Vilela, São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁹⁹ LOPES FILHO. Ob.cit. pág. 41.

¹⁰⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Ob. cit. pág. 326.

¹⁰¹ DE MELO, Patrícia Perrone. Pág. 50.

em que surge uma preocupação com a justiça nas relações políticas e sociais. Há, então, uma aproximação entre direito e moral.

No âmbito da Teoria do Estado, as Constituições escritas e rígidas impõem a força normativa de suas normas, agora subdivididas entre princípios e regras, consagradoras de direitos e garantias fundamentais, carecedores de densificação judicial, em razão da indeterminação e da abertura das normas constitucionais à realidade social normativa¹⁰². A aplicação jurisdicional do ordenamento jurídico, aberto ao influxo dos valores éticos, passa por um processo de concretização dinâmica do ordenamento jurídico, a realidade conforma a norma, ao tempo em que é modificada por esta. A normatividade, portanto, designa a qualidade dinâmica da norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz - normatividade concreta - quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade - normatividade materialmente determinada. A concretização prática é concebida como processo real de decisão¹⁰³. A atividade jurisdicional, nesse sentido, desempenha a função de circunscrever o poder político aos direitos fundamentais decorrentes dos princípios, do regime constitucional e dos ideais culturais da nação. O poder judiciário sobreleva-se em importância ganhando poder para conter o arbítrio político dos demais poderes, velando pelos valores de igualdade, liberdade e segurança. Ao lado das leis, os princípios consagradores de direitos e garantias fundamentais tornam-se concorrentes e o direito deixa ser apenas aquilo que está “na lei”, abrangendo também a realidade, o âmbito normativo, que determina o sentido da norma ao tempo em que é determinado por esta.

No Estado constitucional as fontes substanciais do direito consubstanciadas em elementos materiais, históricos, racionais e ideais da realidade cultural e ética ganham atributo de normatividade e se impõe como fundamento de legitimidade/validade da ordem jurídica. Reconheceu-se, no constitucionalismo contemporâneo, uma relação necessária entre direito e realidade social a partir da premissa de que as normas jurídicas revelam o seu conteúdo por "fatos antropológicos e por fatores sociais, particularmente por necessidades e correlações de forças, bem como por outras circunstâncias, mas sobretudo pelos interesses que o direito deve regular"¹⁰⁴. A propósito, Müller enfatiza que a premissa de um dos erros fundamentais do positivismo na ciência jurídica é a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo

¹⁰² HOLMES, Oliver. Wendell. *The Path of the law*, Harvard Law review, t.10, 1987. p. 457 e ss.

¹⁰³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Pag. 15.

¹⁰⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. Ob. Cit. Pag. 83.

que repousa em si e preexiste, a separação das normas e dos fatos, do direito e da realidade.¹⁰⁵

A Constituição agora composta por princípios e regras, apresenta maior abertura, maior abstração e maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação. A interpretação e aplicação do direito a partir da realidade concreta e dos princípios éticos em um contexto de ampliação das fontes do direito demanda a introdução de novos elementos de segurança jurídica. A teoria da eficácia normativa dos precedentes judiciais constitui, com efeito, instrumento de contenção e limitação da atividade jurisdicional no campo da interpretação e aplicação do direito. A criação da norma individual do caso concreto a partir da realidade substancial constitui o resultado da modificação na teoria das fontes, atribuindo-se força normativa à realidade substancial atinente aos valores éticos. A eficácia normativa e vinculante dos precedentes judiciais, portanto, é o elemento de harmonização do sistema jurídico aos valores democráticos de igualdade, liberdade e segurança, restringindo a discricionariedade jurisdicional pela introdução de racionalidade, coerência, integridade e harmonia aos julgados. Assim, uma vez que os enunciados normativos possuem baixa densidade normativa e caráter principiológico, limitar a atividade judicial por meio de respeito aos precedentes judiciais, ou seja, fazer a recepção de técnica interpretativa proveniente da *common law*, é atitude que se mostra necessária na *civil law* para que se evite o cometimento de abusos por parte dos juízes e o retorno às arbitrariedades tão combatidas pela Revolução Francesa.

Por força do imperativo da isonomia, do tratamento dos casos iguais de maneira semelhante, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam servir de parâmetro e instrumento orientador para as situações semelhantes. O respeito às decisões passadas, quando devidamente motivadas e preservado o seu caráter jurídico, é tarefa que se impõe diante deste novo cenário no sistema jurídico. A baixa densidade normativa e alta carga axiológica proveniente da força normativa dos princípios, que agora ocupam posição de destaque no ordenamento jurídico juntamente com as regras, não podem servir de justificativa para autorizar o cometimento de arbitrariedades jurisdicionais. A decisão judicial, com *caráter jurídico*, isto é, devidamente motivada, fundada em valores de justiça e igualdade, merece ser preservada e passada adiante sendo

¹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pag. 19

aplicada em face de situações semelhantes de forma a garantir a isonomia e estabilidade da ordem jurídica.

A ampliação das fontes do direito não significa que as regras perderam importância no ordenamento jurídico dos países de *civil law*, significa que o ordenamento jurídico não se perfectibiliza, não cumpre sua função de garantia do ser humano, sem levar em consideração a realidade social e a necessidade de proteger o homem garantindo-lhe existência digna, com liberdade e igualdade em contexto de segurança. Nesse sentido, se a hipótese fática abstrata se concretizar na realidade em um fato jurídico imponível, a regra legal incidirá de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. A força normativa dos princípios jurídicos, entretanto, condiciona a interpretação e a aplicação da lei a um fundamento de legitimidade contido na realidade social, vinculando o sentido e o alcance da disposição legal aos parâmetros éticos e culturais da nação. A sua indeterminação e maior carga valorativa¹⁰⁶ apontam para o aumento da atividade interpretativa, o que não significa dizer abuso de poder. A força normativa dos precedentes judiciais constitui-se em instrumento de contenção do arbítrio judicial, que, no contexto de um ordenamento jurídico axiológico poderia ocorrer através da imposição de decisões de caráter subjetivo e solipsista dos juízes. A adoção de elementos da *common law*, do *stare decisis et non quieta movere*, constitui pois uma adaptação da *civil law* de forma a conferir segurança e racionalidade à atividade jurisdicional de interpretação e aplicação do direito. Ou seja, valer-se do respeito aos precedentes judiciais, de preservação de decisões passadas, devidamente prolatadas no âmbito do devido processo legal, é tarefa que se impõe, seja para garantir ao jurisdicionado a segurança jurídica almejada, seja para demonstrar sua evolução e desenvolvimento conforme a vida contemporânea impõe.

Não se pode concluir, contudo, que o direito positivo perde seu espaço, que a lei, propriamente, reduz o seu valor em face das decisões judiciais. Incumbe ao poder legislativo e executivo estabelecer ou consagrar as principais alterações das instituições sociais, cabendo, contudo, ao poder judiciário efetuar apenas pequenos desenvolvimentos. Nas palavras de Benjamin Cardozo, um dos juízes americanos mais influentes de todos os tempos, que combateu a concepção formalista do direito, defendendo a inovação e criatividade judicial, “*justice is not to be taken by storm. She is to be wooed by slow advances*”. Neste sentido, a atividade jurisdicional aprimora o sentido da lei em doses homeopáticas, absorvendo os valores e estruturas sociais conforme a realidade apresentada.

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 264. “O pós-positivismo, marcado fortemente pela hegemonia axiológica dos princípios, convertido em pedestal normativo sobre o qual assente todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”

2.1 O JUIZ EM FACE DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para que o direito seja produto de seu tempo e não seja estacionário, possuindo saúde e vitalidade, é indispensável reconhecer que as normas jurídicas criadas numa geração podem se mostrar insuficientes para uma geração seguinte. Neste sentido, o direito tido a partir da segunda metade do século XX, já não se acomoda no Estado Liberal e no positivismo jurídico conforme a tradição de *civil law* poderia pretender. A rigidez da norma não mais corresponde ao atual estágio do processo civilizatório. E, a figura do juiz que deveria apenas cumprir a vontade da legislatura, conforme pretendido por Montesquieu, quase que como um ser inanimado, um “*dog law*,”¹⁰⁷ passa a ser substituída pela presença de um juiz com maior latitude de poder. É verdade que os doutrinadores que defendem a tradicional visão da *civil law* ainda não conseguem aceitar muitas vezes tal fato, de uma nova estrutura das Cartas Constitucionais, como um documento vivo e plurissignificativo, que sofre oscilações de acordo com as mudanças da sociedade e que se submete à interpretação judicial.

Com a inserção de princípios e da positivação dos Direitos Fundamentais nas Cartas Constitucionais, agora com uma linguagem aberta e plural, que carregam um fundo de valores morais, a atividade jurisdicional passa dialogar com a atividade legislativa, já que a linguagem legislada passa a se apresentar com uma série de significados. Neste cenário, a lei torna-se suscetível de ser complementada pelo juiz,¹⁰⁸ para a efetivação da tutela jurisdicional pretendida no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Ou seja, limitar a interpretação dos enunciados legais plurissignificativos é equiparar a norma ao texto, o que não é possível. Quando nos referimos a conceitos sensíveis, com forte carga social e que estão sujeitos a constante variação como, por exemplo, família, racismo, inocência, a atividade jurisdicional é obrigada a realizar um diálogo com a atividade legislativa, já que esta não clarifica tais conceitos e não acompanha as oscilações sociais na mesma na velocidade que tempos atuais exigem. Por esse motivo, que o legislador se vale de um formato aberto dos enunciados normativos abertos e com alta carga axiológica, justamente para ampliar ao máximo a proteção aos direitos e garantias fundamentais, de forma que a generalidade da norma principiológica e seu caráter aberto é capaz de acobertar mais situações do que o conteúdo unívoco de uma regra (“tudo ou nada”).

¹⁰⁷ BENTHAM, Jeremy. Em Zannetti Hermes. Pág. 82. 1§

¹⁰⁸ MARINONI. Luiz Guilherme. Ob. cit. pág. 69.

Assim, o reconhecimento da abertura do sistema jurídico e da presença de direitos fundamentais é refletido na atividade jurisdicional, que não mais permanece apática em face das vicissitudes da sociedade e de suas oscilações. Destarte, a utilização de um método totalmente normativista e dogmático inviabiliza, assim, a interpretação e compreensão dos enunciados plurissignificativos, sob a égide da sociedade atual.

A existência de cláusulas gerais abertas permite que a atividade jurisdicional seja realizada quase que independentemente da formulação legislativa¹⁰⁹. Se fôssemos medir a atuação do juiz de acordo com a vagueza da lei, no Estado Liberal, poderíamos afirmar que a sua atividade seria inversamente proporcional à exatidão da norma, ou seja, quanto mais exato o enunciado normativo, menos poder criativo seria atribuído ao juiz. Já no Estado Constitucional, onde os princípios constitucionais passam a ter força normativa e se equiparam aos enunciados legais, a atividade jurisdicional torna-se diretamente proporcional à vagueza de seu sentido. Quanto mais genérico e aberto for o enunciado, mais será dada a oportunidade para o julgador extrair o sentido da norma, mais espaço de atuação terá.

É neste sentido que o julgador tem a sua atividade jurisdicional ampliada deixando de ser apenas declaratória, para se tornar constitutiva de direito, tendo uma certa margem para adaptar as normas aos novos valores da sociedade. Passa, assim, a ter necessidade de superar a técnica da subsunção, limitada ao encontro de um sentido unívoco da lei, para buscar outros métodos interpretativos (analogia, tópica, lógica, equidade), a fim de auxiliar na sua atividade de interpretação perante o caso concreto. A busca de tais mecanismos consegue, então, a um só tempo, apresentar uma resposta individualizada para o caso, como também justifica a

¹⁰⁹ Judith Martins-Costa explica que as cláusulas gerais possuem a vantagem da “mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da fattispecie que contêm, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”. Ainda, explica a autora que, por conta de sua “grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão dessas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”. (grifos nossos) E portanto, caberá ao juiz, segundo a autora, criar, complementar ou desenvolver as normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização poderá estar fora do sistema jurídico. Mas, a partir do momento em que se incorporam aos fundamentos da decisão, “reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da ratio decidendi, a ressystematização destes elementos, originariamente extra sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico” (O direito privado como um “Sistema em Construção”. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pág. 134-135.

atividade criadora do juiz, fornecendo, assim, margem de segurança e previsibilidade nas decisões.

Não se trata, pois, de abandono ou desprezo do método clássico de interpretação ou subsuntivo/dedutivo. Trata-se apenas de reconhecer a existência de outros métodos na tradição de *civil law* que sejam capazes de proporcionar a efetivação de princípios constitucionais e direitos fundamentais, além de assegurar a isonomia e segurança jurídica, tão caros ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. O que se pode dizer é que, o juiz não é mais limitado a declarar a lei, pois deve resposta à Constituição e, nesse perspectiva, a sua decisão se insere em um quadro bem mais amplo, dimensionado pelos direitos fundamentais.

Não obstante, o reconhecimento de que a Constituição, a exemplo de todo e qualquer padrão normativo, mostra-se plenamente receptiva à utilização do método tradicional de interpretação jurídica, já denominados “*patrimônio adquirido da hermenêutica jurídica*”¹¹⁰, suas especificidades exigem, por assim dizer, um “*plus*”. Todavia, já fizemos a advertência, de que o método jurídico clássico não pode ser desprezado ou superado. Pelo contrário, deve ser utilizado *complementarmente* com os demais métodos de interpretação, já que, muitas das vezes, sobretudo quando o enunciado legal mostra-se insuscetível de complementações e discricionariedade judicial, questões jurídicas ainda são solucionadas com a sua utilização.¹¹¹ A insuficiência dos métodos interpretativos clássicos, como ressaltado por Böckenförde, criou um “*flanco a descoberto*”, deficiência que exige o emprego de novos recursos de ordem metódica. Essa conclusão, embora possa ser vista como lugar comum na dogmática contemporânea, não afasta a conclusão de que o legado da doutrina clássica, apesar de não mais ostentar uma posição absoluta de primazia, é frequentemente utilizado pelos Tribunais Constitucionais.¹¹²

Pois, os métodos de interpretação têm como um de seus principais objetivos determinar limites para a atividade jurisdicional e estabelecer barreiras à discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros destinados a reduzir o subjetivismo e

¹¹⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1983. Pág. 137.

¹¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre. 2005. Pág. 109-157.

¹¹² GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. Apud. BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; NICOLETTI, Michele; BRINO, Omar. *Stato costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2006. pág. 524

racionalizar a aplicação judicial do direito. E, seja ele o método dedutivo, sejam eles outros métodos apresentados pela dogmática jurídica, eles são ferramentas de suporte para a realização e legitimação da atividade jurisdicional.

De acordo com Carlos Maximiliano a interpretação é a aplicação da hermenêutica, uma vez que esta investiga e determina os princípios aplicáveis àquela, constituindo “a teoria científica da arte de interpretar, tem por objeto o estudo e a sistematização dos processo aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito”¹¹³. Ou seja, a utilização de métodos hermenêuticos serve como limites à atividade jurisdicional e meio de legitimar o ato de decidir, onde o julgador demonstra a técnica utilizada que lhe conduziu para a sua tomada de decisão.

Com o novo formato dos enunciados normativos constitucionais e, tendo a Constituição se tornado norma-vértice, subordinando todas as demais normas legais condicionando a sua validade demanda-se, assim, uma nova postura do juiz em face de conceitos jurídicos indeterminados. Qual seja, olhar para as decisões passadas e para aquilo que já foi construído a respeito dos direitos envolvidos e, a partir da construção histórica, enfrentar e fundamentar sua nova decisão, valendo-se, assim, das convicções dos homens e das mulheres de seu tempo.¹¹⁴

Pois, a interpretação constitucional, nada mais é do que um processo jurídico que visa o entendimento e a determinação do sentido correto de uma disposição normativa da Constituição.¹¹⁵ Tal como sucede com as demais leis, resulta de decisões normativas do poder constituinte e do poder de revisão constitucional, cujo conteúdo, para poder obrigar juridicamente, carece de prévia compreensão e fixação do respectivo significado, o qual, em muitos casos, não pode ser captado apenas a partir do texto.¹¹⁶

Logo, quando afirmamos que o juiz no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo tem a sua atividade modificada é no sentido de dizer que, passa a existir uma ampliação de sua atuação. Ao lado do poder legislativo, que detém o poder de elaboração das leis, o poder judiciário realiza uma atividade dialógica, concretizando aquilo que foi

¹¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. pág. 01.

¹¹⁴ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*: palestras proferidas na Universidade de Yale/ Benjamin N. Carodozo; tradução Silvana Vieira; revisão técnica e datradução de Álvaro de Vita. – São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pág. 128.

¹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Pág 221.

¹¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. cit. pág. 609.

elaborado pelo constituinte, de acordo com o contexto histórico e cultural da realidade em que está inserido.

O juiz, então, ao apresentar seus argumentos com base em princípios constitucionais, precisa legitimar a sua argumentação apresentando o seu sentido e alcance. Ou seja, decidir com base em argumentos principiológicos, demanda, por assim dizer, a delimitação o conteúdo axiológico do princípio, estabelecendo limites na sua interpretação, através de métodos hermenêuticos ou instrumentos jurídicos provenientes de outras tradições jurídicas.

Mostra-se, assim, relevante a utilização de instrumentos jurídicos provenientes da tradição de *common law*, os precedentes judiciais, já que são levadas em consideração as decisões proferidas anteriormente nos casos atuais e, que tais decisões, na medida em que se apresentam adequadas e aceitas pela sociedade do momento tornam-se verdadeiros padrões a serem seguidas pelas Cortes, o que traz para o ordenamento jurídico um aspecto de integridade e continuidade. Se aquele padrão teve uma aceitação social e foi dado com base na ordem constitucional, em conformidade aos princípios e normas do sistema, nada impede que ele se mantenha até que surja algum elemento externo capaz de superá-lo (*overruling*). É possível realizar o seu afastamento, desde que haja mudanças no contexto histórico ou na própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma.

É dizer sobre a existência de um sistema íntegro e coerente que baseia suas decisões com base em argumentos principiológicos mas que, em respeito à isonomia, conservam o entendimento para os casos que se apresentam semelhantes “*treat like cases alike*.” Aqui, aliás, a palavra está com Dworkin, cuja preocupação vai bem além da noção de que na medida do possível “casos semelhantes devam ter respostas jurídicas semelhantes”. Tal ideal é a preservação da igualdade expressa na noção de que o Poder Público (*government*) deve tratar dos seus cidadãos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*). Ou seja, não se trata de apenas repetir decisões iguais, mas de conectar as decisões a uma dimensão de moralidade.¹¹⁷

Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea nos sistemas de tradição de *civil law*, pois fundamental para outorgar segurança¹¹⁸ e a igualdade e permitir que o jurisdicionado tenha

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, pág. 165-166. Tradução livre.

¹¹⁸ CARVALO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos permitindo que eles possam programar ações futuras, cuja disciplina jurídica

consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo o método interpretativo adequado a certa situação concreta.

Tal comportamento tem sido utilizado em países de tradição civilista, a exemplo do Brasil, que tem absorvido o recurso da analogia e do respeito às decisões passadas, doutrina do *stare decisis*, para fundamentação e motivação das decisões. É notável que as Cortes Brasileiras possuem certa fama pela falta de uniformidade em seus entendimentos e posições. Juízes e desembargadores de justiça em homenagem aos seus próprios egos, convicções e aspirações se valem, em muitos casos, de posturas e entendimentos com base em valores pessoais e em atendimento ao barulho da rua. É dizer, decisões de caráter solipsista e de cunho utilitarista, em detrimento de posições jurídicas constantes e isonômicas não são raras de serem encontradas. Na medida que o legislador derivado insere no ordenamento jurídico o preceito legal de respeito e obediência ao que foi dito no passado, tal postura tende a ser corrigida, trazendo, assim, para a sociedade em geral, uma maior harmonia para o sistema jurídico e segurança em face dos comportamentos sociais. O Tribunal que melhor atende ao Direito é aquele que reconhece se as decisões jurídicas criadas anteriormente ainda estão atualizadas para a geração presente e que não se deixem influenciar por suas excentricidades. Do atrito entre diversas mentes deve ser criado algo que tenha uma constância, uma uniformidade.

Nesse contexto, para garantia da segurança, sugere-se que os juízes e tribunais olhem para o que já foi construído e a partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial do direito, enfrentem e fundamentem sua nova decisão em respeito aos precedentes judiciais.

3. INSERÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O papel da atividade jurisdicional sofreu transformações em virtude do desenvolvimento do movimento constitucionalista e da dinamicidade da realidade social. Ao longo do tempo a tradição jurídica de *civil law* foi incorporando elementos da tradição anglo saxônica como resultado da globalização e da necessidade de adaptação do sistema jurídico positivista ao constitucionalismo axiológico contemporâneo. No mundo contemporâneo a dinamicidade da realidade e a velocidade da evolução social impõe ao ordenamento jurídico uma necessidade constante de mudança, de forma a conservar sua função social de ordenar, organizar e harmonizar as relações sociais. A permanente transformação do ordenamento jurídico, portanto, impede a sua fossilização diante da velocidade e complexidade das transformações sociais em um mundo globalizado¹¹⁹.

No Estado contemporâneo de constitucionalismo axiológico¹²⁰ o direito brasileiro de tradição jurídica romano germânica incorpora a doutrina do *stare decisis et non quieta movere* da tradição anglo saxônica como forma de racionalizar a jurisprudência impelida à concretização de cláusulas normativas abertas, dos princípios constitucionais de justiça de forte caráter ético. A legitimidade da jurisdição criativa, portanto, exigiu a adoção de elementos de racionalização de forma a assegurar segurança jurídica na formação da jurisprudência normativa. A jurisdição, com efeito, adquire caráter normativo funcionando como uma espécie de “válvula de adaptação do Direito ao seu tempo”¹²¹.

O direito, como observou Von Ihering existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele. A realidade social é o presente, o presente é a vida, e, a vida é movimento.¹²² Logo, o direito é um processo em contínua evolução e adaptação conforme a dinamicidade da realidade. A preservação de sua função social, portanto, assim como a vida, exige uma contínua evolução e adaptação.

¹¹⁹ HABERLE, Peter. A relação de experiências positivas ou negativas de outros Estados com seus textos constitucionais, suas sentenças judiciais, sua ciência e praxis cotidiana, quer dizer, a recepção de conteúdos aparece por isso como um fenômeno tão normal e imprescindível que não existe nenhuma surpresa em relacioná-lo com a própria condição humana.” **Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica**. In Antônio-Henrique Perez Luno (Coord.) *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milénio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. Pág. 155.

¹²⁰ “Surge, então, o Estado Constitucional, para melhor amoldar o Estado de Direito ao Estado social. Consequentemente, ocorrem a constitucionalização do direito e o fortalecimento do poder judiciário. Nesse modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, tal como entendida a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais”. **BARROSO, Luiz Roberto. O Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 383.

¹²¹ USERA, Raúl Canosa. **Interpretación constitucional y formula política**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Pág. 77.

¹²² IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Salvador: Progresso, 1956. Pág. 424.

O constitucionalismo axiológico, inserido no contexto de globalização econômica, política e social, promove uma aproximação entre o direito constitucional de diversos países pela incorporação de valores universais compartilhados pela sociedade ocidental. Com efeito observa-se uma aproximação entre as diversas tradições jurídicas pelo compartilhamento de experiências, princípios, práticas jurisprudenciais e valores constitucionais. As diversas tradições jurídicas foram se amoldando conforme a realidade social que se apresentava.¹²³ O ordenamento jurídico, portanto, constitui organismo vivo em constante evolução, na proporção em que a vida e a dinâmica social se transformam. A interpretação constitucional deve ser, portanto, evolutiva. A Constituição é um organismo vivo, pois subordinada à dinâmica da realidade¹²⁴. No contexto de aproximação entre direito e realidade a ordem jurídica não se contém em fórmulas fixas.¹²⁵

Importa, pois, examinar a incorporação da doutrina do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, como adaptação necessária ao constitucionalismo contemporâneo de forte caráter axiológico, ético e que sofre relevante influência da realidade social e de suas transformações. Nesse contexto, a jurisprudência adquire caráter normativo e orientador como instrumento de atualização do ordenamento em face à evolução política, social e ética da sociedade. Adquire, pois, fisionomia semelhante ao ordenamento jurídico anglo saxônico, consuetudinário, impondo-se a incorporação dos elementos de racionalização e os instrumentos jurídicos da *common law*, atribuindo-se fundamento de legitimidade democrática à jurisdição e forma de realização jurisprudencial da segurança jurídica e isonomia no plano do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro recebeu influências tanto da *civil law* como da *common law*. A colonização portuguesa do Brasil concebeu um ordenamento jurídico romano

¹²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918. Pág. 99. “Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do processo, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de não tomar demasiado rígido de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional”

¹²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Constituição da Europa**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. “vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ele faz da própria mutabilidade o seu motor propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade poderemos ter é a sua sempre crescente complexidade”. Pág. 281.

¹²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría da Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

de tradição civilista, que, entretanto, paradoxalmente inseriu os assentos¹²⁶, enunciados judiciais de caráter normativo que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação das normas conferindo-lhe uniformidade. Os assentos perduraram até a República, constituindo o antecedente histórico dos prejulgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde.¹²⁷

Por outro lado, em relação à influência da *common law*, a constituição republicana de 1891 incorporou o *judicial review* como instrumento de controle difuso da constitucionalidade das leis no Brasil. Nesse contexto, o poder judiciário passou de poder subalterno a poder com relevante atribuição de mediador entre os poderes. Tinha, pois, competência constitucional de fiscalizar a validade dos atos dos demais poderes, examinando a relação de adequação entre os atos normativos dos poderes Executivo e Legislativo e a Constituição, cominando-lhes a sanção de nulidade quando incompatíveis.

A Constituição brasileira de 1934 atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender as leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, como mecanismo de abstrativização das decisões de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* no caso concreto, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes*.

A Constituição de 1988, por sua vez, atribuiu enorme relevância ao Poder Judiciário conferindo caráter normativo à jurisprudência em sede de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. A dimensão axiológica da Constituição derivada de sua estrutura principiológica e normativamente aberta conferiu à interpretação judicial natureza criativa e constitutiva do direito, pois realizava a concretização de princípios jurídicos à luz da evolução da realidade concreta¹²⁸. Neste contexto, criou-se um ambiente favorável para o desenvolvimento judicial do direito. Há, portanto, a confirmação de uma tendência progressiva de valorizar a função da jurisprudência no desenvolvimento do direito e de lhe atribuir efeitos para além do caso em análise.

A interpretação constitucional, com efeito, apresenta a argumentação jurídica como relevante fonte de legitimidade democrática. O caráter aberto das normas e o espaço de

¹²⁶Os assentos tiveram origem no séc. XV. Eram deliberações da Casa de Suplicação, a mais alta corte de Portugal naquele tempo, que tinham por objetivo, a partir de um ou mais casos, fazer a interpretação autêntica da lei e uniformizar a jurisprudência em questões controversas. Vale fazer menção ao Ilustre autor A. Castanheira Neves, o qual escreveu diversos livros tratando com maestria do Instituto dos Assentos. P. ex: **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra Editora. 2014.

¹²⁷ MELO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no Constitucionalismos contemporâneo**. Pág. 54.

¹²⁸ MELO, Patrícia. Ob.cit. O reconhecimento da eficácia irradiante da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico brasileiros, ensejando uma releitura do conteúdo das normas infraconstitucionais dos mais variados ramos, à luz de seus valores e conferindo função essencial à jurisprudência em tal tarefa. pág. 57.

indefinição de conduta resultante dos princípios e dos conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. Exatamente por esse motivo, é indispensável a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido para legitimar a decisão proferida¹²⁹. Nesse contexto, a valorização dos precedentes judiciais constitui relevante instrumento de racionalização da jurisprudência e importante fator de legitimidade democrática. A eficácia vinculante da jurisprudência decorrente da doutrina do *stare decisis et non quia movere* constitui dever jurisprudencial de respeito ao precedente como forma promoção judicial de segurança jurídica, igualdade e liberdade. Os juízes não podem ignorar a *ratio decidendi* das decisões precedentes quando identifique relação de semelhança entre as demandas, sob pena de promover intolerável imprevisibilidade na atividade jurisprudencial com risco para o princípio republicano e democrático que impõe igualdade de tratamento, segurança e impessoalidade da jurisdição no desempenho de suas atribuições constitucionais.

E, foi com o intuito de selar a necessidade de respeito às decisões passadas e demonstrar a utilidade de se valer de métodos jurídicos de outras tradições jurídicas que o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, introduziu através da lei 13.105/15 a necessidade de observância e respeito às decisões passadas proferidas pela Corte Brasileira.

O legislador brasileiro estruturou no Código de Processo Civil/2015 um modelo constitucional de jurisdição, de forma a promover princípios essenciais ao Estado de Direito democrático através do uso adequado dos precedentes judiciais.¹³⁰ Este novo modelo representa grande desafio aos juristas e operadores do direito, pois insere elementos da tradição saxônica em tradição cujos fundamentos teóricos apresentam-se, em muitos aspectos, contraditórios, como por exemplo a tradicional pretensão de realização da segurança jurídica pela previsão fechada da lei e o formalismo interpretativo. A incorporação da doutrina do *stare decisis* e da força vinculante dos precedentes é fato novo que até muito pouco tempo não constituía objeto de estudo do direito processual brasileiro, pois dotados apenas de efeitos persuasivos, não despertava interesse da doutrina para serem compreendidos de forma teórica e como meio de racionalização da jurisdição.¹³¹

¹²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. pág. 366.

¹³⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Em: A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC 2015. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo de concepções contrastantes. Pág.305-361.

¹³¹ A ideia de se inserir o respeito aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro é de se romper com as facilidades de mudança interpretativa que os tribunais brasileiros impõem em seus julgados.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, lei nº 13.105/15, com vigência em 16/03/2015, estabelece em seu artigo 926¹³² o dever de os Tribunais brasileiros guardarem estabilidade, coerência e integridade na uniformização da sua jurisprudência¹³³. Trata-se da instituição da força vinculante¹³⁴ dos precedentes através do dever de observação da *ratio decidendi* contida na fundamentação da decisão cujos fatos jurídicos se assemelhem de tal modo ao caso concreto, que adotar solução diversa implica em violação judicial do dever legal. Sobretudo diante do conceito contemporâneo de norma jurídica, não como algo dado pelo legislador, mas como algo dialógico, dialético.

O constitucionalismo contemporâneo, com efeito, promoveu ampliação da atividade jurisdicional agregando papel criativo, constitutivo à jurisdição. Em consequência, exigiu alterações no campo do processo de forma a promover adequada tutela jurisdicional aos direitos fundamentais, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, revela-se importante a eficácia vinculante dos precedentes judiciais para uniformizar a interpretação judicial de princípios e de formas procedimentais à medida que se identifique uma relação de semelhança entre os pressupostos fáticos dos casos concretos. Trata-se, pois, da realização jurisdicional da igualdade, vez que todos os poderes devem zelar pela observação dos princípios constitucionais. O caráter persuasivo dos precedentes constitui, pois, característica de um sistema normativo fundado em premissas do formalismo interpretativo, que, contudo, se aplicado no contexto do Estado Constitucional de Direito, promoveria rupturas com princípios essenciais ao Estado democrático. A força vinculante dos precedentes judiciais, pois, representa elemento essencial à jurisdição para realização da segurança jurídica e da

¹³² **Art. 926 NCPC.** “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.

¹³³ STRECK, Lênio. “Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moramente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. *Água e azeite*”. Em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedade>.

¹³⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 37: “(...) como é evidente, ou o precedente é uma norma jurídica – e, portanto, tem força vinculante – e vale independentemente de suas boas razões, ou é um simples exemplo, que obriga apenas nos limites em que a experiência anterior persuade o seu destinatário”.

igualdade na formação da jurisprudência acerca do sentido e alcance de princípios constitucionais no âmbito de uma realidade cambiante e complexa¹³⁵.

A despeito da crítica doutrinária, parece-me que a introdução da doutrina do *stare decisis* não significa a transição da tradição jurídica brasileira para a *common law*.¹³⁶ A sua adoção representa o que já mencionamos como o fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo de "interpenetração" das tradições jurídicas. A introdução dos precedentes judiciais no Brasil tem a sua utilização muito peculiar, distinta daquela realizada nos países de tradição jurídica consuetudinária. A eficácia vinculante dos precedentes judiciais na tradição jurídica civilista decorre de previsão legal, enquanto nos países de tradição saxônica, decorre da própria natureza consuetudinária do sistema jurídico. Além disso, aqui, a eficácia vinculante dos precedentes não incide nos casos em que há previsão legal clara de solução inequívoca à questão principal submetida à apreciação judicial. Entretanto, quando ao caso concreto há incidência de princípios e cláusulas abertas é imprescindível ao juiz examinar o sentido e o alcance que lhes foram atribuídos por ocasião do julgamento de casos que guardem relação de identidade ou semelhança fática, de forma a promover segurança e igualdade na atividade hermenêutica e desempenhar os deveres impostos aos Tribunais de coerência, harmonização e integração na formação da jurisprudência.

Trata-se de aparente contradição logo dissolvida quando percebe-se que trata de eficácia vinculante determinada pela lei, logo com fundamento formal de legitimidade. “De um ponto de vista formal, trata-se de direito escrito interpretado pelo juízes; de um ponto de vista material, um direito jurisprudencial camuflado pela lei escrita”¹³⁷. Neste sentido, o respeito aos precedentes judiciais, dever originário da lei, terá como pano de fundo, o respeito

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 105: “A unidade do direito é o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, portanto, é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito”.

¹³⁶ DIDIER JR., Fredie, SOUZA, Marcus Seix. O Respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. EM Revista de Processo Comparado. Ano 1. Julho-Dezembro 2015. Editora Revista dos Tribunais. “(...) o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado ao Direito brasileiro. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileiro que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, o direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica de *common law*, tão-somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência – afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas e tradições estrangeiras.

¹³⁷ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent. Apud. CARDOSO, João Vitor. Mudança do direito: obra da lei ou dos juízes? Em A nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC. Pág. 581.

à própria lei, só que lida, interpretada e devidamente concretizada pelo intérprete em consideração às peculiaridades do caso concreto. O respeito à jurisprudência constitui um conjunto harmônico de entendimentos sobre casos semelhantes, pressuposto da construção da história institucional do direito naquele estágio evolutivo da sociedade.

Neste contexto, o sistema processual brasileiro adota, ao estabelecer para os Tribunais deveres de harmonização e coerência da jurisprudência, a teoria de Ronald Dworkin, do direito como integridade. O autor norte americano persegue aquilo de mais nobre da ciência jurídica, que é o papel corretivo das vicissitudes dos diversos sistemas jurídicos, quando analisa os contextos de aplicação do direito numa perspectiva que se preocupa tanto com o passado como com o futuro. Assim, a análise do direito deve ser feita de modo que as proposições jurídicas apenas adquirem sentido quando discutidas na comunidade em caráter dialético pelos participantes, atribuindo às cortes jurisdicionais verdadeiro papel democrático de participação popular na interpretação e criação do direito. O direito deixa de ser construído apenas no Parlamento por mera representação popular, passa a ser construído também nos Tribunais com efetiva participação do cidadão. O direito, ganha, pois, atributo de plasticidade e atualidade permitindo-se sua evolução na medida em que a realidade se modifica. Com efeito, eventuais modificações na realidade fática ou na realidade jurídica autorizam a superação do precedente através do *overruling*. Por outro lado, é possível a realização do *distinguishing* como razão suficiente para afastar a obrigatoriedade do precedente, nesse caso trata-se apenas de não incidência, por não existir relação de semelhança entre os casos. Se for verificado que a hipótese normativa ainda está válida para o caso em análise, esta deve ser aplicada, mas se verificar que o caso concreto não guarda correspondência com a hipótese de incidência, não será aplicado.

Veja, na medida em que o interprete tem a possibilidade de determinar o sentido e alcance de um enunciado normativo com carga principiológica, ele o faz de acordo com o contexto fático-jurídico que o enunciado está inserido. Se, em algum momento da história houver alteração da realidade, aquele mesmo princípio pode perder o seu sentido. Então, a prática jurídica é um exercício de interpretação e atualização do direito. Logo, os juristas devem assumir responsabilidades e reconhecer o dever de preservar ou não o precedente judicial. E, atentos a essas modificações da realidade poderão ou não se valerem da decisão passada para dar continuidade à história institucional do direito. Ao decidir um novo caso o juiz deve se colocar como um parceiro no empreendimento político de vislumbrar quais os direitos e deveres as partes efetivamente têm, em diálogo genuíno com elas, à luz do que

decidiram os juízes passados, em um complexo de decisões, estruturas, convenções e práticas que formam aquela história. Daí se falar em seu romance em cadeia, metáfora de Dworkin. Cada juiz é como um romancista na corrente de decisões, devendo interpretar o que os juízes passados escreveram e decidiram para chegar a uma opinião sobre o que fizeram coletivamente, para então acrescentar seu próprio “capítulo” à história institucional do direito.

Assim, a previsão do Código de Processo Civil brasileiro de se respeitar os precedentes judiciais trás a ideia de integridade do direito, de forma a dar coerência para o ordenamento jurídico. Ou seja, à luz do princípio da integridade o Código de Processo Civil brasileiro prevê o respeito às decisões judiciais passadas quando estas estiverem de acordo com a realidade. Ou seja, os aplicadores do direito devem guardar respeito àquilo que foi decidido, para homenagearem os princípios e garantias constitucionais tão caros ao Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica e a igualdade. No momento em que há a observância de pronunciamentos judiciais o jurisdicionado passa a ter previsão dos comportamentos e tendências dos tribunais como resultado do respeito ao princípio da proteção da confiança legítima do cidadão em face dos comportamentos do poder público, coibindo-se comportamentos isolados, "solipsistas" e contraditórios.

A inclusão de dispositivos no Código de Processo Civil que tratam da utilização/aplicação dos precedentes judiciais veio a calhar na atual cena jurídica Brasileira, como forma de garantir segurança jurídica e isonomia na produção judicial, constituindo, ainda, importante remédio para sanar o problema das ações repetitivas que sobrecarrega a máquina judiciária, a fim de desafogá-lo. Pois, uma vez fixado o precedente, os julgamentos das existentes ou futuras demandas repetitivas das mesmas teses jurídicas restringir-se-á verificação das distinções, isto é, se o caso sob julgamento é idêntico ao caso do precedente.¹³⁸ O dever de respeito às decisões passadas é introduzida a fim de acelerar e dar efetividade jurisdição, ou seja, assegurar o direito de duração razoável do processo¹³⁹. Não nos resta dúvida que a observância dos precedentes trará mais celeridade à definição dos processos, lembrando, por óbvio, o respeito ao princípio do contraditório, ampla defesa e

¹³⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 164.

¹³⁹ A EC/45 inseriu no artigo 5º da CF o inciso LXXVIII, definindo o direito fundamental à duração razoável do processo. A norma não confere apenas a tutela jurisdicional tempestiva ao autor, mas garante, igualmente o direito à duração razoável do processo ao réu e à sociedade. O respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu e os cidadãos em geral. Ademais, a importância do respeito aos precedentes, contribuindo para a otimização do uso do processo e do dispêndio de tempo, favorece a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário.

motivação das decisões. Além disso, para que haja efetividade na sua utilização e que renda os frutos assim almejados com a edição da lei 13.105/2015, é indispensável que a sua utilização se faça nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, se ajustando dentro da realidade no qual foi inserido.

Neste contexto, precedentes judiciais constituem-se na decisão judicial que fixou uma tese jurídica (norma jurídica do caso concreto) que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos¹⁴⁰. Essa definição é comum a todos os sistemas processuais que a adotam, independentemente de pertencerem às tradições jurídicas de *civil law* ou *common law*. Em relação ao ordenamento brasileiro, com os devidos temperamentos, precedente é todo o julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.¹⁴¹

Assim, uma advertência deve ser feita ao leitor e ao intérprete da tradição jurídica de *civil law*: a estruturação normativa de um sistema de precedentes não pode (e nem deve) representar a defesa de um modelo jurisprudencialista de aplicação como se o direito fosse apenas visto sob a perspectiva dos juízes, eis que jamais se deve reduzir o sistema jurídico a uma construção jurisprudencial. Mas, a observância e o respeito às decisões judiciais, desde que devidamente motivadas e de acordo com a lei e a Constituição são fontes legítimas de direito. A circunstância do precedente ser admitido como fonte do direito está muito longe de constituir um indício que o juiz cria o direito. A admissão do precedente com força obrigatória não significa dizer que o Judiciário tem o poder de criar o direito, mas o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e harmônica, gerando nos cidadãos a legítima expectativa, confiança, de que será tratado com isonomia, sem surpresas, de que o comportamento jurisdicional obedecerá a critérios de racionalidade típicos das sociedades democráticas.

Precedentes, assim, são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do decisionismo e das arbitrariedades cometidas pelo Poder Judiciário, vinculando os juízes às suas próprias decisões, dotando-as de legitimidade democráticas e compatibilidade constitucional. Não significa dar poder legiferante ao Judiciário, mas submetê-lo ao ônus argumentativo de um processo democrático

¹⁴⁰MacCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Ashgate, 1997. Pág. 1. “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic of human practical reason”

¹⁴¹CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. Em *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. Org. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. – 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 963-972.

no qual os direitos fundamentais são contramajoritários e vinculam também os seus intérpretes.

Não obstante os motivos para a aproximação entre as duas tradições jurídicas, a convergência do ordenamento jurídico brasileiro com a tradição jurídica de *common law* tem um papel específico, implantar o respeito aos precedentes judiciais como forma de gerar parâmetros decisórios em respeito à integridade e coerência do direito. Não se quer transformar o sistema jurídico brasileiro em *case law*, mas fazer a conjugação com um sistema de precedentes que, por sua vez, criará normas tão somente a partir das leis.

Como dito, há uma aposta da nova legislação processual à utilidade dos precedentes ao constitucionalismo contemporâneo no Brasil. A adoção da eficácia vinculante dos precedentes não constitui engessamento do judiciário, entretanto, a superação da tese jurídica fixada exige motivação, fundada na modificação da realidade fática ou jurídica, idônea a justificá-la sem afetar os princípios constitucionais do Estado democrático de Direito.¹⁴² Com efeito, constituem instrumentos de flexibilização o *distinguishing* e o *overruling*, que serão tratados em capítulo próprio.

3.1 FUNDAMENTOS PARA ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL COM BASE NA ANALOGIA.

Para buscar entender sobre a necessidade de adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no Brasil, é preciso apontar alguns fatores que foram determinantes para a sua inserção. Já sabemos como dito acima, que o legislador brasileiro adotou diversos dispositivos normativos e os fez inseridos no Código de Processo Civil Brasileiro, homenageando a tradição de *common law*, no aspecto de tratar casos semelhantes de maneira semelhantes. E, agora, sob a minha ótica, depois de apreciada a recepção de método jurídico de outra tradição jurídica pela *civil law* no Brasil, consigo vislumbrar a influência do uso da analogia, melhor, a valorização desta fonte, para além de sua ideia de original, de colmatação de lacunas, para vir a ser um dos fatores mais decisivos e autorizativos deste diálogo entre as duas tradições jurídicas ora confrontadas.

Em um primeiro momento deve-se aqui apresentar o sentido que será atribuído à analogia para justificar a sua valorização na tradição de *civil law* para além da colmatação de

¹⁴² Ob. Cit. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Em: A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC 2015. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo de concepções contrastantes. Pág.305-361.

lacunas e seu uso, agora, refletido no respeito aos precedentes judiciais. O sentido que devemos atribuir para a analogia deve ser no sentido mais abrangente, encarada como um processo de identificação do desconhecido por referências a domínios já conhecidos. Ou seja, o raciocínio jurídico por analogia deve se dar operando entre casos, e não entre regras, e postulando uma relação de comparação e não de subsunção, a legitimidade da analogia não decorre, pois, de um processo lógico dedutivo, mas da possibilidade de perspectivar os casos a partir dos valores e princípios.¹⁴³ Neste sentido, ainda, a analogia consegue garantir que a decisão, sobretudo nas situações em que, sendo impossível em tempo útil o legislador conseguir dar sentido ao enunciado normativo de baixa densidade, se encontre os fundamentos últimos de uma dada solução num caso para o qual apenas se dispõe de “argumentos incompletamente teorizados”, sendo possível prosseguir sem a necessidade de por tudo em causa. O que faz, assim, que o discurso jurídico não se limite nem à uma pura dedução nem a uma pura retórica.

Vejamos, assim, a analogia sob a forma de raciocínio tanto no *mundo da vida*, como no *mundo do direito*, representando um *modus paradigmático de raciocínio*, uma vez que é sempre com base nas experiências feitas que se arriscam incursões no domínio do total ou parcialmente inexplorado. Na prática, seria dizer, é sempre do mérito problemático do conhecido que se avança para o exame do mérito problemático do desconhecido ou do menos conhecido, através de uma troca de razões, e. g. de confrontos de argumentos, consoante com a conhecida índole argumentativa da analogia tendente a desvelar semelhanças e/ou diferenças.¹⁴⁴

Neste sentido, a analogia se desprende daquele conceito e pré-compreensão positivista típica da tradição de *civil law*, de acordo com os quais era reduzida a um mero expediente de integração de lacunas e por isso confinado a pretensas superação de problemas gerados pelo

¹⁴³ TRABUCO, Cláudia, SEGORBE, Beatriz. *Inteligência Artificial e direito*, in Themis, ano I, nº 2, 2000, pág. 252-252

¹⁴⁴ Para BRONZE, F.J PINTO, em **Lições de Introdução ao direito**, ob. Cit. pp. 943-945. “(...) a racionalidade metodonomologicamente consonante radica na comparação de dois relata particulares: do mérito problemático-jurídico do caso concretamente decidendo e da relevância, também problemático-jurídica, do constituído e/ou constituendo critério/fundamento susceptível de assimilar a *quaestio disputata* ; de sorte que ela «consiste, irredutivelmente, em “trazer-à- correspondência as relevâncias problemáticas do caso e do(s) critérios/fundamento(s) que a experimentação metodonomológica venha a revelar ajustado(s) para o resolver normativo-judicativamente.”

fato de o legislador possuir limitações temporais. Em homenagem ao entendimento de Castanheiras Neves, que entende por analogia o pensamento que pretende realizar a assimilação de entidades diferentes numa unidade, procurando para isso discernir as semelhanças que, a uma certa luz, de um determinado prisma, ou em conformidade com dado critério, terceiro relativamente aos termos cotejados, neles ressaltam e permitem aproximá-los.¹⁴⁵

O uso da analogia, então, para fins deste trabalho deve ser identificado com os casos jurídicos, da mesma forma que a *common law* identifica o seu modo de dizer o direito com o *case law*, apesar de esta afirmação poder gerar algum desconforto para aquele que entende o seu significado apenas de forma tradicional. Neste sentido, o dizer o direito, é no sentido de declaração de sentido de um enunciado normativo pelo poder judiciário, obedecendo o conjunto das exigências constitutivas da normatividade jurídica vigente, mas constitui-se, pois, na comparação de problemas pela mediação do sentido que lhe é atribuído em certo caso concreto.

O fundamento para o uso da analogia surge, então, como respeito ao princípio da igualdade. Tal princípio que antes se assentava numa igualdade formal, proveniente da vontade do legislador, que atuava apenas como princípio político, que devia estar ancorado no âmago do legalismo positivista, agora deve ser universalizado. A analogia, funda-se, agora, com base no princípio da igualdade de uma forma universal, que postula o tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, na medida dessas igualdade e diferença. Assim, o princípio da igualdade que justifica o fundamento para o uso da analogia é a aproximação e subsistência entre casos (*caso foro* e *caso tema*) apesar de suas diferenças, na assimilação de entidades diferentes. Neste sentido, há uma índole teleológica, o julgador tem uma *intenção de juridicidade* dos casos cotejados de forma que a *solução* prevista para o caso *foro* se mostrar adequada ao tratamento jurídico do caso *tema*. Realiza-se, então, antes de uma atividade de julgamento, uma atividade de mediação, entre os sentidos do enunciado incompleto, de um lado àquele sentido que fora atribuído no passado e, do outro lado o que será atribuído ao caso concreto.

A universalização do princípio da igualdade, que é fundamento para a aplicação da analogia, de forma que os casos jurídicos consigam conviver entre si, *adequadamente*, se expõe como motivo determinante de respeito aos precedentes judiciais em um país de tradição civilista.

¹⁴⁵ A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, op. cit. pág. 238.262.

O diálogo entre tradições jurídicas, neste sentido, é a autorização ao tribunais de *civil law* para o aumento do uso da analogia, da realização de comparações entre casos e não apenas a declaração da vontade da lei enunciada em um texto. Sugere-se identificar se, para o caso em análise, poderão ser utilizados os mesmos argumentos jurídicos e legais que foram já utilizados em casos *semelhantes*, não idênticos, desde que sejam adequados.

Respeitar os precedentes judiciais, em um país de tradição de *civil law*, quer dizer usar mais do recurso à analogia. É reconhecer que existe um *ir e vir*, que se realiza na abertura da situação da vida à norma e da norma à vida. E, referendar o que foi dito e julgado no passado com o presente para comparar as situações, a fim de se respeitar uma coerência e segurança jurídica que é tarefa crucial para uma jurisdição que pretende ser democrática.

3.2 CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Para os fins desta dissertação, precedentes judiciais será conceituado conforme informa MacCORMICK, como a decisão judicial que fixou uma tese jurídica (norma jurídica do caso concreto) que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos¹⁴⁶. O precedente, então, é formado a partir da decisão judicial. E, porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado (*ratio decidendi*) pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão na maneira como foi prolatada. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorre.

Essa definição é bastante comum aos sistemas processuais que adotam a utilização do precedente, independentemente de pertencerem às tradições jurídicas de *Civil Law* ou *Common Law*. Em relação ao ordenamento brasileiro, com os devidos temperamentos, precedente é todo o julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.¹⁴⁷

Neste sentido, na medida em que deriva de uma fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deveria, então, ser observado por quem o produziu e por quem está na

¹⁴⁶MacCORMICK, Neil; SUMMERS Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Ashgate, 1997. Pág. 1. “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic of human practical reason”

¹⁴⁷CRAMER, Ronaldo. *A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC*. Em *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. Org. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. – 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 963-972.

missão de decidir um caso similar.¹⁴⁸ Precedentes, assim, são normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para a redução do decisionismo e das arbitrariedades cometidas pelo Poder Judiciário, vinculando os juízes às suas próprias decisões, dotando-as de legitimidade democráticas e compatibilidade constitucional. O que não quer dizer que se está atribuindo poder legiferante para o Poder Judiciário, mas é reconhecer que uma decisão de caráter legal, fundada na lei que se demonstra aplicável a outras situações, deve ser seguida pelos demais intérpretes. Um Tribunal de vértice, que tem como um dos objetivos respeitar o princípio democrático e preservar a segurança jurídica deve, então, atender ao direito reconhecendo que, as normas jurídicas criadas em um certo momento podem se manter válidas por diversas gerações, mas que, por outro lado, podem mostrar-se insuficientes.

É neste cenário que deve-se reconhecer a existência de um equilíbrio entre a necessidade de uniformidade, certeza e aplicação do direito e a advertência de que a uniformidade deixa de ser um bem quando se torna uma uniformidade opressora. O juiz deve preferir suas decisões com base na lei, preencher enunciados normativos abertos dentro de seu âmbito de atuação, respeitando o contexto social existente, sem provocar rupturas sociais. Mas, ele não é livre totalmente, não pode inovar a seu bel prazer, nem ceder ao sentimento vago e irregular.

Assim, se confrontado com situações onde percebe a necessidade de não aplicação de certo precedente, deve apresentar motivos determinantes fortes que justifique a sua superação ou distinção do caso precedente foco. O direito é de certa forma experimental, como observa Benjamin Cardozo, as normas e princípios não são verdades conclusivas, mas hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios que são os Tribunais. Precedente por assim dizer é uma amostra científica bem sucedida e que para casos semelhantes é indicado a sua aplicação. E, deste forma, o jurista que busca aplicar o precedente deve procurar decidir a mesma questão da mesma maneira através de uma simetria de forma e substância¹⁴⁹. Nos casos onde isso não seja possível, o jurista se vale então de mecanismos que justifiquem a não aplicação daquela “amostra científica.”

3.2.1 Distinguishing e Overruling

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2007. Pág. 795.810. Dimensioni del precedente giudiziario. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura, 1994. Pág. 411-430.

¹⁴⁹ CARDOZO. Ob. Cit. Pág. 22

Uma aplicação adequada dos precedentes pressupõe do intérprete a necessária consideração da realidade subjacente à incidência da tese jurídica fixada, o exame do âmbito normativo de incidência da norma jurídica. Pois, a cristalização de entendimentos jurisprudenciais que decorreria da ausência de consideração às modificações fáticas e jurídicas supervenientes pode constituir fonte de injustiças e instrumento de obsolescência do direito.¹⁵⁰ O direito, como produto experimental e resultado do seu tempo exige, em certos casos, uma decisão ao invés de outra. Há momentos em que precisamos distorcer a simetria, ignorar a história construída e sacrificar o costume na busca de outros e maiores fins, pois a sua última causa é o bem-estar da sociedade. Com efeito, a ideia de integridade e preservação daquilo que foi dito no passado, pressupõe a consideração, não só apenas da lei e do programa normativo abrangente de certo precedente vinculante, mas também da oscilação da realidade social.

A integridade do direito é relativizada na proporção da velocidade das mutações fáticas da realidade, motivo pelo qual o intérprete, principalmente os tribunais de vértice, devem leva-las em consideração para manter o direito íntegro, atualizado e com aptidão à produção de decisões justas, consoantes com o seu tempo. A previsão legal de eficácia vinculante dos precedentes judiciais não pode produzir como efeito colateral o enrijecimento do programa normativo, pois o *caráter dinâmico* da normatividade de Friedrich Muller pressupõe as interferências recíprocas que âmbito normativo e programa normativo produzem entre si para estabelecer a normatividade adequada ao caso concreto, com efeito na permanente atualização do direito. A ideia da adoção da teoria do *stare decisis* na tradição jurídica de *civil law* ou seja, de preservar aquilo que já está decidido, deve, acima de tudo, respeitar as alterações do contexto social, econômico e político, capazes de produzir alterações na tese jurídica consubstanciada no precedente judicial.

A modificação de uma tese jurídica, contudo, exige do intérprete elevado ônus argumentativo apto a justificar a superação pela demonstração de supervenientes alterações no contexto fático ou jurídico subjacente. Há, outrossim, ônus argumentativo imposto ao intérprete quando verificar que os fatos imponíveis apresentam distinções que justificam a não

¹⁵⁰ RAMIRES, Maurício. “Assim, quando se diz que um juiz tem uma obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não significa que ele deve ser “a boca da jurisprudência”. Menos, ainda se quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. A integridade não traz semelhantes facilidades e, ao contrário, traduz-se em um ônus adicional. A pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro da totalidade da prática jurídica estabelecida até então. O intérprete não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos disseram, mas com o que eles fizeram coletivamente. É uma obra coletiva que forma a tradição, com a qual o intérprete está obrigado a lidar e dialogar.” Pág. 104.

incidência do precedente. Nesse sentido, no que concerne ao dever de motivação e fundamentação das decisões judiciais, o parágrafo primeiro do art. 489 do Código de Processo Civil brasileiro¹⁵¹, estabelece as hipóteses em que a decisão judicial será considerada não fundamentada e, portanto, nula. Entre elas, o inciso V e o inciso VI estabelecem que não estará fundamentada a decisão que respectivamente: “se limitar a invocar precedentes ou enunciados de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Trata-se de previsão legal que compõe o feixe de garantias decorrentes do devido processo legal, pressuposto de um processo justo, limite do poder jurisdicional¹⁵² como freio a diminuir a marcha do ímpeto judicial de abusar do poder que lhe é conferido para o desempenho de um múnus constitucional. Nesse contexto, cai bem a vetusta constatação de Montesquieu, segundo a qual é uma experiência eterna a de que todo aquele que detém poder tende a abusar dele, ele vai até onde encontra limites, quem diria até a virtude carece de limites.

A distinção, ou técnica do *distinguishing*, diz respeito, então, à não incidência de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de sua *holding*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado. É um método de confronto, no qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao caso paradigma.¹⁵³ Assim, se por razões de equidade e integridade, casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento, por motivos idênticos e em respeito aos mesmos valores, situações diversas devem ser tratadas

¹⁵¹ **Art. 489 NCPC.** “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

¹⁵² CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Na verdade, as determinações legais acerca do dever de motivação, inseridas no diploma processual em vigor, reforçam a ideia de que a moderna concepção de “processo justo” não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente “la bouche de la loi”, o juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e envidar esforço, tanto quanto possível, para a observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal.” Acesso em 07/11/2018 em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/paradoxo-corte-nulidade-decisoes-judiciais-defeito-motivacao>

¹⁵³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. Vol. I. São Paulo: RT, 2012. P. 560.

diferencialmente.¹⁵⁴ O exercício da distinção é uma atividade comum no uso dos precedentes. Quando se cogita de um precedente, para verificar se é possível seu encaixe no caso concreto, devem ser feitas comparações entre ele e o caso presente.¹⁵⁵ Raciocinar por precedente é, essencialmente, racionar por comparações.¹⁵⁶

A identidade entre os casos constitui, portanto, pressuposto da incidência da tese jurídica fixada no precedente. O exame sobre a relação de identidade entre o caso paradigma e o caso de incidência *foco* tem como elementos os seguintes critérios: a) os fatos relevantes apresentados por cada um; b) os valores e normas que eles suscitam; c) a questão de direito em exame; d) os fundamentos imanentes à decisão.¹⁵⁷ Na medida em que tais elementos são definidos é possível identificar a adequação e a justiça de aplicação do precedente. Perceba que quando se está a analisar uma situação, se ela será ou não decidida conforme o precedente judicial, o que se faz é, ao mesmo tempo, verificar se há distinções e associações – raciocínio por analogia/comparação! Tanto a distinção como a associação constituem ferramentas de concretização dos próprios valores que fundamentam a adoção de um sistema de precedentes normativos, quais sejam, igualdade, proteção da confiança e segurança jurídica.

Neste contexto, com o fim de evitar aplicação indevida do *distinguishing*, e, portanto, injustiças com a decisão de não incidência da tese jurídica, o intérprete deve sempre estar atento às disfunções fáticas do caso concreto, as quais, não raras as vezes, não justificam o afastamento da tese jurídica do precedente. A utilização falha da técnica de distinção, por meio de argumentos que não são capazes de justificar o afastamento da tese jurídica é denominada distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)¹⁵⁸.

Quando o julgador se vale da técnica do *distinguishing* não significa dizer que a autoridade do precedente está sendo retirada, ou questionando a sua validade ou legitimidade. A distinção apenas revela que determinado contexto fático não apresenta os mesmos elementos constitutivos do pressuposto fático que originou a tese jurídica precedente. A utilização reiterada e frequente de distinções sobre uma mesma tese jurídica constitui indícios de fragilidade, de que a tese apresenta pouca credibilidade.¹⁵⁹

¹⁵⁴ MELO, Patrícia Perrone Campos. Ob. cit. pág. 202.

¹⁵⁵ CRAMER, Ronaldo. Ob. cit. pág. 141.

¹⁵⁶ DIDIER, Fredie. Aplicação do Precedente e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. Salvador: JusPodivm, 2015. Pág. 310.

¹⁵⁷ MELO, ob. cit. pág. 203.

¹⁵⁸ EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988. Pág. 115.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit. pág. 328.

René David alerta que o *distinguishing* deve ser utilizado com cautela. O uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é desejado.¹⁶⁰

Dito isso, a técnica do *distinguishing* resulta do processo argumentativo, constitui cláusula legal de garantia do devido processo legal atinente ao dever de motivação das decisões judiciais e do contraditório. Constitui exercício de comparação entre os pressupostos fáticos dos motivos determinantes da decisão e os pressupostos fáticos do caso concreto sobre o qual incidirá, se identificar-se relação de semelhança justificante da aplicação da mesma *ratio decidendi*.

A superação do precedente, *overruling*, por sua vez, decorre da modificação dos pressupostos fáticos ou jurídicos que serviram de motivos determinantes da decisão paradigma, da tese jurídica paradigma. Constitui-se, pois, em instrumento de atualização do direito em vista das inexoráveis modificações do contexto social, econômica, política ou juridicamente.¹⁶¹ Assim, apesar de os fatos fundamentais do precedente judicial serem semelhantes aos fatos subjacentes ao caso *sub judice*, é possível que o juiz atribua interpretação diversa aos enunciados legais em virtude de nova valoração jurídica dos fatos.¹⁶²

O *overruling* constitui, pois, instrumento de razoabilidade para a realização de um exercício de ponderação na interpretação judicial. A superação do precedente pressupõe um conflito entre dois valores jurídicos igualmente relevantes, mas, que, no caso concreto, um deles, por ter um peso maior, deve prevalecer. É a ponderação entre, de um lado os valores de segurança jurídica e de igualdade, de outro o valor originado pelas modificações da realidade fática ou jurídica. O fundamento que justifica a preservação de um entendimento é a sua racionalização perante o direito, sua harmonia com as ideias de correção, justiça e imparcialidade. É possível, entretanto, que estabelecido o *case law*, modificações supervenientes justifiquem, pelas mesmas razões a evolução do precedente, constituindo novo capítulo do mesmo romance, na lavra de outro órgão judicial. A mutação progressiva de paradigmas fáticos e jurídicos, dotados de relevância jurídica, constitui a historicidade da

¹⁶⁰ DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Ob. cit. pág. 352.

¹⁶¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 206.

¹⁶² O grande problema que assola o direito brasileiro neste contexto é a liberdade que os julgadores possuem de alterar seus entendimentos da mesma forma em que trocam de roupa. Mudam de posicionamento por questões circunstanciais.

realidade social, a consideração dos elementos cambiantes da realidade é uma exigência de justiça.¹⁶³

A alteração jurisprudencial, entretanto, pode provocar um déficit de confiabilidade e calculabilidade no ordenamento jurídico. Caso o entendimento fixado pela Corte não seja seguidamente respeitado poderá gerar surpresa e frustração da legítima confiança do jurisdicionado, gerando instabilidade e perda de credibilidade do ordenamento jurídico. Com efeito, as decisões judiciais não poderão ser previstas como orientação de comportamento, o que acaba colocando em risco a própria liberdade do cidadão. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do direito.¹⁶⁴ Para que o sistema jurídico se mantenha íntegro, não pode, pois, o intérprete decidir conforme a sua consciência, nem aos sabor do vento. É desejável que se preserve decisões passadas para casos jurídicos semelhantes, não pode o julgador romper uma cadeia discursiva criada, sem desincumbir-se de elevado ônus argumentativo sobre os motivos de superação.¹⁶⁵

O respeito e a valorização dos precedentes judiciais não servem apenas para garantir princípios como a segurança jurídica e a isonomia, como também impede o ajuizamento de ações judiciais como um jogo de loteria¹⁶⁶. Pois, a previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. As regras do *stare decisis* aumentam o nível de estabilidade e previsibilidade do direito, o que diminui, assim, o incentivo à litigiosidade.

Os instrumentos de flexibilização da força vinculante dos precedentes, o *distinguishing* e o *overruling*, portanto, servem como autorizações excepcionais aos julgadores que, diante de distinções entre os pressupostos fáticos e modificações fáticas e jurídicas supervenientes, não aplicam o precedente como fator de justiça das decisões. Por constituírem instrumentos excepcionais, devem ser manejados com *granu salis*, cautelosamente, pois, o seu uso banalizado e distorcido fragiliza o sistema de precedentes

¹⁶³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedentes judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004. Pág. 180.

¹⁶⁴ ÁVILA, HUMBERTO. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Melheiros, 2014. Pág. 479-480.

¹⁶⁵ STRECK, Lênio. “Da mesma forma em que no nosso cotidiano não podemos sair por aí trocando o nome das coisas e fazendo o que queremos, também no direito não podemos trocar o nome dos institutos e atribuir sentidos às coisas segundo nossos sentimentos pessoais. Assim como o mundo não nos pertence e nele nos situamos a partir de uma intersubjetividade, também no direito a linguagem não é privada. Não é nossa. Não dizemos, em uma discussão “seja coerente e assumo o que você disse ontem?” Mas não basta ser coerente com o que se disse ontem, se o que você disse ontem estava equivocado. A coerência, assim, deve ceder à integridade.” **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?**, Senso Incomum, Conjur, www.conjur.com.br, acesso em 03/11/2018.

¹⁶⁶ MARINONI, Ob. Cit. pág. 135. “Na verdade o custo dessa loteria é mais alto para o Estado. Ao não corresponder à expectativa de confiança do cidadão, o Judiciário fica obrigado a arcar com os custos de várias demandas que se aventuram à “sorte judicial”

judiciais obrigatórios. Pois, ao mesmo tempo em que a introdução de elementos da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro foi feita por razões de segurança jurídica e isonomia, seus mecanismos de alteração e superação não podem se sobrepor ao ponto de inverter os motivos que os levaram a serem introduzidos. O poder público deve ter uma só voz.

3.2.2. *Ratio Decidendi e Obter Dictum*

Para o exame da eficácia vinculante dos precedentes judiciais é imprescindível a sua identificação a partir da decisão judicial do caso concreto. A adoção legislativa da doutrina do *stare decisis* introduziu novas formas de realização dos valores democráticos na tradição jurídica civilista. Identificar os motivos determinantes da decisão e diferenciá-los de considerações acessórias, secundárias e ditas *en passant* é crucial à correta incidência da tese jurídica ao caso concreto sobre o qual incidirá. Logo, saber reconhecer a tese jurídica a partir dos motivos determinantes da decisão declinados em sua fundamentação é exigência que se impõe como condição de realização dos valores que presidiram sua introdução no sistema jurídico brasileiro.

Os precedentes judiciais no direito brasileiro, a partir de sua introdução no Código de Processo Civil Brasileiro, atribuem relevante importância e consideração ao caso concreto. A relevância atribuída ao caso concreto é um fator de identificação ou aproximação da *civil law* à *common law*, pois desloca o eixo do sistema da abstração da legalidade estrita para a concretude do *case law*. Com efeito, a fundamentação da decisão a partir de referências ao precedente judicial exige a demonstração da relação de pertinência entre os fundamentos fáticos e jurídicos determinantes da decisão paradigmática e a solução do caso concreto sobre o qual incidirá. Não será, portanto, considerada fundamentada e, portanto, nula, a decisão judicial que não explicitar as razões que presidiram a incidência do precedente ao caso, ou que presidiram a sua não incidência ao caso que aparentava semelhança. Importa, pois, identificar os motivos determinantes, a *ratio decidendi* do precedente judicial.

A identificação dos motivos determinantes da norma concreta de solução do caso concreto pressupõe o conhecimento da estrutura da sentença judicial, a sua forma jurídica legalmente determinada. Segundo o disposto no art. 489 do CPC, são elementos essenciais da sentença, o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. É no elemento correspondente à fundamentação que o juiz declina a *ratio decidendi*, os motivos

determinantes da sentença constituídos pelos fundamentos fáticos e jurídicos da decisão. Assim, a homenagem e o respeito àquilo que foi decidido deve ser buscado na *ratio decidendi* de uma decisão judicial que fica localizada na fundamentação. O significado de um precedente judicial, então, deve ser encontrado nas razões pelas quais se decidiu daquela maneira. É possível, contudo, que além das razões de decidir o juiz decline razões acessórias, colaterais, ditas *en passant* como reforço persuasivo do raciocínio jurídico judicial, questões periféricas que, por não consistir nas razões de decidir propriamente ditas, configuram *obiter dicta* de caráter meramente retórico sem eficácia vinculante, portanto.¹⁶⁷ A *ratio decidendi* é o elemento da decisão judicial que, ausente, produziria resultado completamente diferente.

A localização da *ratio decidendi* na fundamentação da decisão não autoriza, contudo, confundi-las como sinônimas. *Ratio decidendi*, embora inserida na fundamentação, com ela não se confunde, pois guardam uma relação de conteúdo e continente. Há na fundamentação, além da *ratio decidendi*, referências a elementos acessórios, adjacentes, periféricos, ditos de passagem. Os *obiter dicta*, embora componham a fundamentação da decisão, não constituem razões de decidir, nem tem eficácia vinculante, mas meramente persuasiva, como reforço retórico argumentativo do raciocínio jurídico. A fundamentação decorre de exigência constitucional de motivação expressa de todas as decisões jurisdicionais, artigo 93¹⁶⁸, inciso IX da Constituição Federal Brasileira. Decorre dos princípios constitucionais do devido processo legal, pois permite o exame de adequação da decisão judicial ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição e o controle democrático da função jurisdicional. Nesse contexto, o CPC dispõe que a *ratio decidendi* é estabelecida a partir da identificação dos fundamentos determinantes (art. 489, § 1º, V). É a fundamentação da decisão e a declinação das razões de decidir que permitem ao julgador do caso seguinte identificar a norma do precedente que deverá incidir nos casos semelhantes exigentes da mesma solução jurídica em razão dos valores democráticos.

¹⁶⁷DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. New York: Cambridge University Press. 2008. Pág. 67. “*Ratio decidendi* pode significar tanto “razão para a decisão”, como “razão para decidir”. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico (judicial reasoning). O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*.”

¹⁶⁸CR/88 Art 93, inciso 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)*”.

Tudo que, na fundamentação da decisão, não constituir razões de decidir, será razões periféricas ditas como reforço retórico do argumento jurídico, sem efeito vinculante.¹⁶⁹ Assim, “ao contrário do que se acredita, nos países de *civil law*, a única parte do precedente que é vinculante é a *ratio decidendi*, ou a razão de decidir. Assim, se algo é parte de uma decisão, mas não é parte de sua *ratio decidendi*, é, por definição, um *dictum* ou *obiter dictum*, e consequentemente não vinculante”¹⁷⁰.

A introdução de elementos provenientes de outras tradições jurídicas representa no sistema jurídico brasileiro a inserção de virtudes que, devidamente aplicadas, incorporam efetividade de valores democráticos fundamentais. Constitui, pois, exemplo das virtudes progressistas do positivismo jurídico como técnica de emancipação e civilização, como ocorrera no pós-guerra com a constitucionalização dos princípios do direito natural e dos direitos sociais a prestações como direitos fundamentais. Percebe-se, hoje, certo consenso doutrinário e jurisprudencial sobre as categorias referentes aos precedentes. O regime de precedentes vinculantes do CPC/15, portanto, elegeu categorias da doutrina do *stare decisis* como forma de adaptação do processo civil para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos e garantias constitucionais.¹⁷¹

Consiste, por evidente, em um *approach* pragmático, mas de grande relevância, pois altera o estado da arte, cabendo agora a doutrina adequar-se às novas categorias dogmáticas construídas. Completa-se um processo de recepção, dando continuidade à evolução do direito caminhando à sua medida na velocidade e liquidez das sociedades contemporâneas¹⁷².

3.2.3 Eficácia Horizontal e Eficácia Vertical dos Precedentes

A eficácia dos precedentes judiciais pode ser classificada a partir de dois critérios distintos: 1) no que diz respeito ao seu grau de vinculatividade e eficácia, os precedentes se classificam em precedentes de eficácia vinculante e precedentes de eficácia persuasiva; 2) quanto à sua origem, a eficácia vinculante se classifica em eficácia vinculante horizontal e eficácia vinculante vertical.

¹⁶⁹ ZANETI, Hermes. Ob. cit. Pág 377.

¹⁷⁰ SOUZA, Marcelo Alves dias de. Tradução livre. The Brazilian model of precedentes: a New Hybrid between Civil and Common law? Tese de doutorado apresentada ao King's College of Law, Londres, 2012.

¹⁷¹ ZANETI, Hermes. Ob. cit. pág. 374.

¹⁷² HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo II. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pág. 183. “O que tem a história encontra-se inserido num devir. O seu desenvolvimento pode ser ora ascensão, ora queda. O que, desse modo, tem uma história pode, ao mesmo tempo, fazer história. É fazendo época que no presente se determina um futuro. História significa, aqui, um conjunto de acontecimentos e influências que atravessa o passado, presente e futuro.”

Aqui, importa falar da classificação fundada na origem, eficácia horizontal e vertical dos precedentes. A adoção de um sistema de precedentes judiciais implica em transformar os tribunais hierarquicamente superiores em tribunais de vértice, nesse sentido, adotamos a posição de Mitidiero¹⁷³ segundo a qual a expressão Corte de Vértice refere-se à postura dos Tribunais de Ápice no sistema processual brasileiro, deixam de ser Cortes de controle para serem Cortes de interpretação. É elucidativa a seguinte passagem “(...) uma corte reativa e de controle tende a fixar-se na decisão recorrido, deixando de lado os aspectos gerais que envolvem a interpretação do Direito e tudo aquilo que avança para além do caso examinado, notadamente o tratamento dado a outros casos idênticos ou semelhantes (...) É justamente para evitar esse particularismo e essa inconstância que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes proativas e de adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal – cortes, portanto, que tomam a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é, de tutela do direito em uma dimensão geral”.

Os precedentes judiciais com eficácia vertical são fixados a partir dos Tribunais de vértice, responsáveis pela uniformização da interpretação. Nesse sentido, os seus julgados funcionam como verdadeiras enunciados normativos vinculativos aos demais Tribunais localizados nas instâncias inferiores da organização judiciária.

Os precedentes judiciais com eficácia horizontal, por sua vez, estabelecem o dever judicial de observação dos próprios julgados, como exigência de coerência em relação às próprias interpretações que não podem sofrer alterações ao libito do momento, ou em razão das partes, o que significaria indisfarçável afronta aos princípios da igualdade e da proteção da confiança legítima.

O precedente vertical produzido pelo Tribunais Superiores, Tribunais de vértice, denomina-se, assim, em razão de sua aplicação ocorrer no sentido de cima para baixo. São considerados os mais relevantes nos sistemas jurídicos, já que prolatados pelas Cortes com mais alto grau hierárquico e tendem a conformar/obrigar os demais órgãos vinculando a interpretação sobre determinada matéria. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais com eficácia vertical são aqueles provenientes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar, aos quais compete a definição do sentido e alcance, com caráter vinculante,

¹⁷³ MITIDIERO, Daniel. In Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 110.

dos enunciados normativos, constitucionais, da legislação federal, da legislação atinente à matéria eleitoral e militar, respectivamente. Como tribunais de vértice tem a função da harmonização da interpretação do ordenamento jurídico em todo o território nacional.

Nesse contexto, os tribunais e juízes inferiores não podem se esconder por detrás de julgados dos tribunais superiores para se furtarem do dever constitucional de julgar os casos mediante análise contraditória do que foi efetivamente produzido. Se o precedente é suficiente, não basta citá-lo, há que demonstrar adicionalmente, essa suficiência¹⁷⁴, o dever de motivação não pode ser arredado diante à obediência de precedente judicial.

Os precedentes horizontais possuem apenas uma vinculação interna, linear, aplicando-se somente no mesmo tribunal que o criou. Mas destaque-se que a lógica de serem respeitados dentro do órgão que o proferiu parte da mesma premissa que a observância dos precedentes verticais. Ou seja, a ideia de coerência e de segurança jurídica de uma ordem jurídica. Caso os Tribunais inferiores não observassem as suas próprias decisões, que partem de órgãos de mesma hierarquia, não haveria sentido falar da eficácia vertical, do respeito às decisões de órgãos de hierarquia superior. Pois, se não houvesse esse respeito dentro do próprio órgão, que gera uma uniformização interna da interpretação do ordenamento jurídico, como poderia se exigir essa obediência perante à Corte Superior para gerar a coerência no sistema jurídico com um todo? Se uma das atribuições do Supremo Tribunal Federal é ser o guardião da Constituição, sendo o responsável por atribuir sentido à lei, o mínimo que se espera dos tribunais inferiores é preservar a interpretação daquilo que foi decidido e via de consequência, unificar essa interpretação em todo o território nacional. Para, assim, poder se falar em integridade de um sistema jurídico, com uma atribuição uniforme de sentido à lei.

3.2.4 Precedentes de Eficácia Normativa e Precedentes de eficácia Persuasiva

Observamos no decorrer da presente dissertação que as decisões judiciais, a depender da tradição jurídica em que se encontram inseridas, possuem mais ou menos força tendo em vista fatores como, o sistema de direito, a matéria em discussão ou a eficácia que lhe é atribuída. Sabemos que o ordenamento jurídico brasileiro vem demonstrando uma forte tendência em conferir efeitos abstratos, que extrapolam o julgado do caso concreto. Isto é, valoriza a eficácia vinculante dos precedentes e determina sua incidência para além do caso que lhe deu origem. Esse fenômeno, já denominado por parcela da doutrina de

¹⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Ob. cit. pág. 93.

“*commonlawlização*” do direito, decorre da “força gravitacional”¹⁷⁵ dos julgados definidores de interpretações, fixadores de teses jurídicas a partir de um caso concreto, assemelhando-se ao direito consuetudinário da tradição anglo-saxônica.

Investigar a eficácia dos precedentes significa buscar compreender a influência que eles exercem sobre a solução de casos análogos¹⁷⁶, de verificar a sua capacidade de vincular ou não os julgamentos de casos futuros semelhantes. Embora esta influência seja variável, de acordo com o ordenamento jurídico em questão, podemos identificar duas espécies de eficácia principais, eficácia normativa e eficácia persuasiva.

Os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente observado nos casos semelhantes. São aqueles que vinculam os julgamentos futuros e não deixam alternativa para o julgador senão aplicá-lo. A projeção de seus efeitos não se limita às partes de um caso concreto, mas determinam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses análogas. Geram, para além da solução do litígio específico que lhes foi submetido, uma norma, ou seja: um comando aplicável, com generalidade, a todos os demais casos idênticos. Os julgados com essa eficácia, como já informado, constituem a regra no *judge made law*, mas podem ser encontrados, em caráter excepcional, nos ordenamentos de origem romana.¹⁷⁷ É o caso do que se tem visto no ordenamento jurídico brasileiro, a imposição através de enunciados normativos (Código de Processo Civil) do respeito às decisões proferidas pelos Tribunais, a fim de preservar a uniformidade, integridade e coerência do direito.

A obrigatoriedade de se seguir decisões anteriores é capaz de assegurar a previsibilidade do direito e, ao mesmo tempo, consegue garantir o tratamento isonômico entre o jurisdicionados. Além disso, o respeito às decisões judiciais, aumenta a eficiência do sistema, já que capaz de reduzir o tempo e o número de recursos, uma vez que já existe uma decisão pacificada sobre determinado tema, o que conseqüentemente, impede o ajuizamento de ações aventureiras reduzindo o número de litígios.

Mas, existem por outro lado, algumas situações onde a eficácia do precedente não é considerada tão forte, não sendo capaz de vincular todos os casos semelhantes e, apenas são utilizados para fins de persuasão do julgador, não tendo aptidão para vincular os seus termos. São casos onde não há obrigatoriedade de serem seguidos. Trata-se, assim, do precedente de

¹⁷⁵ A expressão é utilizada por Ronald Dworkin em seu livro *Levando os direitos a sério*, principalmente quando se refere à ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos. ob. cit. pág. 181.

¹⁷⁶ MELO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit. pág. 62.

¹⁷⁷ MELO, Patrícia Perrone Campos. Ob. cit. pág. 64.

eficácia persuasiva que não vincula os demais casos, e é apenas utilizado como reforço de argumentação, seja pela parte, seja pelo magistrado, para demonstrar o acerto do discurso jurídico.¹⁷⁸

No ordenamento jurídico brasileiro a inserção de precedentes judiciais com eficácia vinculante se deu através da EC/45 de 2004 e da previsão infraconstitucional no artigo 927 do CPC como consequência da previsão constitucional. Reforçando o entendimento que o ordenamento jurídico brasileiro não abandonou a sua tradição de *civil law* e que possui a lei como a sua principal fonte do direito, conseguiu agregar instrumentos de outras tradições para assegurar a própria força da Constituição. Pois, preservar o entendimento da exegese constitucional fixada pelo Supremo Tribunal Federal é uma segurança que o jurisdicionado possui contra decisões contraditórias além da redução da preocupação com a sobrecarga do judiciário, que gera morosidade e ineficiência da máquina pública.

Há, ainda, uma terceira espécie de eficácia dos precedentes judiciais que, não menos importante, representa um grau intermediário de vinculatividade e possuem efeitos impositivos mais brandos. A eficácia intermediária trata-se de uma espécie residual e mais comum nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, por exemplo, quando há jurisprudência dominante sobre determinado tema, sendo reconhecido, assim, a sua força impositiva.

O que importa destacar é que o debate acerca da eficácia e vinculação dos precedentes e a sua valorização nos ordenamentos jurídicos de *civil law* é um grande avanço para a cultura jurídica civilista, mesmo que ainda haja escassez de previsibilidade legal sobre a sua aplicação. Apesar de ainda ser um processo incipiente e sem reconhecimento por muitos operadores dos direitos a valorização dos precedentes judiciais, desde que baseados em fundamentos legais e espelhados nos princípios e garantias constitucionais, é um fenômeno que não pode mais ser negado. O reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico.

3.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para parcela da doutrina, atribuir eficácia normativa aos precedentes judiciais em um sistema tipicamente de tradição civilista, geraria uma série de disfunções no sistema jurídico. Os principais argumentos contrários à sua implementação e de impossibilidade de aplicação seriam de que: 1) haveria o engessamento do direito, em razão de impossibilidade de se

¹⁷⁸ CRAMER, Ronaldo. Ob. cit. pág. 116.

desenvolver decisões adequadas à realidade social, 2) seria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, se considerar que o judiciário não possui legitimidade democrática para criar normas e 3) geraria um óbice à aplicação da igualdade substancial, no sentido de que a necessidade de respeito aos precedentes impediria o tratamento diferenciado das situações.

Ocorre que respeitar os precedentes judiciais nos sistemas jurídicos de tradição de *civil law* não tem como objetivo subverter valores da ordem jurídica, tampouco converter o sistema à outra tradição jurídica. A ideia de se implantar técnicas jurídicas alienígenas no ordenamento jurídico brasileiro tem como finalidade preencher lacunas interpretativas que o sistema jurídico legalista apresenta e que, com os instrumentos jurídicos que possui, não está sendo capaz de assegurar a realização dos valores igualdade e liberdade que se dá através da segurança jurídica e da racionalidade da jurisdição.

Quanto à primeira crítica, que diz respeito ao engessamento do direito, o sistema jurídico brasileiro só se tornaria cristalizado se pudéssemos supor que a força obrigatória dos precedentes fosse capaz de impedir o avanço do direito. Tal premissa não merece ser acatada, uma vez que parte de suposição de que o precedente não pode ser superado. Ora, nem a própria *common law* foi capaz de preservar o entendimento de que o precedente judicial não pode ser superado. A decisão de *London Tramways vs. London County Council*, que determinou a impossibilidade de revogação dos precedentes foi superada pelo célebre *Practice Statement* de 1966, que afirmou que a *House of Lords* poderia passar a contrariar seus precedentes quando isso não lhe parecesse correto e pudessem levar à injustiça em um caso concreto.¹⁷⁹ O fato de se dever respeito aos precedentes judiciais não implica no cometimento de injustiças ou desigualdades perante o caso concreto. Enquanto uma norma existir no ordenamento jurídico e estiver em consonância com os valores da sociedade, não há que se falar em sua revogação. Agora, se for verificado pelo intérprete a alteração do contexto fático, o surgimento de novos valores e a inviabilidade de sua perpetuação, com a devida motivação, é totalmente justificável que haja superação do entendimento anteriormente estabelecido. A ausência de precedentes com força obrigatória dificulta a coerência do sistema jurídico impedindo a sua continuidade.

Já em relação à afirmação de que o respeito aos precedentes judiciais e a atribuição de força normativa estaria ofendendo o princípio da separação dos poderes há muito tempo perdeu seu fundamento teórico. Essa separação clássica deixou de existir. Sabemos que todos

¹⁷⁹ MARINONI. Ob. cit. pág. 141.

os poderes, legislativo, executivo e judiciário, realizam funções típicas e atípicas e, num contexto de constitucionalismo contemporâneo, de velocidade das informações e avanços sociais não é possível conceber que o poder legislativo consiga, através do processo legislativo constitucional, prever e disciplinar todas as situações da vida em sociedade. O judiciário se mostra, pois, como um poder capaz de ajustar o ordenamento jurídico à velocidade de mudança da realidade, atribuindo à norma interpretação mais adequada à realidade. O princípio constitucional da separação dos poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – legislativo, executivo e judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um desses *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta republicana¹⁸⁰. Além disso, os precedentes elaborados na *civil law*, não são normas forjadas a partir da vontade do julgador ou com base nos costumes da sociedade, mas sim de acordo com o texto normativo, que, por sua vez, é a própria lei, não podendo ser contrária a ela. Tais leis são fruto da vontade popular e os tribunais, quando extraem a norma a partir do precedente, o fazem com base nessa vontade.

E, por final, em relação à crítica que diz respeito à não observância da igualdade substancial, respeitar os precedentes não quer dizer a inobservância das desigualdades, nem a sua aplicação de maneira irrefletida sem analisar antes o caso concreto posto em questão e as suas peculiaridades. Os precedentes, assim como as leis, devem ser racionalmente utilizados.¹⁸¹ Nesse sentido, para impedir o seu uso de forma irrestrita é que a ferramenta do *distinguishing* entra em cena, para verificar se o caso presente possui os fatos materialmente relevantes que autorizam a sua aplicação. Desta forma, fica demonstrado que não se trata de inobservância das desigualdades, pelo contrário, trata de observação do caso concreto e a sua comparação com o precedente judicial. Valer-se do precedente é valer-se da comparação e, neste sentido, implica na verificação da igualdade substancial do caso e não a adaptação do precedente a qualquer situação.

Desta forma, apesar das críticas, que são comuns para qualquer situação que se apresente com novas metodologias e ideias, o debate jurídico é sempre bem-vindo para fins

¹⁸⁰ Trecho de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux na ADI 5105, (julgado de 01/10/2015).

¹⁸¹ DUXBURY, Neil. Ob. cit. pág.113.

de conhecimento e aprendizado. E, hoje, talvez possa se afirmar que a utilização e valorização dos precedentes judiciais seja vista como uma solução viável para a garantia da segurança jurídica e isonomia na tradição jurídica de *civil law*. O que não quer dizer que, daqui há algum tempo, esta ideia possa estar ultrapassada ou verificada a sua inviabilidade de aplicação no sistema de tradição de *civil law*. Pois, o direito é reflexo daquilo que vive a sociedade, sendo, pois, cambiante, mutável e flexível. Da mesma forma devem ser, então, os seus institutos, para ao invés de se extinguirem, passarem por adaptações para preservar a sua existência.

4. PRECEDENTE DO STF QUE DEMONSTRA IMPORTÂNCIA DA SUA EFICÁCIA VINCULANTE PARA OS VALORES DEMOCRÁTICOS

Neste capítulo pretendo demonstrar a importância da força vinculante dos precedentes judiciais com uma decisão do STF que equiparou a homofobia ao racismo, criando um tipo penal por analogia¹⁸². O faço a partir do exame do recente *leading case* do STF que, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26 DF)¹⁸³, equiparou as condutas homofóbicas aos crimes de racismo. Sem pretender causar espanto ante à aparente violação da legalidade penal, *nullum crimen nulla pena sine lege escripta*, vedação da analogia *in malam partem* no direito penal, almeja-se apenas apresentar a decisão da Corte Constitucional brasileira que, além de criar uma figura penal por analogia, o fez com eficácia vinculante.

Esse fato jurisprudencial é muito ilustrativo quanto à necessidade de subordinação dos Tribunais e juízes ao precedente do STF, pois trata-se de ramo do direito que autoriza o Estado a ingressar no bem jurídico mais precioso do homem, a liberdade. Com efeito, ao se criar jurisprudencialmente um tipo penal por analogia, afigura-se importante à segurança jurídica e à igualdade saber se os demais tribunais e juízes observarão o precedente criado. Se essa decisão do STF não fosse dotada de eficácia vinculante, não saberíamos ao certo quais comportamentos podemos adotar sem nos preocuparmos com as sanções penais que deles decorreriam. Além de grande insegurança jurídica, correríamos o risco de decisões judiciais contraditórias, aplicando-se sanções penais pelo comportamento homofóbico de uns, mas deixando outros atos de homofobia sem consequência jurídica alguma, o que certamente

¹⁸² “O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.” Acesso em: <https://www.conjur.com.br/dl/teses-stf-criminalizacao-homofobia1.pdf>

¹⁸³ “Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por **identidade** (grifo nosso) de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).”

esvaziaria o princípio da igualdade e abriria margem à perseguição política do Estado e à seletividade da imposição da sanção penal.

Haverá insegurança jurídica sempre que não houver convergência plausível entre determinada solução jurisdicional e aquilo que a legítima expectativa de padrões morais decorrentes dos precedentes judiciais estabelecem como justo e correto à luz dos valores constitucionais, para os cidadãos. Os precedentes, sobretudo quando dotados de força vinculante, são considerados de boa fé pelos destinatários do ordenamento jurídico para a decisão sobre suas condutas, não se revelando razoável, nem consentâneo com os valores democráticos que o judiciário adote soluções díspares em função das partes da relação jurídica processual, ou em função do órgão jurisdicional que, em razão de visões pessoais e ideológicas distintas, interpretam o ordenamento jurídico sem ter em vista os padrões decisórios anteriores, sentindo-se à vontade para realizar sua visão ideológica no ato jurisdicional, que deveria vincular-se, unicamente, ao ordenamento jurídico abrangente dos padrões decisórios anteriores.

A decisão do STF, além de ilustrativa quanto à necessidade de se atribuir força vinculante aos precedentes, demonstra a importância da analogia como fonte do direito no constitucionalismo contemporâneo. Com efeito, a lei não constitui mais única e exclusiva fonte do direito nos países de tradição de *civil law*, que cede espaço para a analogia como metodologia para aplicação racional do direito. A solução jurídica, portanto, passa pela utilização de casos precedentes semelhantes como paradigma para a solução dos casos futuros, de forma a evitar contradições e insegurança.

Além de conceder importância para analogia e atribuir eficácia vinculante para a decisão proferida pelo STF, a Corte Brasileira ampliou o conceito de racismo, atribuindo-lhe uma dimensão social, que projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e compreende outros grupos vulneráveis, como as pessoas LGBTI+. O fato de o Poder Legislativo não dar tipificação aos crimes de homofobia e transfobia, além de expor grupos minoritários a situações graves de violência social, suscita um desvio dos comandos constitucionais, o que pode justificar, por sua vez, a intervenção do Poder Judiciário. Neste sentido, quando me refiro na presente dissertação à existência de um diálogo entre os Poderes, que passou a ser indispensável depois da segunda metade do séc. XX, é exatamente essa a referência. Veja, se a ausência de criminalização da homofobia contribui para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, o Poder

judiciário se depara, desta forma, com uma inação por parte do Congresso Nacional. Neste sentido, estas situações demandam atuação aditiva do STF. E, na medida em que uma tese jurídica é fixada, formando assim a *ratio decidendi* da questão em análise, tal entendimento passa a vincular todas as demais instâncias e juízes de tribunais a fim de uniformização, que terá como resultado, igualdade e segurança jurídica.

É possível perceber, assim, que países de tradição de *civil law*, que têm a lei como fundamento de legitimidade do direito, no caso do Brasil, têm tido uma certa urgência em definir determinados conteúdos de direito. E, toda a burocracia legislativa que é demandada para elaboração de uma lei interfere, temporalmente, na atualização do direito diante das necessidades sociais efêmeras. Quer dizer, o Supremo Tribunal passa a buscar outras fontes de direito em razão da necessidade de fechar o ciclo hermenêutico deixado pelo legislador. A analogia, assim, deixa de apenas arrematar lacunas e se mostra como fonte legítima do direito. Busca-se um caso foco para que o caso discutido (ainda que em controle abstrato) torne-se *leading case* para os casos futuros.

Caso isso não ocorresse, ou seja, não se abrindo à influência de outras tradições jurídicas, a tutela de direitos a nível nacional não seria isonômica. Pois, não havendo lei que pudesse ser aplicada genericamente, cada tribunal iria decidir com a base motivacional que encontrasse ao seu alcance, divergindo o entendimento e proporcionando decisões solipsistas. Que, em um Estado que pretende garantir a igualdade e a segurança jurídica seria inapropriado ocorrer. Logo, o uso da analogia serve como critério de decisões judiciais, suprimindo lacunas e cumprindo o mandamento constitucional de igualdade.

Não estou afirmando que o Supremo Tribunal Federal poderia criar um tipo penal como se legislador fosse. Estou apontando que trata-se de uma omissão legislativa que deve ser enfrentada pela Suprema Corte, como Guardiã da Constituição. Com efeito, deve garantir que os direitos fundamentais sejam realizados na maior medida possível, principalmente o direito de sermos iguais mesmo diante de nossas diferenças. Pensar deste jeito, alimenta a liberdade, bem maior da personalidade.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente dissertação me trouxe a oportunidade de analisar, de uma forma mais atenta, como a tradição jurídica ocidental de *civil law* tem se desenvolvido e sofrido alterações em razão de estar imersa em uma sociedade globalizada que passa por constantes oscilações. Percebe-se, pois, neste sentido, a ocorrência de uma aproximação de tradições jurídicas ocidentais, afim de promover valores democráticos, como segurança jurídica e isonomia, no âmbito de uma realidade dinâmica e globalizada. A tradição jurídica anglo-saxônica de respeito à tradição e aos costumes realiza a segurança jurídica como fonte de igualdade e liberdade através da força vinculante dos precedentes judiciais. Ao passo que, a tradição jurídica romano-germânica realiza a segurança jurídica através da normatização sistemática de soluções a partir de hipóteses abstratas de incidência corporificadas em um ordenamento jurídico positivo. Neste contexto, a jurisdição obedece a critérios formais adequados às peculiaridades de cada tradição jurídica. Enquanto a *civil law* concebeu uma jurisdição declaratória das soluções normativas fixadas pelo Parlamento, a *common law* concebeu uma jurisdição constitutiva da normatividade a partir da tradição e dos precedentes vinculantes.

Todavia, o constitucionalismo contemporâneo ocidental, imerso à globalização promoveu uma aproximação dessas culturas jurídicas como resultado da necessidade de realização dos valores democráticos do Estado de Direito no âmbito de uma realidade dinâmica, complexa e plural. A realização da segurança jurídica constitui, então, denominador comum entre estas duas tradições jurídicas, como premissa essencial da promoção de igualdade e liberdade, valores intrínsecos à ideia de Democracia e de Estado de Direito.

A jurisdição lógico-formal, típica da tradição de *civil law* de um direito legislado no contexto dinâmico e complexo contemporâneo não consegue mais entregar coerência e harmonia entre os julgados, pois a legislação não acompanha a riqueza da realidade nem a velocidade das transformações sociais. Para que o direito seja produto de seu tempo e não seja estacionário, possuindo saúde e vitalidade, é indispensável reconhecer que as normas jurídicas criadas numa geração podem se mostrar insuficientes para uma geração seguinte.

Neste sentido, para a realização de segurança jurídica como corolário dos valores democráticos na tradição jurídica civilista passou-se a exigir a racionalização da jurisdição atribuindo-lhe coerência, harmonia e integridade, de forma a evitar decisões contraditórias sobre situações concretas semelhantes. A doutrina do *stare decisis et non quieta movere* de origem anglo saxônica, da tradição de *common law*, apresentou-se, assim, como elemento

garantidor de segurança jurídica, que incorporado no sistema romano germânico promoveria a racionalização necessária à realização da liberdade e da igualdade como valores essenciais ao Estado de Direito Democrático.

É dizer, tratar casos iguais de maneira semelhantes. Onde temos a valorização de outras fontes de direito na tradição de *civil law* para além da lei. O uso da Analogia surge como fonte legitimadora da aplicação dos precedentes judiciais no direito Brasileiro. Neste sentido, a analogia se desprende daquele conceito e pré-compreensão positivista típica da tradição de *civil law*, de acordo com os quais era reduzida a um mero expediente de integração de lacunas e por isso confinado a pretensas superação de problemas gerados pelo fato de o legislador possuir limitações temporais. O fundamento para o uso da analogia surge, então, como respeito ao princípio da igualdade. Tal princípio que antes se assentava numa igualdade formal, proveniente da vontade do legislador, que atuava apenas como princípio político, que devia estar ancorado no âmago do legalismo positivista, agora deve ser universalizado. A analogia, funda-se, agora, com base no princípio da igualdade de uma forma universal, que postula o tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, na medida dessas igualdade e diferença.

A jurisdição meramente declaratória, com efeito, traz consigo o risco de decisões contraditórias que esvaziam a segurança jurídica. Faz-se necessário, pois, atribuir à jurisdição caráter constitutivo, normativo e vinculante de forma a assegurar a coesão necessária entre as decisões jurisdicionais, semelhante a um romance em cadeia – na metáfora de Dworkin – em que cada capítulo do romance constitui a continuação do capítulo anterior sem promoção de rupturas drásticas descaracterizadoras da unidade e da racionalidade essencial do sistema jurídico. É dizer, a busca pela coerência e integridade no ordenamento jurídico de tradição jurídica de *civil law* por meio do uso dos precedentes judiciais seria uma espécie de profilaxia à patologia gerada pela *civil law* nas cortes judiciais, que em determinado momento supôs que os juízes não deviam nenhum respeito às decisões passadas e que de alguma forma seria um empecilho para a formação de seu livre convencimento e liberdade de julgar.

Respeitar os precedentes judiciais, em um país de tradição de *civil law*, quer dizer usar mais do recurso à analogia. É reconhecer que existe um ir e vir, que se realiza na abertura da situação da vida à norma e da norma à vida. E, referendar o que foi dito e julgado no passado com o presente para comparar as situações, a fim de se respeitar uma coerência e segurança jurídica que é tarefa crucial para uma jurisdição que pretende ser democrática.

A força vinculante e normativa dos precedentes judiciais, constitui, pois, o elemento garantidor de racionalidade ao sistema jurídico de tradição romano-germânica. O constitucionalismo contemporâneo, pois, é resultado da incorporação de institutos da *common law* na ciência do direito no âmbito da ciência da legislação e no âmbito da jurisdição, incorporando cláusulas abertas no ordenamento jurídico e atribuindo à jurisprudência e aos princípios força normativa. Com efeito, a força normativa dos precedentes constitui elemento de racionalização e de objetivação hermenêutica, garantia de que a exegese dos princípios normativos e das cláusulas gerais tenha coerência em face da solução atribuída a casos concretos semelhantes.

O ordenamento jurídico brasileiro, como resultado do desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, há muito incorporou na Constituição elementos de subordinação da jurisdição aos precedentes judiciais. No âmbito da legislação processual infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil com vigência em 2015 reflete a tendência de atribuição de força normativa e vinculante aos precedentes, criando institutos processuais que atribuem coerência, harmonia e integridade ao ordenamento como instrumento de realização de segurança jurídica na atividade jurisdicional.

A inclusão de dispositivos no Código de Processo Civil que tratam da utilização/aplicação dos precedentes judiciais veio a calhar na atual cena jurídica Brasileira, como forma de garantir segurança jurídica e isonomia na produção judicial, constituindo, ainda, importante remédio para sanar o problema das ações repetitivas que sobrecarregam a máquina judiciária, a fim de desafogá-lo.

Não nos resta dúvida que a observância dos precedentes trará mais celeridade à definição dos processos, lembrando, por óbvio, o respeito ao princípio do contraditório, ampla defesa e motivação das decisões. Além disso, para que haja efetividade na sua utilização e que renda os frutos assim almejados com a edição da lei 13.105/2015, é indispensável que a sua utilização se faça nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro, se ajustando dentro da realidade no qual foi inserido.

Conclui-se, pois, que a força normativa e vinculante dos precedentes judiciais constitui elemento que, importado da doutrina inglesa, da tradição jurídica de *common law*, busca a segurança jurídica que falta à jurisdição do sistema civilista, reduzindo a imprevisibilidade das decisões judiciais e realizando a igualdade e a liberdade como valores essenciais do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª edição. rev. e ampl. Ed. Malheiros. 2012.
- BANKOWSKI, zenon et al. **Rationales for Precedent**. In: MAcCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate: Hants, 1997.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo. Saraiva. 2014.
- BARROSO, Luíz Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 6ª ed. rev. atua. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004
- BARROSO. Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre. 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995
- BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang; NICOLETTI, Michele; BRINO, Omar. **Stato costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- BRONZE, F.J PINTO, em **Lições de Introdução ao direito-** 2ª edição. Coimbra Editora. 2006.
- CAENEGEM, R. C. van. **Judges, Legislators & Professors**, Goodhart lectures, 1984-1985, Chapters in European History, Cambridge University Press, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre. Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, pág. 268
- CARDOZO Benjamin N., **A Natureza do Processo Judicial: Palestras proferidas na Universidade de Yale/** Tradução Silvana Vieira. – São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Constituição da Europa.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Crises e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004.
- CARVALO, Paulo de Barros. **Curso de Direito tributário.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O instituto dos assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais.** 1ª Ed. Coimbra: Coimbra. 2014.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio
- COSTA E SILVA, Paula. Em **Rivista di Diritto Processual. Uniformazione della Giurisprudenza [Portogallo]** G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI. CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI. 2012. Rivista di Diritto Processual. Fondata Nel 1924 DA.
- CRAMER, Ronaldo. **A Súmula e o Sistema de Precedentes do Novo CPC.** Em **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015.** Org. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Jayme. – 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 963-972.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais – Teoria e Dinâmica.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** In Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. Vol. I. São Paulo: RT, 2012. P. 560.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedentes judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. Pág. 180.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/paradoxo-corte-nulidade-decisoes-judiciais-defeito-motivacao>. Acesso em 07/11/2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. – 7ª ed., 17 reimp. 1941.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

DAVID, René, BLANC-JOUVAN, Xavier. *Le droit anglais*. 8ª. Ed. Paris. Presses Universitaires de France, 1998, pág. 8. PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956

DIDIER JR., Fredie, SOUZA, Marcus Seix. *O Respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Em Revista de Processo Comparado. Ano 1. Julho-Dezembro 2015. Editora Revista dos Tribunais.

DO VALE, Luíz Antônio Malheiro Menesse. *Metodologia do direito (Apontamentos de apoio às aulas práticas) Racionalidade analógica e metodologia jurídica*. A proposta jurisprudencialista de F.J. Pinto Bronze. Acesso em: academia.edu

DUARTE, Fernanda et al. Ainda há Supremacia do Judiciário. In: DUARTE, Fernanda; VIERA, José Ribas (Org.). *Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988. Pág. 115.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11 ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ, Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis. Vozes. 1997.

GARCIA, Emerson. *Interpretação constitucional: A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

GILLISSEN, JOHN. **Introdução histórica ao direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. 2ª edição. Lisboa. 1995.

GROTE, Rainer. *Rule of Law. Etat de droit et Rechtsstaat* – The origins of different national traditions and the prospects for the convergence in the Light of recent constitutional developments. Disponível em www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html;

HABERLE, Peter. *Elementos teóricos de um modelo general de recepción jurídica*. In Antônio-Henrique Perez Luno (Coord.) *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo II**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004,

HOLMES, JR. Oliver Wendell. **The common law**. Estados Unidos: Harvard University Press, 2009.

HOLMES, Oliver. Wendell. *The Path of the law*, Harvard Law review, t.10, 1987.

IHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Progresso, 1956.

JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre. *A ausência de percepção de mixagem de sistemas jurídicos. O Brasil entre o civil law e o common law. A ausência de uma teoria brasileira de precedents judiciais – A anarquia interpretativa e o despeito a uma “possível” história institucional. O marco zero das interpretações pelos Tribunais brasileiros*. Em *Revista de Processo*. Ano 35. Nº 189. Nov/2010. Direção Arruda Alvim. Editora Revista dos Tribunais. 2010

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LASSALE, Ferdinand. *Que es una Constitución*. Buenos Aires. 1946
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIPOVETSKY, Gilles, **Os tempos hipermodernos**, tradução de Mário Vilela, São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría da Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo brasileiro*. 2ª. ed. rev. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2016.
- Ludwig Enneccerus – Lehrbuch des Burgerlinchen Rechts, 8ª edição., 1921, vol. I. §48; Max Salomon.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MacCormick, Neil. **Rethoric and the rule of the law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press. 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Em Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, nº 49, pág. 11-58, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume I/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS COSTA. *O direito privado como um “Sistema em Construção*. Judith. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pág. 134-135.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 7ª edição. Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1961

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Universidade Católica Editora. 1999.

MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogélio. *A Tradição da civil law: uma introdução aos Sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, t. I.

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

MONTESQUIEU, *De L'espirit des lois*. Vol. I et II. Présentation par Victor Goldschmidt. GM Flammarion. 1979.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. T. 2, 2º v. 2014.

MULLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Em: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC 2015. Art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo de concepções contrastantes*. 1ª ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág.305-361.

PEREIRA, Celso de Tarso. “**Common Law**” e “**Case Law**”. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 69-74, dez. 1988.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica. Nova Retórica*. 2ª edição. São Paulo. Pág. 24-25. Martins Fontes 2014.

PERRONE, DE MELLO Patrícia. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PUGLIESE, Wiliam. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 10 Edição. São Paulo: Saraiva, 1983.
- RENÉ, David. *Os Grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Editora Martins Fontes. 2002.
- RENÉ, David. BLANC-JOUVAN, Xavier. *Le droit anglais*. 8ª. Ed. Paris. Presses Universitaires de France, 1998, pág. 8. PLUCKNETT, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1956
- SCALIA, Antonin [Estados Unidos – *United States Supreme Court – Hubbard v. United States* – decidido em 15.05.1995.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SHAUER, Frederick. Precedente. In: Didier Júnior, Fredie et al. (Coord.) **Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes**. Salvador: JusPoivum, 2016. v. 3.
- SHAUER, Frederick. *Why precedente in law and (elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy*. University of Virginia School of law, 2007 KSG Working Paper nº RWP07-036. Available at: SSRN: (<http://ssrn.com/abstract=1007001>.)
- SOUZA, Marcelo Alves dias de. Tradução livre. *The Brazilian model of precedentes: a New Hybrid between Civil and Common law?* Tese de doutorado apresentada ao King's College of Law, Londres, 2012.
- STRECK, Lênio. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?**, Senso Incomum, Conjur, www.conjur.com.br, acesso em 03/11/2018.
- STRECK, Lênio. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.
- STRECK, Lênio. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II**. Conjur, www.conjur.com.br, acesso em 03/11/2018.
- TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Revista de Processo Vol 199. P. 139. Set/2011. DTR/2011/2445.
- TRABUCO, Cláudia, SEGORBE, Beatriz. *Inteligência Artificial e direito*, in Themis, ano I, nº 2, 2000,

TUMÁNOV, Vladímír. *O Pensamento jurídico burguês contemporâneo*. Lisboa. Ed. Caminho, 1984. Pág. 141.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Cada caso comporta uma única solução correta?** Direito Jurisprudencial. V. II São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WEINREB, Lioyd L. *A razão Jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*; tradução Bruno Costa Simões; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Pag. 32. Madrid: Trotta, 2003.

ZANETI, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3^a. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPodivum, 2017.

ZANETI JR., Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no brasil*. Em Revista de Processo I.vol.235/2014. Pág.293-349. Set. 2014. DTR2014/9800

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.