

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

VINICIUS CAVARZANI

**A ASCENSÃO DE ASPECTOS DO *COMMON LAW* NO SISTEMA PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO: UMA CRÍTICA À APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E À
DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

FRANCA

2015

VINICIUS CAVARZANI

**A ASCENSÃO DE ASPECTOS DO *COMMON LAW* NO SISTEMA PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO: UMA CRÍTICA À APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E À
DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio
de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do
Título de Mestre em Direito. Área de concentração:
Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**

Orientador: Prof. Dr. Nelson Nery Junior

FRANCA

2015

Cavarzani, Vinicius

A ascensão de aspectos do *common law* no sistema processual civil brasileiro : uma crítica à aplicação da jurisprudência e à doutrina dos precedentes judiciais / Vinicius Cavarzani. – Franca : [s.n.], 2015.

163 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Nelson Nery Junior

1. Precedentes judiciais. 2. Direito comum. 3. Direito civil.
4. Ordem jurídica. I. Título.

CDD – 341.412

VINICIUS CAVARZANI

**A ASCENSÃO DE ASPECTOS DO *COMMON LAW* NO SISTEMA PROCESSUAL
CIVIL BRASILEIRO: UMA CRÍTICA À APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E À
DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Nelson Nery Junior

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Georges Abboud

Franca, ____ de _____ de 2015.

Dedico este trabalho aos meus pais Antonio e Vanir e ao meu irmão Gustavo, manifestações concretas do mais abstrato amor fundante que alguém pode ter por outro.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu pai Antonio, à minha mãe Vanir e ao meu irmão Gustavo, não apenas pelo apoio incondicional nos momentos de dificuldade e hesitação, mas também – através de suas retidões de caráter – por me ensinarem a ser alguém melhor. A honra e admiração que despertam em mim só pode ser comparada ao amor e carinho que deles recebo.

Ao Professor Nelson Nery Junior, um dos poucos cientistas do direito brasileiro que merece ser denominado de verdadeiro jurista, agradeço pela oportunidade de ser seu orientando. Em todas as ocasiões em que discutimos este trabalho recebi valorosas lições de um estudioso cujo conhecimento e competência são indescritíveis. Muito obrigado!

Ao Professor Carlos Eduardo de Abreu Boucault, exemplo de pesquisador comprometido com os ideais da docência séria e rigor científico que, desde a época da graduação, me engrandece com seus ensinamentos, provocações e profundo saber, agradeço as valiosas contribuições.

Ao Professor Georges Abboud, voz oculta deste trabalho, agradeço a inestimável ajuda e ilimitado suporte ao longo do desenvolvimento deste estudo. A admiração que desperta em mim certamente se relaciona à sua perspicácia, dedicação e labor acadêmicos. É a prova de que o estudo não é em vão.

Ao Professor Rafael Tomaz de Oliveira, que gentilmente se dispôs a ler o trabalho, agradeço os preciosos apontamentos e profícuas contribuições. Saiba que sou extremamente grato pela generosidade acadêmica.

À querida Laura Odette Dorta Jardim, bibliotecária da UNESP, pelo fantástico e meticuloso auxílio com a formatação do trabalho, bem como pela cordialidade e atenção deferida a todo o corpo docente e discente.

Ao escritório Brasil Salomão e Matthes Advocacia, a quem agradeço em nome do Dr. Henrique Furquim Paiva, por permitir a elaboração deste trabalho ao longo deste período.

Aos estimados amigos de trabalho Emerson Ayres, Fernando Mazzo, Pedro Saad e Sérgio Umekawa, pelos constantes incentivos e acalorados debates.

E, por fim, mas não menos importantes, aos queridos amigos Aluísio Miele, Ana Carolina Molina, Bráulio Vanalli, Elissa Fortunato, Felipe d'Ávila, Flávio Ramos, Gabriela Marques, Gustavo Obata, Henrique Paiva, Henrique Suhadolnik, Larissa Rosa, Laura Volpe, Mariana Nogueira, Najila Jeha, Núbia Ventura, Rafael Fassini, Rodolfo Davanzo e Vanessa Stipp, agradeço os incontáveis momentos de apoio, discussões, erros, acertos e, sobretudo, por este incrível elo que entre nós se formou chamado amizade.

CAVARZANI, Vinicius. **A ascensão de aspectos do *common law* no sistema processual civil brasileiro**: uma crítica à aplicação da jurisprudência e à doutrina dos precedentes judiciais. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo realizar uma crítica à indevida importação e incorporação de determinados conceitos e institutos com origem e desenvolvimento no *common law* ao sistema processual brasileiro. Para tanto, o estudo foi dividido em quatro pontos que, embora distintos, se inter-relacionam. Em um primeiro momento, assentou-se as premissas conceituas e metodológicas que nortearam todo o trabalho, entre as quais se destacam o paradigma pós-positivista de Friedrich Müller e a supremacia da Constituição. Em um segundo momento, o estudo realizou análise das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental, quais sejam, o *common law* e o *civil law*. A partir do cotejo de ambas as tradições jurídicas, efetuou-se exame do sistema jurídico brasileiro, enquadrando-o na tradição jurídica romano-germânica. Em um terceiro momento, empreendeu-se exame das características inerentes ao *common law*, notadamente seus elementos distintivos. Em um quarto momento, demonstrou-se a confusão conceitual existente no sistema jurídico brasileiro no que se refere à equivocada utilização de conceitos jurídicos estrangeiros. A partir destes quatro pontos, realizou-se uma crítica à forma como a ideia de precedente judicial tem sido utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: tradição jurídica. jurisprudência. *common law*. direito processual civil. precedente judicial.

CAVARZANI, Vinicius. **A ascensão de aspectos do *common law* no sistema processual civil brasileiro**: uma crítica à aplicação da jurisprudência e à doutrina dos precedentes judiciais. 2015. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

ABSTRACT

This work aims to criticize the importation and incorporation of concepts and institutes which were developed in the common law tradition to the Brazilian legal system. To do so, the study was divided into four parts that, though different, are interrelated. At first it was established the conceptual and methodological assumptions that guided all the work, among which stand out the post-positivism of Friedrich Müller and the supremacy of the Constitution. In a second moment, the study conducted analysis of the two major legal traditions of the Western world, namely, the common law and the civil law. From the collation of both legal traditions, Brazilian legal system was analyzed, framing it in the Roman-Germanic legal tradition. In a third moment, the study focused on the main characteristics inherent to common law, especially its distinctive elements. In a fourth moment, it was proved an existing conceptual confusion in the Brazilian legal system regarding the mistaken use of foreign legal concepts. From these four points, a critique of how the judicial precedent idea has been used by Brazilian law was made.

Keywords: legal tradition. jurisprudence. *common law*. civil procedure. judicial precedent.

O que é que faço quando decido uma causa? A que fontes de informação recorro em busca de orientação? Até que ponto permito que contribuam para o resultado? Até que ponto devem contribuir? Se existe algum precedente que se aplique ao caso, quando devo recusar-me a segui-lo? Se não há precedente aplicável, como chego à decisão que servirá de precedente no futuro? Se o que busco é a coerência lógica, a simetria da estrutura jurídica, até onde devo prosseguir nessa busca? Em que ponto a busca deve ser interrompida por algum costume discrepante, por alguma consideração relativa ao bem-estar social, por meus próprios critérios ou por critérios comuns de justiça e moral? Todos esses ingredientes participam, em proporções variadas, dessa estranha mistura que se prepara diariamente no caldeirão dos tribunais.

(Benjamin N. Cardozo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 CAPÍTULO 1 PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS.....	14
1.1 O paradigma pós-positivista: o direito enquanto linguagem	15
1.2 Pós-positivismo não é neoconstitucionalismo.....	22
1.3 A teoria estruturante de Friedrich Müller	26
1.4 A supremacia da lei e da Constituição.....	36
 CAPÍTULO 2 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	44
2.1 Tradições jurídicas e sistemas jurídicos: uma tentativa de conceituação	44
2.2 A tradição jurídica do <i>civil law</i> : panorama político-histórico do direito romano- germânico	52
2.3 A tradição jurídica do <i>common law</i> : panorama político-histórico do direito anglo- saxão.....	57
2.4 A tradição jurídica do direito brasileiro	62
 CAPÍTULO 3 A DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO <i>COMMON LAW</i>	69
3.1 Conceito e formação do precedente judicial	69
3.2 As ideias de <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> no <i>common law</i>	77
3.3 A questão do <i>distinguishing</i>	84
3.4 A superação e revogação dos precedentes: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	87

CAPÍTULO 4 A CONFUSÃO CONCEITUAL NO BRASIL: A <i>COMMONLIZAÇÃO</i>	
DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	94
4.1 A confusão conceitual da doutrina: precedente, súmula, jurisprudência e efeito	
 vinculante	94
4.1.1 Precedente judicial.....	97
4.1.2 Súmula e súmula vinculante	100
4.1.3 Jurisprudência	108
4.1.4 Efeito vinculante.....	113
4.2 Os “precedentes obrigatórios” no sistema processual civil	118
4.2.1 A “jurisprudência dominante” no sistema recursal	120
4.2.2 O julgamento <i>prima facie</i> pelo juiz de primeira instância: o art. 285-A do CPC/1973 (art. 332 do CPC/2015).....	125
4.2.3 O efeito vinculante no controle de constitucionalidade.....	131
4.3 Crítica à aplicação dos “precedentes” no sistema processual civil: uma análise do art.	
 926 do CPC/2015	141
CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS	155

INTRODUÇÃO

O estudante de Direito, desde os primeiros anos da maioria dos cursos jurídicos, depara-se com a informação de que o direito brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, tradicionalmente referenciada como “*civil law*”. Isto quer dizer, *grosso modo*, que o direito brasileiro é baseado na codificação, isto é, na generalidade das regras jurídicas compiladas em códigos.

Nesta mesma linha de raciocínio, também ensina-se ao estudante incipiente nas letras jurídicas que, em contraposição ao denominado “*civil law*”, existe a tradição anglo-saxônica, comumente designada de “*common law*”.¹ Esta segunda tradição, ao invés de assentar-se na letra dos códigos, tem seu fundamento nos precedentes criados pelos juízes a partir de decisões judiciais.

Todavia, ao longo dos anos, com o aprofundar dos estudos acerca de seus elementos definidores, bem como do funcionamento de ambas as tradições jurídicas, o estudante verifica que o sistema jurídico brasileiro de *civil law* não se consubstancia única e exclusivamente em um amontoado de regras jurídicas coercitivas emanadas de uma autoridade competente compiladas em códigos. Do mesmo modo, o *common law* não se resume tão somente na força vinculante dos precedentes forjados pelas decisões judiciais.

Prova disto é o conjunto de reiteradas decisões proferidas pelos juízes e tribunais, ao qual se dá o nome de jurisprudência. Assim entendida, a jurisprudência é tida como fonte do Direito², vale dizer, verdadeiro centro produtor do Direito.

A jurisprudência, no entanto, não deve ser confundida ou equiparada à doutrina dos precedentes judiciais própria da tradição jurídica do *common law*, ou com as súmulas (vinculantes ou não) e o fenômeno do efeito vinculante. Trata-se de institutos distintos.

De forma simplificada, pode-se dizer que, enquanto a jurisprudência consiste na universalidade das decisões judiciais proferidas pelos juízes e tribunais, o precedente próprio

¹ De rigor, no entanto, assentar-se que há outras tradições jurídicas no mundo. Para uma análise de outras tradições jurídicas, cf. DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2010.

² “A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é necessariamente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 223.

da tradição jurídica do *common law* consubstancia-se em um enunciado (*ratio decidendi*) contido na decisão judicial ao qual se atribui força vinculante (*binding effect*).

Ocorre, todavia, que o sistema processual civil brasileiro – já de algum tempo – vem sendo reestruturado, importando e adotando, de forma atécnica, o instituto da *stare decisis*, conferindo cada vez mais força às decisões judiciais.

Neste sentido, confira-se a promulgação das Leis nº 9.756/98, 11.277/06, 11.417/06 e 11.672/08 que, de uma forma ou de outra, alçaram a jurisprudência pátria a um patamar de destaque, seja transformando-a em requisito de admissibilidade recursal, seja conferindo efeito vinculante a elas – como é o caso das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.³

Trata-se, em realidade, de empreitada cuja origem não encontra raízes na ciência do *common law*, mas em verdadeira tentativa – por parte do Poder Judiciário – de aceleração distorcida do procedimento, na ânsia de cumprir metas e mostrar boas estatísticas.⁴

Daí porque, diante deste contexto, afigura-se de relevância o estudo, em uma perspectiva jurídico-filosófica, da doutrina do precedente judicial, da jurisprudência enquanto fonte do direito no *civil law* e do efeito vinculante no sistema processual civil brasileiro (seja através de enunciados sumulares, seja através do controle abstrato de constitucionalidade).

Trata-se, sob um ângulo mais amplo, de se estudar a forma pela a qual a efetivação da tutela jurisdicional vem se dando no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do paradigma jusfilosófico do pós-positivismo e do movimento do neoconstitucionalismo, àquele inerente.

Não se pode olvidar que referido fenômeno político-jurídico é manifestação não apenas do texto constitucional e de seu desenvolvimento teórico, mas também da prática jurisprudencial, como ensina Miguel Carbonell.⁵

³ BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 243, 18 dez. 1998. Seção 1. p. 1-2; Id. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 28, 8 fev. 2006. Seção 1. p. 2; Id. Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 88, 9 maio 2008. Seção 1. p. 11.

⁴ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Gestão estratégica: metas*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp>>. Acesso em: 16 ago. 2014. Ver, ainda, ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 10.

⁵ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____.; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. Cap. 2. p. 154-155.

Portanto, um estudo crítico da forma como a jurisprudência tem sido aplicada e interpretada afigura-se da mais alta relevância, principalmente quando se tem em mira assentar conceitos e cotejar a prática legislativa com a dogmática jurídica.

CAPÍTULO 1 PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS

Qualquer que seja o objeto de investigação, um estudo que se pretenda científico – isto é, estruturado a partir de conhecimentos metódicos e sistematizados, passíveis de verificação empírica ou racional – pressupõe, necessariamente, a delineação de determinadas premissas conceituais e metodológicas.¹

Esta circunstância ganha importância maior no âmbito das ciências humanas em geral, e, em particular, no da ciência jurídica que, como é cediço, se constrói e se explica a partir de argumentos, raciocínios e provas. Não é por outra razão que o fenômeno jurídico constitui-se em ciência considerada a partir da razão hermenêutica.²

Neste sentido, para que os argumentos, raciocínios e provas utilizados na construção do pensamento jurídico – seja sob qualquer enfoque desejado – não se tornem desconexos ou desprovidos de sentido, impõe-se a delimitação de certas premissas conceituais e metodológicas que, logicamente, nortearão o exame do objeto estudado.

Em outras palavras, trata-se de se estabelecer o que o filósofo Lorenz Bruno Puntel denomina de “quadro referencial teórico”. Referida teoria foi desenvolvida por Puntel para, no âmbito da filosofia, construir uma ferramenta que possibilite ao pesquisador a sistematização e justificação de seu pensamento.³

Sob esta perspectiva, em primeiro lugar deve-se desde logo assentar que o presente estudo será estruturado sob o enfoque da dogmática jurídica. Isto significa que determinadas premissas, eleitas arbitrariamente pelo pesquisador, vincularão e nortearão todo o trabalho científico. É a partir delas – e dos postulados em que elas se baseiam – que os argumentos apresentados se articularão e sustentarão as conclusões. Assim, na esteira do que adverte

¹ Trata-se de opção que se contrapõe àquelas especulações fundadas no senso comum, que tem como características “[...] ser assistemático, por não possuir nexo com outros conhecimentos; por não perfazer uma sistematização; ambíguo, pois traz sobre uma mesma explicação às vezes realidades diferentes; é também eminentemente prático, ou seja, não perceptivo, não produz teorias explicativas e por fim casual, de maneira que o adquirimos à medida que as circunstâncias o vão ditando no limite dos casos isolados.” ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.

² Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

³ “Para que o desenvolvimento e a exposição de uma teoria seja factível, devem ser reconhecidos e cumpridos muitos requisitos específicos. A totalidade dos fatores que preenchem esses requisitos pode ser chamada de quadro referencial, maxis precisamente, quadro referencial teórico. [...] O quadro referencial como quadro teórico designa a totalidade de todos aqueles quadros referenciais específicos (pensa-se principalmente no quadro referencial lingüístico, no lógico, no semântico, no conceitual, no ontológico) que de uma ou outra maneira constituem os componentes irrenunciáveis de um quadro referencial compreensivo pressuposto de uma teoria. [...] Dentro de ou por intermédio de um quadro referencial teórico se faz referência a algo.” PUNTEL, Lorenz Bruno. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2008. p. 27-30.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, referidas premissas não serão objeto de questionamento, mas serão tidas como verdades absolutas.⁴

Nesta linha, este trabalho buscará empreender uma crítica à forma como determinados institutos do *common law*, em especial do precedente judicial, têm sido equivocadamente importados e incorporados ao ordenamento processual civil brasileiro. Referida crítica será realizada dentro do contexto do neoconstitucionalismo e sob o paradigma pós-positivista (com especial ênfase na teoria estruturante de Friedrich Müller). Por fim, mas não menos importante, esta pesquisa apoiar-se-á na ideia da supremacia da lei e da Constituição.

Portanto, o primeiro capítulo deste trabalho realizará breve análise de cada uma das premissas supra referenciadas, a saber, (i) o paradigma pós-positivista (diferenciando-o do fenômeno do neoconstitucionalismo); (ii) a teoria estruturante de Friedrich Müller; e (iii) a supremacia da lei e da Constituição.

1.1 O paradigma pós-positivista: o direito enquanto linguagem

Uma análise do paradigma pós-positivista pressupõe, necessariamente, uma breve digressão a respeito do paradigma filosófico do positivismo jurídico. Não há como se reportar ao pós-positivismo sem que antes se faça uma incursão às suas origens históricas e dogmáticas.

A expressão “positivismo” foi cunhada por Augusto Comte, por ocasião da publicação de seu *Cours de la Philosophie Positive* (Curso de Filosofia Positiva) entre os anos de 1830 e 1842.⁵ No âmbito das ciências naturais, a expressão tinha por finalidade designar a pretensão de integrar todo o conhecimento humano por meio da metódica empírica exata, isenta de quaisquer influências metafísicas e transcendentais.

De outro lado, no âmbito da ciência jurídica, a expressão “positivismo” passou a designar postura metodológica empregada para análise e investigação do fenômeno jurídico. Em outras palavras, pode-se dizer que o positivismo jurídico estabelece os pressupostos

⁴ “Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrarias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isto podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de princípio da proibição da negação, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda princípio da inegabilidade dos pontos de partida.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 48.

⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 94-95.

metodológicos (objeto e método) fundamentais para se estudar e compreender a ciência jurídica, sem os quais o estudo científico do direito fica inviabilizado.

Deste modo, o *objeto* do paradigma positivista é o direito positivo, assim entendido como o conjunto de regras e normas que rege o convívio humano em um determinado contexto histórico, social e territorial.⁶ Ao contrário do que comumente se pensa, o positivismo é postura científica que não se limita à análise apenas e tão somente da lei (texto normativo). Isto porque, conforme bem adverte Lenio Luiz Streck, o direito posto (que ele denomina de “legalismo”) possui “notas distintas”, a depender do local e tradição jurídica dentro do qual referido fenômeno se manifesta:

É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, que está na raiz da chamada “Jurisprudência dos Conceitos”).⁷

Ao fazer referência às distintas notas que o legalismo (direito posto) possui, Lenio Streck pretende advertir o leitor para a existência de variada gama de teorias positivistas que, embora possuam diferentes denominações, refletem, no fundo, a mesma postura metodológica do paradigma positivista. Assim é que, a depender da teoria positivista que se adote, o objeto de estudo se altera, ora em torno dos códigos novecentistas (positivismo legalista ou exegetico), ora em torno da norma jurídica (positivismo normativista), ora em torno do conceito de regra (positivismo hartiano), ora em torno do conjunto de decisões proferidas pelos tribunais (realismo jurídico).

Todas estas posturas metodológicas, aparentemente distintas, têm por objeto a mesma coisa, qual seja, a análise do direito posto isenta de qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo, limitando-se a descrever e organizar o direito produzido pelo convívio humano.

De outro lado, no que se refere ao *método*, o positivismo jurídico é marcado por uma rigorosa separação entre a ciência jurídica e as práticas jurídicas efetivas. Isto significa que, para o paradigma positivista, o direito posto basta a si mesmo, de modo que ele dispensa a utilização de elementos ideológicos, psicológicos ou políticos para análise do fenômeno do

⁶ Para uma análise da diferença entre os conceitos de “direito positivo” e “positivismo” cf. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

direito. É por esta razão que se diz que o juspositivismo procura, ao máximo, distanciar-se da moral, conforme bem acentua Friedrich Müller:

Questões de conteúdo não podem desempenhar nenhum papel para esse conceito de direito positivo, normas naturais ou éticas não têm nenhum interesse para ele. Essa despedida rigorosa do direito natural foi formulada pelo Tribunal do Reich (*Reichsgericht*) em 1928 nos seguintes termos: “O legislador é senhor de si mesmo (*selbstherrlich*) e não está vinculado a nenhuma barreira exceto às que ele mesmo levantou para si na Constituição ou em outras leis” (RGZ 118,327).⁸

Para as posturas positivistas, portanto, o direito tem validade independentemente do conteúdo que ele regulamenta. A validade do direito, portanto, condiciona-se única e exclusivamente à rigorosa obediência a determinados requisitos formais previstos pelo ordenamento jurídico.⁹ Neste sentido, a ciência jurídica assume um caráter de autorreferência, ou seja, é o próprio direito que define aquilo que é ou não é direito.¹⁰

De forma resumida, pode-se dizer, com apoio na doutrina de Lenio Luiz Streck, que as diferentes matizes positivistas têm em comum, em maior ou menor grau, três caracteres, quais sejam, as fontes sociais do direito; a separação entre direito e moral; e a discricionariedade judicial delegada aos juízes na aplicação do direito (principalmente na solução dos *hard cases*).¹¹

Com efeito, ao mencionar as fontes sociais do direito, Streck se refere à autoridade competente estatal que produz as regras e normas do convívio social (direito posto). No positivismo, portanto, o direito posto reflete um determinado tipo de estatismo.

A separação entre direito e moral, conforme já se afirmou, reflete uma postura de suposta neutralidade e autossuficiência do direito, de modo que a validade do direito posto não é condicionada a qualquer tipo de valoração psicológica, ideológica ou moral.

Por fim, Streck afirma que o paradigma positivista é marcado por uma acentuada discricionariedade conferida ao julgador na solução de casos difíceis e às incertezas da

⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

⁹ Daí a explicação da pirâmide kelseniana, segundo a qual toda norma tem fundamento em outra hierarquicamente superior, todas fundadas na Constituição, que, por fim, se apóia na norma hipotética fundamental (*Grundnorm*).

¹⁰ Cf. ABBUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 509.

linguagem em geral. Isto significa que, na solução dos *hard cases* – aqueles nos quais o juiz não encontra no ordenamento jurídico uma regra ou norma preestabelecida adequada a solucionar o caso concreto – o positivismo delega ao julgador uma margem de discricionariedade para extrair (*rectius*: escolher) a melhor interpretação para resolver o caso.¹²

Entre o final do século XIX e o alvorecer do século XX, aqueles que de algum modo se preocupavam com a determinação de um novo paradigma para o direito passaram a se dar conta de que o arcabouço teórico dos diversos tipos de positivismos mostrou-se insuficiente para lidar com as diversas situações e vicissitudes que o fenômeno jurídico apresenta, em especial com a indeterminabilidade do direito e a discricionariedade judicial.¹³

É neste contexto que emergem inúmeras tentativas de superação das diversas matizes positivistas, que ficaram conhecidas como “discursos antipositivistas”: a Escola do Direito Livre, o sociologismo jurídico, a escola da análise econômica do direito, entre outras. E, em meio a um emaranhado de discursos *antipositivistas*, surge uma teoria *pós-positivista*.

Com efeito, a expressão “pós-positivismo” foi empregada pela primeira vez pelo jusfilósofo alemão Friedrich Müller por ocasião da publicação da primeira edição de sua obra *Juristische Methodik* (Metodologia Jurídica) em 1971.¹⁴

Müller busca apresentar o paradigma pós-positivista (isto é, em que medida o positivismo jurídico se mostra insuficiente para lidar com o fenômeno jurídico em sua integralidade) respondendo a uma pergunta: o que é a “lei” e o que é, portanto, a “norma jurídica”?

Ao analisar os mais variados discursos positivistas, bem como aqueles que supostamente tentaram de alguma forma superá-lo, Müller chega à conclusão que, em última análise, toda e qualquer postura positivista considera a lei como algo inquestionavelmente dado: leis são meros caracteres sobre o papel dos textos legais.¹⁵

¹² “Para ser mais específico e para evitar malentendidos: Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade, da axiologia, da ideologia, etc. Ou seja, se Kelsen faz essa aposta nesse ‘nível’, as diversas teorias (semânticas e pragmaticistas) apostam na discricionariedade a ser feita ‘diretamente’ pelo intérprete/juiz.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

¹³ “Naquelas vertentes teóricas em que se nota uma preocupação com a determinação de um novo paradigma para o direito, parece haver certo consenso quanto ao esgotamento teórico dos modelos positivistas de teoria do direito. Mas, ao mesmo tempo, há uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de predomínio do positivismo (ou dos positivismos).” STRECK, Lenio Luis. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 501.

¹⁴ A obra encontra-se atualmente em sua 13ª edição e não foi traduzida para o português: MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik – Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. v. 1.

¹⁵ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.

Para superar referida postura metodológica, ao invés de um paradigma *antipositivista*, Müller propõe o desenvolvimento de um paradigma *pós-positivista*, isto é, sem totalmente desconsiderar e desconstruir todo o arcabouço teórico erigido pelo juspositivismo. Esta, aliás, é uma tendência aferível nas mais diversas correntes pós-positivistas que, pontuando as deficiências do positivismo, buscam, cada uma a sua maneira, superá-las.¹⁶

Assim, não há um desprezo pelo texto da lei (direito posto) no paradigma pós-positivista. Pelo contrário, para o pós-positivismo, o direito é concebido como um processo a ser realizado no tempo a partir dos enunciados legais contidos nas codificações. Os textos de norma passam a ser vistos como pontos de partida de um processo de concretização, isto é, como enunciados de lei com “significância”, mas ainda despidos de “significado” (cuja delinação dar-se-á ao longo do processo de decisão):

[Uma teoria pós-positivista] concebe o trabalho jurídico como um *processo* a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações como *textos de normas* (no sentido da lingüística moderna (i.e., pragmática), como “formulários de textos”, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com “significância”, mas ainda não com “significado”), i.e., como *pré-formas* legislativas da norma jurídica, que por sua vez *está para ser produzida* no decurso temporal da decisão. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”.¹⁷

O pós-positivismo, assim, analisa o fenômeno jurídico a partir da perspectiva da concretização, de modo que seu foco metodológico desloca-se para a *decisão judicial*, em contraposição à postura positivista, cujo foco reside na teoria da legislação.

São por estas mesmas razões – isto é, compreensão do fenômeno jurídico como processo de concretização voltado à teoria da decisão judicial – que uma posição pós-positivista se volta a questões relacionadas à aplicação e práxis jurídicas. Nesta nova perspectiva, o direito deixa de ser visto como um sistema de normas coerente e racional voltado ao processo de subsunção realizado por meio dos ditames da lógica formal:

¹⁶ Lenio Streck aponta pelo menos quatro correntes jusfilosóficas que podem ser identificadas como pós-positivistas, a saber: (i) pós-positivismo de matriz analítica, presente na obra de Robert Alexy; (ii) pós-positivismo de cunho discursivo-comunicacional, que se manifesta na obra de Jürgen Habermas; (iii) pós-positivismo de matriz estruturante, presente na obra de Friedrich Müller; (iv) pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológico, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e na própria teoria de Streck. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 503.

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 10-11.

Com isso, dualismos irrealistas do passado do direito, tais como “norma/caso”, “direito/realidade” podem ser aposentados assim como a ilusão da “aplicação” do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo ou enquanto a construção linguisticamente não realizável de um “limite do teor literal” definível, coisificado na linguagem.¹⁸

Assim, é possível dizer que o pós-positivismo é um paradigma indutivo, lingüístico e com uma dimensão pragmática. Ele é indutivo, pois desenvolve seus esquemas conceituais teóricos a partir da práxis jurídica.¹⁹ Em outras palavras: não é o direito posto que deve prever todas as possibilidades de vivência no mundo jurídico, mas é a própria práxis, por meio do processo de concretização, que formula o arcabouço teórico da norma jurídica.

Ao se referir ao pós-positivismo como um paradigma lingüístico, quer-se dizer que, no plano filosófico, referido paradigma se assenta na filosofia da linguagem²⁰ (em contraposição à filosofia da consciência) e que não há como se conceber uma metódica pós-positivista sem se reconhecer a complexidade da linguagem do direito e da decisão judicial. Isto significa

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 11.

¹⁹ Ibid., p. 11. – “Esse novo paradigma é indutivo, à medida que desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica: partindo da práxis, dos problemas do próprio universo jurídico, sem “dedução” filosófica ou “transferência” de cima e sem colonização por visões de mundo advindas de fora. Ele é indutivo por trabalhar de *baixo para cima*: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com seu entorno social. A partir daí ele desenvolve, em contato com essa realidade, gradualmente esquemas conceituais teóricos.”

²⁰ “[...] é importante referir que a reviravolta lingüística vai se concretizar como uma nova concepção da constituição de sentido. Esse sentido não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação, mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades lingüísticas, sempre comunicamos reciprocamente, assinala D. Böhler, citado por Manfredo Araújo de Oliveira, que acrescenta que essa virada rumo à explicitação de um caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana tem forte sustentação em Wittgenstein, cuja posição é próxima da nova hermenêutica de matriz heideggeriana. Tanto em Wittgenstein como em Heidegger, a linguagem passa a ser entendida, em primeiro lugar, como ação humana, ou seja, a linguagem é o dado último enquanto a ação é uma ação fática, prática. Precisamente enquanto práxis interativa, ela não pode ser explicada como produto de um sujeito solitário, como ação social, mediação necessária no processo intersubjetivo de compreensão. É justamente aí, diz Araújo, que ocorre a mudança de paradigma: ‘o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem *não é do sujeito isolado, ou da consciência do indivíduo*, que é o ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade, *mas a comunidade de sujeitos em interação*. A linguagem, enquanto práxis, é sempre uma práxis comum realizada de acordo com regras determinadas. Estas regras não são, contudo, convenções arbitrárias, mas são originadas historicamente a partir do uso das comunidades lingüísticas; são, portanto, costumes que chegam a tornar-se fatos sociais reguladores, ou seja, instituições. Tantas são as formas de vida existentes, tantos são os contextos praxeológicos, tantos são, por conseqüência, os modos de uso da linguagem, numa palavra, os jogos de linguagem. As palavras estão, pois, sempre inseridas numa situação global, que norma seu uso e é precisamente por esta razão que o problema semântico, o problema da significação das palavras, não se resolve sem a pragmática, ou seja, sem a consideração dos diversos contextos de uso. Poder falar significa ser capaz de inserir-se num processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de sua realização’ [...]” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

aceitar que o fenômeno jurídico só pode ser compreendido tendo-se em mente a polissemia natural da linguagem e a plurissignificância de semântica das frases, do texto e do contexto.²¹

De outro lado, a dimensão pragmática do pós-positivismo se manifesta no fato de que referida postura metodológica visa uma argumentação e decisão integral, “[...] cujo processo pode ser mentalmente refeito (isto é, controlado por outros juristas, outros juízes/tribunais) e que tem natureza igualitária, com base e no quadro do direito vigente – e nisso sempre amparado nos fatos do caso individual.”²²

Verifica-se, portanto, que as teorias pós-positivistas buscam, genericamente falando, romper com dois grandes postulados do positivismo conceitual, quais sejam, as fontes sociais do direito (direito posto/estatalismo) e a rigorosa separação entre direito e moral.

Neste sentido, o pós-positivismo volta sua atenção à questão da indeterminabilidade do direito (isto é, a solução constitucionalmente adequada de casos difíceis) e da construção de uma teoria da decisão que supere a concepção silogística de sentença:

*La teoria positivista como teoria del derecho es incompleta porque necesita una teoría de adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que há prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles.*²³

No que tange à reaproximação do direito e a moral, o pós-positivismo é cômico de que a moral, embora não vincule juridicamente o intérprete, influencia e regula o comportamento interno das pessoas, de modo que as valorações morais não podem ser integralmente desprezadas.²⁴

Por fim, de forma mais específica, pode-se dizer que o paradigma do pós-positivismo assenta-se em quatro postulados²⁵, a saber, (i) a diferença entre texto e norma; (ii) a superação do silogismo como forma de solução de questões jurídicas; (iii) o reconhecimento de que a

²¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 12.

²² Ibid., p. 13.

²³ CASAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 212, 1998.

²⁴ “Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a cooriginariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta ‘regulação’ não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 509-510.

²⁵ Cf. ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 53, p. 11, jan. 2013.

interpretação do direito não equivale à vontade da lei ou do legislador; (iv) o reconhecimento da norma como produto de um processo de concretização, alcançável no caso concreto mediante fusão de dados lingüísticos, extralingüísticos e históricos.

1.2 Pós-positivismo não é neoconstitucionalismo

Assentadas as bases conceituais do pós-positivismo, deve-se desde logo estabelecer que referido paradigma não se confunde e não pode ser equiparado ao fenômeno denominado neoconstitucionalismo.

Acentuar esta circunstância é crucial: não apenas porque é possível encontrar no meio doutrinário quem realize uma indevida associação entre estes dois fenômenos²⁶, mas principalmente porque a adoção de um ou outro posicionamento conduz a referenciais teóricos distintos e a conclusões práticas igualmente diversas.

Com efeito, como é cediço, o constitucionalismo consubstancia-se em fenômeno histórico, com raízes na Idade Média, cujo desenvolvimento teórico teve por objetivo a limitação do Poder Público.²⁷ Assim, ao se analisar a história do desenvolvimento do constitucionalismo inglês, verificar-se-á que a Carta Magna de João Sem Terra de 1215, embora de acentuado caráter conservador, impunha limitação ao poder real e absoluto dos monarcas.²⁸ De fato, o art. 39 da Carta Magna dispunha que “[...] nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído [...] a não ser pelo julgamento legal de seus pares ou de acordo com as leis da terra (*law of the land*).”²⁹

Logo, é possível afirmar que o embrião da cláusula do devido processo (*due process*) foi uma primeira tentativa de se coibir os excessos do Poder Público. A referência a uma “primeira tentativa” é proposital, já que o constitucionalismo é fenômeno cuja compreensão

²⁶ Cf., por exemplo: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, p. 129, jan. 2007.

²⁷ Cf. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 251.

²⁸ “Embora a *Magna Charta* fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional.” NERY JUNIOR; Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 78.

²⁹ No original: “39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.*” JENNING, Ivor apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 78.

somente se dá por meio de uma perspectiva histórica. Em outras palavras: o constitucionalismo não é um movimento ou uma teoria desenvolvida em determinado lapso temporal por um grupo de juristas. Trata-se, em verdade, de fenômeno cujo desenvolvimento se deu ao longo de muitos séculos de ensaio e de erros.³⁰

A história e desenvolvimento do constitucionalismo se confunde com a história e formação do Estado Moderno³¹, que se consolida com a centralização do poder e o surgimento das Constituições.

Neste sentido, grosso modo e de forma um tanto quanto reducionista, pode-se dizer que o constitucionalismo consubstancia-se em fenômeno político-jurídico que visou à limitação do exercício do poder e a conseqüente delimitação e distribuição de competências dentro da estrutura do Estado Moderno.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, constitui-se em movimento cuja preocupação é explicar as Constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, acontecimento na historiografia ocidental que representou um marco na consolidação de uma nova ordem social, política e jurídica:

Recentemente, o marco histórico mais importante para a evolução do constitucionalismo diz respeito à 2ª Guerra Mundial. O final da Segunda Guerra Mundial representa um marco para a composição de uma nova ordem social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por Mario Losano de direito pós-bélico. Na atual quadra de nossa história, o direito adquire importante função como instrumento democratizador do processo civilizatório dos povos, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, quando se consolidou a crença de que nem todo conteúdo poderia ser direito, e algumas garantias deveriam ser asseguradas em qualquer regime constitucional.³²

O neoconstitucionalismo, em verdade, representa uma *continuação*, sob uma nova perspectiva, do constitucionalismo que buscou coibir os excessos e arbitrariedades do Poder Público e a distribuição de competências dentro da estrutura estatal. Deste modo, as Constituições que surgiram após o final da Segunda Guerra Mundial não se limitam mais a

³⁰ Cf. CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 11 et seq.

³¹ “Tanto na Inglaterra quanto no Continente Europeu é possível, ainda que não ao mesmo tempo, vislumbrar a mesma evolução de sistema até se alcançar o Estado Constitucional atual. Essa passagem é representada no seguinte vetor evolutivo: monarquia – feudalismo – absolutismo – parlamento – Constituição.” ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 252.

³² Ibid., p. 253-254.

apenas estabelecer a separação de poderes ou delimitar as competências do Poder Público³³, mas passam a positivar uma série de garantias fundamentais, estabelecendo *limites* para a *legítima* atuação daquele mesmo Poder Público. Esta circunstância é bem explicitada por Lenio Streck:

Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação [...].³⁴

De se registrar que Lenio Streck denomina o fenômeno do neoconstitucionalismo de “Constitucionalismo Contemporâneo”, a fim de evitar ambigüidades teóricas e mal-entendidos cometidos pela doutrina nacional.³⁵

Em sentido mais ou menos conforme com aquele apresentado por Lenio Streck, o constitucionalista mexicano Miguel Carbonell Sánchez aduz ser possível analisar o

³³ Neste sentido, precisa a lição de Paulo Bonavides, ressaltando, todavia, que as idéias do “velho” constitucionalismo permanecem hígidas: “Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e de conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social. Organizar os poderes e traçar a linha das competências indispensáveis ao seu correto e efetivo funcionamento fora anteriormente a preocupação das forças e correntes mais conservadoras que circulavam no constitucionalismo da idade liberal [...]; tal preocupação, todavia, ainda se exprime no pensamento constitucional.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 620.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³⁵ Ibid., p. 35-37 (grifo do autor) - “Já de início devemos atentar para a seguinte questão: o termo ‘neoconstitucionalismo’ pode ter-nos levado a equívocos. [...] Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis –, embora tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar um recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano [...]. Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* ‘neoconstitucionalismo’ certamente é motivo de ambigüidades teóricas e até de mal-entendidos. [...] Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.”

neoconstitucionalismo em três diferentes níveis, quais sejam, os textos constitucionais, a prática jurisprudencial e seus desenvolvimentos teóricos³⁶.

Com efeito, os textos constitucionais do pós-guerra contêm um elevado número de normas que condicionam a atuação do Estado por meio do estabelecimento de determinados limites e finalidades. Referidos textos constitucionais passam também a prever um amplo catálogo de direitos fundamentais, circunstância que denota uma mudança na forma como se dão as relações entre os particulares e o Estado.

A atuação dos juízes e Tribunais pressupõe também significativa mudança no paradigma neoconstitucionalista. Com efeito, o julgador passa buscar o fundamento de suas decisões não apenas na lei, mas na Constituição, seja por meio do próprio texto constitucional, seja por meio da aplicação de princípios constitucionais. Os direitos fundamentais passam a ser aplicados a partir de sua eficácia horizontal (*Drittwirkung*), de modo que as relações privadas passam a estar vinculadas à Constituição.³⁷ Há, ainda, uma preocupação dos juízes em trabalhar com “valores” constitucionalmente positivados, circunstância que requer uma hermenêutica capaz de aplicá-los de forma motivada, dotando-os de conteúdos normativos concretos.

O neoconstitucionalismo também pode ser compreendido por meio do desenvolvimento de novas perspectivas doutrinárias, muitas delas produzidas em diferentes tradições jurídicas e culturais. Dentre as contribuições teóricas, Carbonell destaca a teoria dos princípios de Ronald Dworkin³⁸ e a técnica da ponderação construída por Robert Alexy³⁹.

Verifica-se, portanto, que o fenômeno do neoconstitucionalismo não pode ser confundido ou equiparado ao paradigma do pós-positivismo, conforme bem adverte Georges Abboud:

Para diversos autores, o *neoconstitucionalismo* desenvolve-se sob o paradigma *pós-positivista*, que, por sua vez, se estrutura sob a base do giro lingüístico [...]. Contudo, é importante não se confundir *neoconstitucionalismo* com pós-positivismo. O *neoconstitucionalismo* reside em um fenômeno político-jurídico surgido após o pós-guerra e que consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro ontológico-lingüístico [...]. Desse modo, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma *pós-positivista*, faz-se necessário elaborar-se

³⁶ Cf. CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 9-12.

³⁷ Para uma análise a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 229 et seq.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

justamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção. Portanto, a simples alegação de que determinada teoria está embasada no *neoconstitucionalismo* em nada assegura que ela esteja desenvolvendo-se com fundamento no paradigma pós-positivista. Por conseguinte, não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se esta ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico de cariz kelseniano [...].⁴⁰

A advertência realizada por Abboud é pertinente, não apenas para os desideratos deste trabalho, mas para assegurar a própria coerência e integridade da teoria do direito genericamente considerada. Isto porque – e aqui valemo-nos das lições de Lenio Streck – cada um destes fenômenos funda-se em uma espécie de quadro referencial, no interior do qual se construirão e desdobrarão os significados dos conceitos básicos de cada uma das teorias.⁴¹

Assim, por exemplo, assumir que determinado trabalho desenvolve-se sobre o paradigma neoconstitucionalista não significa necessariamente a superação de determinados postulados do positivismo (norma de cariz kelseniano, decisão judicial como silogismo produto de um processo de subsunção, equiparação dos conceitos de texto e norma jurídica, rigoroso distanciamento entre direito e moral).

Reconhecer que as bases históricas e teóricas do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo são distintas – e que, portanto, constituem-se em fenômenos distintos – significa evitar indevidas mixagens teóricas que, no limiar, podem colocar em xeque a validade de toda a construção teórica empreendida.

Neste ponto, deve-se desde logo consignar que a adoção tanto do paradigma pós-positivista quanto dos postulados do neoconstitucionalismo – como este trabalho pretende fazer – não se afigura uma contradição em si. O problema, conforme se buscou elucidar neste tópico, é equiparar ambos os fenômenos (como se tivessem as mesmas bases históricas e teóricas) ou assumir determinada postura sem efetivamente utilizar e aplicar os postulados inerentes àquela mesma postura.

1.3 A teoria estruturante de Friedrich Müller

Com a finalidade de superar os postulados do paradigma positivista, Friedrich Müller busca desenvolver uma nova teoria da norma jurídica e, com isto, “[...] fazer com que as

⁴⁰ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 47-51. (grifo do autor).

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 507.

descobertas doutrinárias até hoje empreendidas sobre questões de método adquiram maior serventia para a dogmática e práxis jurídicas.”⁴²

A metódica estruturante é apresentada em obra que discorre sobre o nexo existente entre epistemologia, compreensão da norma e questões práticas do direito. É a partir da análise inter-relacionada destes elementos que Müller busca uma redefinição do conceito de norma e a superação do paradigma juspositivista.

Para tanto, o jusfilósofo alemão constrói sua teoria estruturante a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*).⁴³ Esta circunstância denota que a construção teórica de Müller é eminentemente indutiva, isto é, trabalha com raciocínio no qual as premissas (os casos concretos julgados pelo Tribunal Constitucional) têm caráter menos geral do que as conclusões a que chega (a própria metódica estruturante). Neste sentido é a observação feita pelo constitucionalista francês Olivier Jouanjan:

Não se trata de formular a teoria para deduzir dela em seguida as consequências jurídicas práticas: agindo dessa maneira se é levado por necessidade a fundar esta teoria em condições filosóficas ou epistemológicas gerais. [...] Ao contrário, o ponto de partida fundamental da teoria estruturante do direito está localizado no seu procedimento indutivo. [...] À diferença da teoria pura do direito ou da fenomenologia, a teoria estruturante do direito não busca apoiar com força uma das correntes da teoria da ciência encontrada no domínio jurídico. Contrariamente a este tipo de transposições, de forma necessariamente dedutiva, a teoria estruturante do direito se esforça em partir, de maneira indutiva, de problemas práticos. [...] O enfoque indutivo consiste, portanto, em uma análise crítica (e o ponto crítico é fornecido pelos princípios do direito em vigor) da prática jurídica real.⁴⁴

Com efeito, ao analisar detidamente a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, Friedrich Müller constatou que não há uma sistematização (*rectius*: coerência) na interpretação da

⁴² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 7.

⁴³ “Derrotada nas duas Grandes Guerras, berço da experiência nazista e tendo visto a Constituição republicana de Weimar ter existência curta, a Alemanha somente conheceu um desenvolvimento constitucional em termos modernos a partir do fim da Segunda Guerra e o correlato estabelecimento da Lei Fundamental de Bonn [*Grundgesetz*], de 1949. Em que pese a ausência de uma Assembléia Constituinte democraticamente eleita e/ou de um referendo popular visando a ratificação do texto, a Lei Fundamental alemã contribuiu de forma significativa para a reconstrução da Alemanha pós-1945. [...] E dentro deste cenário de ressurgimento, papel de destaque assumiu o Tribunal Federal Constitucional. Com efeito, até 1949 com a Lei Fundamental, a Alemanha não havia conhecido uma jurisdição constitucional autônoma, elemento hoje consensualmente aceito como de singular importância na consolidação de uma democracia constitucional. Foi somente a partir de 1951, com a instituição da Corte que já estava prevista, especialmente nos arts. 92 a 94 da Lei Fundamental, que de fato o processo de concretização do Texto Constitucional alemão de 1949 teve início.” SANTOS, Rodrigo Mioto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. 2006. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. p. 46-47.

⁴⁴ JOUANJAN, Olivier apud MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 219-220.

Constituição alemã por parte da Corte. Em algumas oportunidades, Müller verificou que o Tribunal Constitucional chegou inclusive a se contradizer ao interpretar o texto constitucional.⁴⁵

A partir desta constatação, o jusfilósofo alemão desenvolve sua teoria estruturante em duas etapas: em um primeiro momento, descreve e examina os enfoques tradicionais de interpretação até hoje existentes (que concebem como opostos “ser/dever-ser”, “suporte fático/consequência jurídica”, “norma/realidade”); e, em um segundo momento, Müller desenvolve, a partir da análise da jurisprudência da Corte Constitucional, uma nova concepção de efetivação da norma jurídica (isto é, método de concretização que abrange fatores da realidade e do texto normativo).

Ao analisar a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, Müller se deparou com a utilização recorrente e não sistematizada de quatro principais concepções tradicionais de interpretação, quais sejam, o método silogístico, as teorias objetiva/subjetiva, a clássica teoria de Savigny e a tópica desenvolvida por Theodor Viehweg – todas, à sua maneira, arraigadas aos postulados do paradigma positivista.

O método silogístico compreende o processo de interpretação e aplicação do direito como produto do conflito emergente entre as circunstâncias fáticas do caso concreto e a correspondente norma jurídica que o regulamenta.⁴⁶ Trata-se de método calcado em um procedimento – quase que automático – de subsunção da hipótese normativa (equiparada ao texto da lei) ao caso concreto. Neste sentido, o texto normativo (ou texto constitucional) é tido como premissa maior, o caso concreto e as peculiaridades que o circundam como premissa menor e a decisão judicial a conclusão.

O problema na utilização deste método – em especial na interpretação da Constituição – é que ele, para além de excessivamente reducionista e simplista, não dá conta da realidade das normas jurídicas em geral (e das normas constitucionais em específico), por demais complexas e suscetíveis aos influxos das mudanças sociais e valorativas da sociedade.

⁴⁵ “De qualquer modo, para o direito constitucional da atualidade, a insuficiência dessa compreensão da norma e do nexa da norma se esclarece implicitamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Apesar de múltiplas manifestações de adesão aos ‘métodos’ convencionais da interpretação, o tribunal utiliza em larga escala pontos de vista que não são compatíveis nem com os *cânones* individuais nem com a concepção de norma, que lhes subjaz [...]. As declarações da Corte Constitucional Federal de que ela estaria vinculada a uma doutrina tradicional de interpretação [...] são não raro sorrateiramente contraditas pela própria prática de interpretação da Corte.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-26 e 145-146.

⁴⁶ “Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a primeira imagem que nos vem à mente é a de uma operação dedutiva em que (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo como premissa menor; e (c) a conclusão, como ato decisório *stricto sensu*.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 330.

Demais disto, o método silogístico parte da premissa da rigorosa separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade.⁴⁷ É como se o mundo normativo fosse composto isoladamente de textos legais a serem “acoplados” aos casos concretos, igualmente considerados como um mundo isolado das hipóteses normativas.⁴⁸

Esta absoluta separação entre norma e fatos, direito e realidade, própria do método silogístico, impede que os enunciados jurídicos – em especial as normas constitucionais de direitos fundamentais – resolvam satisfatoriamente os problemas decorrentes dos casos concretos.⁴⁹

Em um segundo momento, Müller observa que o *Bundesverfassungsgericht* também se utiliza largamente das teorias objetiva e subjetiva. De maneira superficial, pode-se dizer que os partidários da teoria objetivista afirmam que a interpretação da norma deve perquirir a *mens legis*, isto é, a vontade da lei. Por outro lado, os adeptos da teoria subjetivista afirmam que a interpretação normativa deve se dar com base na *mens legislatoris*, vale dizer, na vontade do legislador à época da criação do texto normativo. Estas duas correntes são bem delineadas por Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma que lhe é fundamental), é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela posituação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbítrio social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação.⁵⁰

⁴⁷ “Positivismo jurídico nesse sentido não é apenas a teoria do direito [...]. Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto ‘a ser subsumido’, iguala-se a relevância jurídica à construtividade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à ‘aplicação’ e ‘execução’ de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

⁴⁸ Ibid., p. 21 - “A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se relacionarem; um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.”

⁴⁹ Ibid., p. 25.

⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 268.

Embora cada uma destas correntes tenha ainda seus ferrenhos defensores, nenhuma delas se presta a subsidiar a construção de uma nova teoria da norma jurídica, seja porque se funda em postulados do positivismo jurídico, seja, ainda, porque não oferece segurança na interpretação da norma jurídica, especialmente da norma constitucional.

Com efeito, no processo de interpretação, o que vale mais: a vontade da lei ou do legislador? Qual a relevância em se descobrir a intenção do legislador ao elaborar o texto normativo? É possível descobrir a “vontade” da lei? É factível desvelar o “espírito” de uma lei?⁵¹ Todas estas questões demonstram, de forma genérica, as fragilidades e inconsistências de cada uma destas correntes.⁵²

Assim, ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Müller constata que ora a Corte reconhece que a vontade do legislador (*mens legislatoris*) não é decisiva no processo de interpretação, ora se utiliza da “vontade objetivada” da lei (*mens legis*) como medida da interpretação. Demais disto, ambas as correntes acabam por desconsiderar a parcela de facticidade social inerente à norma jurídica.⁵³

De certa forma, as ponderações de Müller demonstram que a discussão envolvendo as concepções subjetivista e objetivista deságua no debate – objeto de sua metódica estruturante – acerca das dicotomias “lei/direito”, “texto/norma”, “ser/dever-ser”.⁵⁴

O Tribunal Constitucional Federal, ao interpretar a Constituição, também se utilizava largamente dos cânones interpretativos de Savigny – maior expoente da Escola Histórica do Direito⁵⁵ –, quais sejam, os métodos gramatical, lógico, sistemático e

⁵¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 125.

⁵² Tércio Sampaio Ferraz Júnior elenca de forma específica as críticas e inconsistências de cada uma das correntes. Ver, para tanto: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 268-269.

⁵³ “Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal se afirma com razão que a vontade subjetiva do legislador (constituente) histórico não é decisiva, ao passo que a sua ‘vontade objetivada’ é considerada a medida da interpretação (da constituição). Abstraindo da falta de coerência dessa jurisprudência, o conceito de vontade foi revisto pelo próprio Tribunal Constitucional Federal. Muitas vezes as normas, justamente as constitucionais, não fornecem nada mais do que pontos de referência de concretizações possíveis. Sobretudo a ‘vontade objetivada’ não é, em princípio, nada mais do que o teor material normatizado de uma prescrição relativa à questão jurídica pendente, a ser concretizado do modo mais racional possível. Por fim, o discurso da ‘vontade’ do legislador (constituente) na prática serve não raras vezes de substitutivo postulatório de argumentos, como fórmula aparentemente normativa. A ‘vontade’ do legislador deveria, caso invocada, ser verificada de modo fundamentado. Se, porém, o recurso à psicologia historicizante está impossibilitado por bons motivos, a fundamentação somente poderá advir do teor normativo materialmente determinado, tornando dessarte supérflua a metáfora da vontade. Cedo a sociologia do direito já chamou a atenção para o fato de que a compreensão do enunciado de direito como vontade do legislador desconhece a parcela de facticidade social presente no teor da norma.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 22-23.

⁵⁴ Cf. STRECK, op. cit., p. 126.

⁵⁵ Para uma análise da Escola Histórica do Direito, confira WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 397 et seq.

histórico.⁵⁶ Embora Müller não descartasse por inteiro a utilização dos métodos de Savigny na interpretação do texto normativo⁵⁷, não se pode deixar de reconhecer que referidos cânones, para além de terem sido criados em uma época de preponderância do direito privado (visavam à interpretação do direito civil)⁵⁸, também separavam direito e realidade.⁵⁹

Friedrich Müller também constatou que o *Bundesverfassungsgericht* por diversas vezes se utilizou da tópica na interpretação da Constituição. Embora tenha origem na Antiguidade⁶⁰, o pensamento tópico ganhou força e destaque no campo jurídico com a publicação, em 1953, de “Tópica e Jurisprudência” (*Topik und Jurisprudenz*), obra do jusfilósofo alemão Theodor Viehweg.

A tópica caracteriza-se por uma técnica de pensamento que se volta para a solução de problemas a partir de pontos de vista argumentativos (*topoi*). Trata-se de um modo de pensar problemático, que permite abordar os problemas por meio de pontos retóricos de partida para se chegar à solução adequada e justa do caso concreto.⁶¹ Neste sentido, a tópica constituiria na

⁵⁶ “Savigny, numa fase de seu pensamento anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. A alusão ao verbo dizer nos faz ver que Savigny estava preocupado com o significado textual da lei. A questão, ainda meramente técnica, era, então, como determinar o sentido expresso nas normas. Daí a elaboração de quatro técnicas: a interpretação gramatical, que procurava o sentido *vocabular* da lei, a interpretação lógica, que visava seu sentido *proposicional*, a sistemática, que buscava o sentido *global* ou *estrutural*, e a histórica, que tentava atingir o sentido *genético*.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 267. (grifo do autor).

⁵⁷ “As regras exegeticas de Savigny evidenciam ser, não em último lugar quando aplicadas ao direito constitucional, aspectos que não representam ‘métodos’ universalmente válidos, mas pontos de vista auxiliares de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas concretizadas.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

⁵⁸ “De qualquer modo, é inegável que Savigny não pensou com relação a essas regras no direito público.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 23 - “Chama a atenção que Savigny declarou ser tarefa da interpretação a reconstrução do pensamento ou do sentido contidos na lei, não, porém, a reconstrução da ‘intenção’, ambiguamente vizinha da ‘vontade’. [...] O dogma voluntarista, de origem relativamente recente, remonta à ciência das Pandectas da fase tardia, da qual foi retomado pelo direito público do positivismo incipiente. Reproduziu-se na ideia da norma como ordem e privou, com a separação de direito e realidade, esse imperativo hipotético da relação material com a sua área de vigência.”

⁶⁰ “Na verdade, o nome *tópica* vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, como o nome de *euresis*, *inventia*, *ars inveniendi*, etc.” FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 341. (grifo do autor).

⁶¹ *Ibid.*, p. 342-343. (grifo do autor) - “Quando se fala em tópica, pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. [...] Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Veja, por analogia, o que acontece com a elaboração de um dicionário, em que muitos verbetes, pela diversidade de acepções, exigem abordagens, que, partindo de distintos pontos de vista, não fecham nem concluem, embora dêem a possibilidade de compreender a palavra em sua amplitude (problemática). Os pontos de vista referidos, chamados *loci*, *topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de *séries* argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução *possível entre outras*.”

utilização de normas jurídicas como pontos de vista argumentativos que poderão (ou não) ser adotados pelo intérprete na análise da Constituição.

A tópica, todavia, não pode servir de base à estruturação de uma nova teoria da norma. Isto porque a tópica coloca no centro das discussões jurídicas os problemas, enquanto a metódica estruturante assume como premissa o fato de que a norma jurídica é o tema da ciência do direito.⁶² Demais disto, por ter sido construída em época de prevalência do direito privado, a tópica não reconhece o primado da submissão dos pontos de vista argumentativos (“problemas”) à norma constitucional, que deve balizar a práxis jurídica de todo e qualquer Estado que se pretenda de Direito.⁶³

Não se pode deixar de reconhecer que é possível identificar pontos de convergência entre a tópica e a metódica estruturante⁶⁴, e, não obstante isto, não se pode afirmar ter a teoria de Müller inspiração tópica, como Paulo Bonavides expressamente chegou a rotulá-la.⁶⁵ Friedrich Müller chegou inclusive a negar que a metódica estruturante tivesse inspiração tópica em entrevista posteriormente publicada junto com uma de suas obras:

Mas, em contrapartida, não estou de acordo com Paulo Bonavides quando ele afirma possuir minha posição uma “inspiração tópica”. Evidentemente, estou mais próximo da tópica que do positivismo. Porém, apesar disto, não concordo com o pensamento tópico. Ele deriva de um paradigma da Antiguidade, que ainda não conhecia um Estado Democrático de Direito. Ora, minha teórica e metódica do direito são, até nos detalhes, feitas exatamente para este Estado Democrático de Direito moderno – por exemplo, para o Brasil atual e para a Alemanha atual – para sistemas deste tipo e com um *statute law* (e não para um *case law system*). Além disto, a tópica foi desenvolvida sobretudo para o direito civil e não para o direito público; ela não distingue tampouco entre texto de norma e norma jurídica; ela ainda crê que exista uma diferença categórica entre ser e dever-ser; e, no mais, para ela, a lei (o texto da norma), é somente um *topos* entre outros – o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito, em que os textos de

⁶² “É verdade que as tarefas da concretização racional no direito constitucional são em parte incomparavelmente mais difíceis do que em áreas jurídicas com nexos normativos mais concreta e densamente elaborados; mas com isso ainda não se afirma absolutamente que o primado metodológico deveria migrar da norma para o problema.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

⁶³ Ibid., p. 69 - “A aplicação tópica do direito, que abre mão da dedução aparentemente lógica e visa o teor material e de problemas dos aspectos, portanto um sistema ‘aberto’, indaga necessariamente para além da norma e pretende desvelar assim a estrutura de cada interpretação, que se vê forçada a declarar como partes do direito positivo as descobertas não extraíveis das fontes formais mesmo quando alegadamente não abandona o quadro do teor ‘dado’ da lei. Para o direito constitucional é especialmente questionável – em virtude da sua peculiaridade como direito basilar sem maior amparo no direito positivo – se a aplicação tópica do direito pode efetivamente passar por cima de uma norma reconhecível, concretizável, se ela, e.g., pode decidir também contra o texto claro da norma constitucional, quando ele não oferece nenhum ponto de apoio para uma solução do problema, que tenha sentido.”

⁶⁴ Ibid., p. 57 et seq. - Para um detalhado confronto entre a tópica e a teoria estruturante do direito, confira o Capítulo V de sua obra.

⁶⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 514.

normas foram elaborados pelos Paramentos e em que, por consequência, eles são democraticamente legitimados.⁶⁶

Após constatar a ausência de coerência do Tribunal Constitucional alemão na interpretação da Constituição, bem como descrever e examinar os principais enfoques tradicionais de interpretação, Müller passa a desenvolver uma nova concepção de efetivação da norma jurídica.

Para tanto, o jusfilósofo alemão parte de uma primeira e fundamental constatação, qual seja, a diferença entre “texto” e “norma”. Esta diferenciação é de curial importância, vez que o paradigma positivista se sustenta na ideia de que a norma constitui-se em um dado pronto, confundindo os conceitos de norma e texto normativo.⁶⁷

Verifica-se, portanto, que o texto literal de lei não pode ser equiparado à norma jurídica, nem mesmo ao produto resultante da interpretação do texto normativo. Conforme se explanará, a norma é produto de um complexo processo de concretização envolvendo os elementos lingüísticos presentes no texto (“programa normativo”) e a realidade social a ser regulamentada por este mesmo texto (“âmbito normativo”).

Assim, o texto literal de lei (que Müller denomina de “norma pura”) não possui normatividade concreta, já que não se encontra relacionado a um conteúdo material. A “norma pura”, portanto, não é nada mais do que a expressão lingüística da norma. A fim de ilustrar e ressaltar a diferença existente entre texto e norma, Müller faz uso do Código de Hammurabi que, a despeito de conter inúmeras disposições de texto normativo, não pode mais ser considerado norma jurídica (vale dizer, imbuído de normatividade):

Uma norma pura é, por exemplo, uma disposição legal de Hammurabi. O âmbito normativo dela se perdeu. Ela “é válida”, “estabelece regras” não mais de forma ideal, pois a questão técnico-normativa não é uma questão de “ideia” e “realidade”, mas porque a normatividade, a norma e a validade jurídica estão relacionadas a um modo de ser que está presente apenas na inclusão prévia da estrutura real e material, que é formada de modo normativo.⁶⁸

⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 233.

⁶⁷ “A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria ‘dado’ com a forma lingüística da disposição.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

⁶⁸ Ibid., p. 188.

A partir desta distinção, Müller introduz os conceitos de *programa normativo* e *âmbito normativo*, ambos coconstitutivos do processo de concretização da norma jurídica. Em outras palavras: a norma não é um “dado” pré-existente à concretização, tampouco é “aplicável” ao caso concreto. A norma, em verdade, é *produzida* no processo de concretização realizado pelo operador do direito, que se vê incluído na tarefa de construção da normatividade.⁶⁹

O *programa normativo* engloba todos os elementos lingüísticos relacionados à norma jurídica, inclusive o resultado da interpretação do texto normativo a partir dos dados principais da linguagem. Com suporte nas lições da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁷⁰, Müller pontua que o processo de concretização do (e no) direito é impossível fora da linguagem, que é caracterizada pelo conceito de pré-compreensão:

O problema da pré-compreensão não é especificamente jurídico; partindo da teoria das condições gerais do conhecimento nas ciências humanas, ele se estende de maneira específica também até a metodologia jurídica adentro. [...] A pré-compreensão se manifesta em princípio como a relação vital do sujeito compreendente com a coisa a ser entendida, sem a qual a possibilidade da compreensão sequer poderia ser fundamentada. A interpretação individual não coincide com a autointerpretação do homem e a sua interpretação do mundo, mas não pode ser descolada delas, ao menos nas ciências humanas. O “preconceito” como experiência do gênero não é obtido pela reflexão, ele surge da totalidade da interpretação do mundo num determinado mundo circundante [*Umwelt*] e sobretudo já é dado na e com a linguagem. A concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é cocaracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas. Pré-juízos [*Vor-Urteile*] nesse sentido, a opinião prévia [*Vormeinung*] geral do uso da linguagem, bem como pré-compreensões conteudísticas devem ser vistas na sua função produtiva como pressuposto e condição da compreensão.⁷¹

A compreensão do *programa normativo* não se limita apenas à análise pura e simples do texto normativo por meio dos métodos clássicos de interpretação⁷², mas também envolve a investigação de outros *programas normativos* – em especial o texto constitucional – que sejam, de algum modo, relacionados à matéria a ser concretizada.

É importante ressaltar, todavia, que ao delimitar o *programa normativo* não se estará realizando interpretação de norma jurídica e tampouco se estará aplicando a norma ao caso

⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80.

⁷⁰ Para uma análise aprofundada da hermenêutica filosófica de Gadamer, sobretudo no direito, ver GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 400 et seq.

⁷¹ Ibid., p. 60-61.

⁷² Conforme já se afirmou, Müller nunca desprezou por inteiro os cânones de interpretação legados por Savigny, quais sejam, os métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico. Antes, Müller considera-os como pontos de vista auxiliares no processo de construção do programa normativo.

concreto. Isto porque, entendidos como estruturas meramente lingüísticas, os contextos conceituais do texto normativo constituem-se em pontos de referência para o processo de concretização, que se dá concomitantemente ao estabelecimento do *âmbito normativo*.⁷³

De outro lado, o *âmbito normativo* engloba os elementos não lingüísticos, isto é, a realidade social a ser regulamentada pelo *programa normativo*. O âmbito da norma, todavia, não se consubstancia em um recorte aleatório da realidade ou de todos os elementos fáticos relacionados à situação a ser concretizada, mas apenas daquelas circunstâncias delimitadas pelo próprio *programa normativo*:

[...] o âmbito normativo não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas *relevantes* desse âmbito normativo, considerando o caso particular.⁷⁴

É por esta razão que Müller diz que, em determinadas circunstâncias, o resultado da análise do *âmbito normativo* leva à conclusão que algumas das variações de sentido da interpretação lingüística preliminar são irrelevantes à luz do caso particular a ser solucionado.⁷⁵ É que, ao mesmo tempo em que o *programa normativo* condiciona o *âmbito normativo*, este último condiciona concomitantemente aquele. Esta é a razão pela qual se diz que o programa da norma e o âmbito da norma são *coconstitutivos* no (e do) processo de concretização da norma jurídica. Nas palavras de Müller, “[...] aquilo que a disposição legal prescreve para o respectivo caso a ser decidido é sempre primeiramente averiguado em confronto com sua problemática material, mediante a consideração do programa normativo e a observação dos limites comprováveis de seu enunciado diretivo.”⁷⁶

A norma jurídica, portanto, não é resultado de um processo de subsunção da lei ao fato, da hipótese à realidade ou de um juízo hipotético de ser/dever-ser, mas produto de um complexo processo de concretização que engloba elementos lingüísticos e extralingüísticos, analisados em conjunto para construção da norma jurídica solucionadora do caso particular.

⁷³ “Tomados como estruturas meramente lingüísticas, os contextos conceituais do texto normativo apontam apenas *pontos de referência* para relações reais da vida humana, para circunstâncias reais específicas. Eles não possuem teor de validade autônomo, nem um campo semântico determinado na realidade, na relação com tipos legais concretos. Não é a proposição normativa que é vinculante, mas sim a norma que perfaz seu conteúdo enunciativo.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

⁷⁴ Ibid., p. 242.

⁷⁵ Ibid., p. 239.

⁷⁶ Ibid., p. 247.

A fim facilitar a compreensão de sua metódica estruturante, Friedrich Müller busca ilustrar o processo de concretização da norma jurídica fazendo uso de uma figura geométrica. A *elipse* bem representaria o processo de concretização, já que seu interior (“campo de ação”) simboliza a movimentação de critérios que se inserem entre a norma textual (elementos lingüísticos – programa normativo) e os dados da realidade social (elementos extralingüísticos – âmbito normativo):

Com sua associação a um campo de ação, a ideia de elipse corresponde melhor ao processo prático na concretização de normas jurídicas do que ao “círculo hermenêutico”, que embora indique com propriedade uma realidade básica de toda metódica, é pouco elucidativo no que diz respeito à metódica verdadeiramente jurídica. [...] A intermediação elíptica de dados admissíveis e as tônicas do programa normativo e do âmbito normativo devem aumentar, sem um esforço fictício pela apreensão de sentido perfeita e determinante, os pontos de vista que metodicamente precisam de fundamentação, auxiliando, assim, a esfera de ordenamento da disposição a ser concretizada se tornar racionalmente mais transparente do que seria possível com argumentos no âmbito apenas lingüístico ou apenas subjetivamente valorativo e ponderativo. A elipse aponta para a movimentação de critérios que se “inserem entre” a norma textual abstrata da norma jurídica e a norma concretizada de decisão.⁷⁷

O recurso à metáfora da elipse é elucidativo e bem demonstra a essência da metódica estruturante empreendida por Müller. Com efeito, a norma jurídica não pode ser equiparada ao texto de norma e este, por sua vez, não constitui elemento conceitual daquela. Em verdade, a norma jurídica é uma estrutura complexa produto da interpretação dos elementos lingüísticos (programa normativo) e elementos extralingüísticos (âmbito normativo) delimitados pelo próprio programa normativo. Não há, portanto, norma jurídica escrita ou compreensão abstrata da norma, isto é, descolada da realidade social.⁷⁸

1.4 A supremacia da lei e da Constituição

A quarta premissa na qual este estudo se baseia – e que norteará a análise do tema central – é a ideia de supremacia da lei e da Constituição. De forma simplificada, trata-se de se demonstrar que o sistema jurídico brasileiro funda-se na centralidade da lei como principal fonte do direito e na supremacia da Constituição.

⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 252.

⁷⁸ Ibid., p. 2018 - “Entre a norma escrita e a *law in action* moldada para um determinado caso particular, não há uma compreensão da norma nem totalmente abstrata nem totalmente concreta, mas antes uma compreensão estruturante, que elabora uma tipologia, e funciona como uma justificação autônoma de um modelo materialmente determinado e articulado de acordo com o programa normativo e o âmbito normativo.”

Lex est quod populus jubes atque constituit (“a lei é aquilo que o povo manda e constitui”). A definição que Gaio conferiu à lei em suas *Institutas*⁷⁹ reflete não apenas o forte componente político que emana da força coercitiva da lei, mas também expressa o comando regulador que o direito impõe à sociedade.⁸⁰ Desde o surgimento da tradição jurídica romano-germânica – isto é, com a formação e consolidação do direito privado – verifica-se que a lei, genericamente considerada (como comando normativo de algum modo positivado), constitui-se em elemento central e fundamental do fenômeno jurídico. A comprovação desta assertiva, no entanto, demanda um breve excursus histórico.

Em seus primórdios, vale dizer, durante o período da Antiguidade Clássica (séc. VIII a.C. ao séc. V d.C.), o direito brotava dos fatos e da experiência e se manifestava por meio de uma técnica de pensamento denominada jurisprudencial (*jurisprudencia*):

A palavra jurisprudência – (*juris*) *prudentia*, uma das expressões usadas pelos romanos, ao lado de *disciplina*, *scientia*, *ars*, *notitia*, para designar o saber jurídico – liga-se, nesse sentido, ao que a filosofia grega chamava de *fronesis* (discernimento). Tal palavra era entendida, entre os gregos, como uma virtude. *Fronesis*, uma espécie de sabedoria e capacidade de julgar, na verdade consistia numa virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz, então, de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões.⁸¹

A *jurisprudencia*, portanto, consistia em uma técnica de pensar problemas a partir dos fatos e da experiência como conflitos a serem resolvidos por meio de uma decisão. Nesta época, a lei restringia-se a regular matérias específicas, de modo que a função da legislação era meramente supletiva (era utilizada *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*, isto é, para ajudar, suprir ou corrigir o direito civil) e não possuía a forma de proposições jurídicas materiais (textos escritos).⁸² Somente com as *responsa* – o direito emanado dos jurisconsultos romanos – é que o pensamento jurídico passou a se manifestar preponderantemente na forma escrita.⁸³

⁷⁹ As *Institutas* (ou *Instituições*) – parte do *Corpus Iuris Civilis* compilado pelo imperador romano Justiniano – é o resumo de toda a doutrina do direito romano e constitui-se numa espécie de manual para estudantes. “[...] Triboniano, Teófilo e Doroteu, estes últimos professores das escolas de Constantinopla e de Berito [atual Beirute], elaboraram, por ordem de Justiniano, um manual de direito para estudantes, que foi modelado na obra clássica de Gaio, do século II a.C. Esse manual foi intitulado *Intitutiones*, como de Gaio, e foi publicado em 533.” MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 9-10.

⁸⁰ Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 76.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57.

⁸² *Ibid.*, p. 56.

⁸³ *Ibid.* - “A influência de tais jurisconsultos manifestou-se então sob a forma dos *responsa*, que, mais tarde, apareciam em forma escrita, em termos de uma informação sobre determinadas questões jurídicas levadas aos juristas por uma das partes, apresentadas no caso de um conflito diante do tribunal romano.”

Na Idade Média, precisamente no século XI com o surgimento da Universidade de Bolonha, o direito ganha ares científicos. À técnica do pensamento fundado na *jurisprudencia* (que não foi totalmente abandonada) introduziu-se uma nova característica no pensamento jurídico, qual seja, a dogmaticidade⁸⁴ (a vinculação a textos jurídicos escritos).

Com *status* científico, a teoria jurídica tornou-se disciplina universitária, sendo ensinada por meio de livros que gozavam de certa autoridade – neste sentido é o caráter dogmático que a prudência romana ganhou. Daí Rosa Maria de Andrade Nery afirmar que, com as primeiras ordenações sistemáticas cientificamente rigorosas (como o *Corpus Juris Civilis*), as raízes da dogmática jurídica repousam na era medieval⁸⁵:

Eram esses textos, que tinham como objeto casos particulares, que gozavam de autoridade; a diferença em relação ao direito romano consistia no fato de que os casos se tornaram paradigmáticos e, portanto, deveriam conformar um corpo harmônico.⁸⁶

O advento do jusracionalismo, entre os séculos XVII e XVIII, foi de significativa importância para a afirmação e consolidação da lei escrita como forma racional de se organizar, sistematicamente, o pensamento jurídico. Foi exatamente durante este período que os juristas vão se libertar dos dogmas da filosofia jusnaturalista, em especial da teologia moral:

A partir do Renascimento, o direito irá perder progressivamente seu caráter sagrado. E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnização do saber jurídico e a equivalente perda de seu caráter ético, que a Era Medieval cultuara e conservara. [...] Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento sistemático*.⁸⁷

A doutrina jusracionalista abriu as portas para a afirmação da lei escrita de forma sistemática e racional. Todavia, foi somente com a Revolução Francesa que as leis passaram a gozar de tratamento uno e sistemático, já que, até aquele momento, diversas ordens jurídicas distintas coexistiam. Neste sentido, conforme pontua Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] com a doutrina de Montesquieu, a lei (norma escrita, geral e abstrata, emanada do órgão

⁸⁴ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

⁸⁵ Neste mesmo sentido, confira WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 53-54.

⁸⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 73.

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 65-66. (grifo do autor).

competente) foi elevada à categoria de fonte suprema do direito, deixando em segundo plano os costumes, a jurisprudência e a doutrina.”⁸⁸

A partir do século XIX, o fenômeno jurídico firmou-se como ordem de leis escritas racionalmente sistematizadas (ordem jurídica como norma posta). A título de exemplificação, Napoleão Bonaparte, em 1804, sistematizou a legislação esparsa francesa, materializou as aspirações revolucionárias e assegurou os interesses liberais então em ascensão por meio de leis escritas, instituindo o *Code Civil*.⁸⁹ O mesmo se deu na Alemanha⁹⁰, em fenômeno que posteriormente viria a ser conhecido como “era das codificações”.

O fato, no entanto, é que aos poucos o direito passou a reduzir-se a leis escritas, circunstância que denota a importância que o texto normativo votado pelos parlamentos passou ter como fonte do direito.⁹¹

A digressão histórica que ora se fez a respeito da lei (entendida como texto normativo de caráter geral e abstrato) como principal fonte do direito nos países filiados à tradição romano-germânica nada tem a ver com a – equivocada – suposição de que referida disposição normativa se confundiria com o próprio conceito de direito.⁹² Até porque, conforme já se demonstrou em tópico anterior, o presente estudo se desenvolve sob o paradigma pós-positivista que, como se referiu, se assenta em postulados como a diferença entre texto e norma e a superação da interpretação como vontade da lei ou do legislador.

⁸⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 74.

⁸⁹ “Vê-se, pois, que, quando Napoleão Bonaparte ordenou a legislação francesa em Códigos admiravelmente discriminados e sistematizados, dando cumprimento a viva aspiração dos mentores da Revolução Francesa, não fazia senão levar a cabo um longo processo de ‘racionalização’ jurídica que atingiu sua maturidade e que marcava uma ‘linha de inclinação’ constante na estrutura mesma do *Ancien Regime*.” REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 412.

⁹⁰ “Em meados do século XIX travou-se, na Alemanha, famosa polêmica entre dois grandes juristas alemães: Thibaut e Savigny. Escreveram dois trabalhos absolutamente portentosos sobre a codificação ou não do direito civil alemão. Savigny entendia não ser conveniente codificar o direito civil, pois isso o engessaria e dificultaria o regramento do direito, que a dinâmica da vida em sociedade exige (Friedrich Carl von Savigny. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, p. 162). Thibaut, a seu turno, defendia a codificação, para que houvesse mais segurança nas relações jurídicas (Anton Friedrich Justus Thibaut. *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814, p. 67). Venceu Thibaut e a Alemanha ganhou seu Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) em 1896, que entrou em vigor em 1900 e assim permanece até hoje, com numerosas modificações ao longo do tempo.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 229.

⁹¹ “Afinal, um dado importante da experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII é o fato de o direito ter-se tornado cada vez mais direito escrito, o que ocorreu quer pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído, quer pela redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72.

⁹² A equiparação do conceito de direito à lei escrita é criticada pelo filósofo alemão Arthur Kaufmann. Ver, para tanto: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 201-204.

O breve relato de desenvolvimento e consolidação da lei como principal centro produtor de direito tem a exata função de comprovar a enorme importância do texto normativo para os sistemas jurídicos arraigados à tradição do *civil law*. Em outras palavras: desde a época do direito romano o direito já manifestava, ainda que de forma rudimentar e assistemática, por meio de disposições escritas tendentes a regular a vida em sociedade. Não há, portanto, como se desprezar por completo a dimensão textual-normativa do fenômeno jurídico no seio da tradição jurídica romano-germânica.

Todavia, o conceito de lei não pode ser analisado tão somente como um preceito normativo escrito, geral, abstrato e emanado pela autoridade legislativa competente. Esta concepção de lei admitiria que qualquer conteúdo no texto legal fosse considerado válido e apto a produzir efeitos no mundo jurídico, de modo que até mesmo Estados totalitários seriam considerados Estados de Direito:

*Si Ley es todo lo que manda determinado hombre o Asamblea, sin distingos, una Monarquía absoluta será también un Estado de Derecho, pues en ella impera la «Ley», en este caso, igual a la voluntad del Rey. También la actual República soviética y la dictadura del proletariado sería un Estado de Derecho, pues también hay allí un Legislador y, por consiguiente, Leyes.*⁹³

É por esta razão que Carl Schmitt distingue dois aspectos ao analisar o conceito de lei, quais sejam, um formal e outro material. Sob a ótica formal, lei é o texto normativo emanado pelos órgãos legislativos competentes, por meio do respectivo processo legislativo estabelecido.⁹⁴ Por outro lado, sob a ótica material, a lei possui forte ligação com a própria forma de existência política do Estado. Isto quer dizer que o conteúdo do texto normativo, para além de possuir caráter geral, deve também ser razoável, de forma a concretizar a vontade e mandado estatais. Por exemplo: na monarquia, a lei reflete a vontade do monarca e, na democracia, a vontade expressada por meio da soberania popular.⁹⁵

Neste sentido, a validade do texto normativo não depende apenas do devido processo legislativo da autoridade competente que a emanou, mas seu conteúdo igualmente depende de

⁹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 137.

⁹⁴ Ibid., p. 153 - “Para el concepto formal de Ley se da la definición siguiente: Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito.”

⁹⁵ Ibid., p. 155 - “«Político» significa aquí, en contraste con Estado de Derecho, un concepto de Ley resultante de la forma de existencia política del Estado y de la conformación concreta de la organización del dominio. Para la concepción del Estado de Derecho, la Leyes, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general. Ley, en el sentido del concepto político de Ley, es voluntad y mandato concretos, y un acto de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del Rey; Ley, en una Democracia, es la voluntad del Pueblo.”

sua conformidade com a razoabilidade e a promoção da igualdade. Daí a importância da dimensão material da lei:

A análise do aspecto material da lei é fundamental para a atual situação histórica que nos encontramos, isso porque, depois da segunda guerra mundial, tornou-se consenso de que nem todo conteúdo legislativo poderia ser considerado direito. Nesse contexto, após 1945, ocorreu momento de ruptura na Europa justamente sobre a história questão se a lei pode ser tudo e se tudo pode ser lei.⁹⁶

Em outras palavras: em seu aspecto político-material, o conteúdo do texto normativo deve estar em perfeita harmonia com a Constituição Federal (CF), circunstância que nos leva à questão da supremacia da Constituição.

Conforme já se evidenciou em tópicos anteriores, com o surgimento do Estado Moderno desenvolveu-se o fenômeno do constitucionalismo que, de forma simplificada, consubstanciou-se em movimento político-jurídico que visou à limitação do exercício do poder e a conseqüente delimitação e distribuição de competências estatais. Posteriormente, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, em continuação ao constitucionalismo, o fenômeno do neoconstitucionalismo buscou estabelecer uma série de garantias fundamentais, instituindo limites para a legítima atuação do Poder Público.

Nesta ordem de idéias, parece evidente que os textos constitucionais constituem-se na lei fundamental de qualquer Estado de direito que se pretenda democrático.⁹⁷ E não poderia ser diferente, já que é a Constituição que caracteriza o Estado e molda a sociedade, assegurando os direitos fundamentais e regulando as relações políticas, civis e econômicas entre os particulares e entre estes e o Poder Público.⁹⁸ A ideia de supremacia da Constituição, portanto, implica que uma determinada ordem jurídica confira a maior autoridade ao texto constitucional. Não se trata, todavia, de simples superioridade hierárquica de leis.

⁹⁶ ABBOD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 274.

⁹⁷ Trata-se daquilo que Canotilho denomina de “autoprimazia normativa”: “A autoprimazia normativa significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, pragmaticamente, que o direito constitucional, constituído por normas democraticamente feitas e aceites (legitimidade processual democrática) e informadas por «estruturas básicas de justiça» (legitimidade material), é portador de um valor normativo formal e material superior.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 137.

⁹⁸ “Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição não é apenas Constituição do ‘Estado’, porquanto possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade (Häberle. Estado Constitucional, §2º, p. 84; §54, p. 272).” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 178.

O conceito de supremacia da Constituição é bem explicitado pela Ex-Presidente do *Bundesverfassungsgericht* Jutta Limbach por meio de um exemplo. Em 1957 o Parlamento alemão (*Bundestag*) promulgou uma lei alterando o direito de família a fim de harmonizá-lo com a norma constitucional de igualdade entre os sexos. A lei retirou do marido o direito a última palavra (voto decisivo) em questões matrimoniais e determinou que, conforme consolidado pela jurisprudência, o cuidado e guarda dos filhos fossem realizados tanto pelo pai como pela mãe. Todavia, nos casos em que os pais não chegassem a um consenso, a figura paterna permanecia com o direito a última palavra, a fim de salvaguardar a paz familiar e o casamento cristão. A opinião pública da época não havia chegado a um consenso sobre a questão e, entre os homens, o voto de minerva tinha inúmeros apoiadores. Ocorre que quatro mulheres casadas se insurgiram contra a lei então promulgada perante o Tribunal Constitucional Federal, ao argumento de que referida lei era inconstitucional à luz do art. 3º (2) da Constituição (“homens e mulheres têm os mesmos direitos”)⁹⁹. A Corte então declarou o direito à decisão final paterna nulo um ano após a vigência da lei.¹⁰⁰

A constitucionalista alemã observa que a Corte anulou uma lei promulgada pela maioria dos legisladores eleitos democraticamente pelo povo, desconsiderando a regra da maioria. Ademais, os juízes não foram eleitos pelo povo, de modo que não podem ser destituídos de seus cargos por meio de novas eleições. Daí a indagação da jurista tedesca: não seria esta uma forma de revisão judicial das leis antidemocrática?

A resposta à pergunta é negativa exatamente em função da supremacia da Constituição. A produção de leis (Poder Legislativo), os atos daquele que governa o povo e administra os interesses públicos (Poder Executivo) e as decisões judiciais (Poder Judiciário) não devem ceder à opinião pública ou a vontade da maioria, mas sim estar alinhados com as normas constitucionais.¹⁰¹

A ideia de supremacia da Constituição, portanto, não impõe apenas uma hierarquia normativa formal, mas também que o conteúdo material da lei esteja em conformidade com os princípios e regras constitucionais. É por esta razão que Jutta Limbach conceitua a supremacia da Constituição a partir de três principais características, a saber, (i) a possibilidade de

⁹⁹ Artikel 3 (2), GG. *Männer und Frauen sind gleichberechtigt*. DEUTSCHLAND. Grundgesetz. 23 Mai 1949. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. *Bundesanzeiger*. Berlin, [23 Mai 1949]. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>>. Acesso em: 6 ago. 2015. [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha].

¹⁰⁰ Cf. LIMBACH, Jutta. The concept of the supremacy of the constitution. *The Modern Law Review*, Oxford, n. 1, v. 64, p. 1, jan. 2001.

¹⁰¹ Ibid., p. 3. “Democracy is thus a delicate balance between majority rule and particular fundamental values, such as human rights. The judges’ criterion is the Basic Law and not public opinion or what the majority of the population think – however desirable society’s acceptance of the judgments may be.”

distinção entre lei e Constituição; (ii) a vinculação do legislador ao texto constitucional, que ainda deve prever procedimentos especiais para emenda; e (iii) a instituição de um órgão com autoridade para realizar o controle de constitucionalidade das leis.¹⁰²

São estas as razões que permitem afirmar que qualquer ramo do direito – inclusive o processual civil, sobre o qual se assenta esta pesquisa – deve obediência aos postulados e princípios que se extraem do texto constitucional. Referida circunstância tem sido ressaltada pela doutrina há muito tempo, merecendo transcrição a profícua lição do professor Nelson Nery Junior, *in verbis*:

A Constituição é ordem jurídica fundamental da coletividade: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas a serem exercidas; regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. [...] Daí a razão pela qual todos os ramos do direito, notadamente o do direito processual, vinculam-se à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro. [...] É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o direito constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do País.¹⁰³

Com efeito, ao realizar a concretização do direito perante o caso concreto, o jurista deve sempre proceder à uma primeira e antecedente análise do texto constitucional para somente depois, em um segundo momento, consultar a legislação ordinária. Compreender e ressaltar este aspecto são de particular importância para os desideratos desde trabalho, em especial para a crítica que se desenvolverá ao fenômeno da “*commonlização*” da jurisprudência brasileira.

¹⁰² “There are three traits that primarily characterise the principle of supremacy of the constitution: 1. the possibility of distinguishing between constitutional and other laws; 2. the legislator’s being bound by the constitutional law, which presupposes special procedures for amending constitutional law; and 3. an institution with the authority in the event of conflict to check the constitutionality of governmental legal acts.” LIMBACH, Jutta. The concept of the supremacy of the constitution. *The Modern Law Review*, Oxford, n. 1, v. 64, p. 3, jan. 2001.

¹⁰³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 38-40.

CAPÍTULO 2 AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

2.1 Tradições jurídicas e sistemas jurídicos: uma tentativa de conceituação¹

O estudo das tradições jurídicas é relativamente incipiente na doutrina brasileira, de modo que são poucos os trabalhos científicos que se dedicam exclusivamente a uma análise sistematizada de referidas tradições², englobando quais os aspectos históricos, culturais e políticos que contribuem para a formação das grandes tradições jurídicas existentes no mundo.³

E isto talvez se dê por pelo menos duas ordens de razão, a saber, (i) às supostas barreiras culturais e lingüísticas existentes entre os países filiados a esta ou aquela tradição jurídica, circunstância que dificultaria um estudo aprofundado de outro sistema jurídico; e (ii) à falsa percepção de que tal tipo de estudo só faz sentido no âmbito do direito internacional ou do direito comparado, de modo que a investigação das estruturas e raízes históricas de outra tradição jurídica pouco ou nada contribuiria para a conformação do sistema jurídico nacional, dada as peculiaridades político-culturais a ele inerentes.

Dentro desta perspectiva, isto é, da constatação da pouca atenção que a doutrina nacional atribui ao estudo das tradições jurídicas existentes no mundo, a indagação natural que exsurge é a seguinte: qual então a importância e necessidade de se estudar, com o devido rigor científico, as origens históricas, culturais e políticas das grandes tradições jurídicas? Ou, em outras palavras: em que extensão o estudo de tais tradições jurídicas efetivamente influencia a conformação das instituições jurídicas nacionais? Para se responder a estas perguntas, necessário se ter em mente o delineamento e justificação de determinadas premissas conceituais.

Em primeiro lugar, deve-se desde logo assentar que a multiplicidade de tradições jurídicas é um fato incontestável. Isto é, não se pode negar que cada país, em maior ou menor extensão, pode ter o direito que lhe é próprio caracterizado como da família romano-

¹ O estudo das tradições jurídicas – inclusive a do *common law* – que ora se empreende não constitui o objeto central desta pesquisa, mas serve tão somente de apoio argumentativo para o real objeto do trabalho, qual seja, a crítica à forma como determinados institutos da tradição anglo-saxônica vêm sendo incorporados ao sistema processual civil. Não se trata, portanto, de estudo apoiado no método do direito comparado. Trata-se, em verdade de pesquisa apoiada no direito estrangeiro, assim entendido como estudo e descrição de leis, conceitos e institutos estrangeiros. Para uma análise a respeito do direito comparado como método de pesquisa, vide: SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 39, n. 1, p. 1-34, 1991.

² A maioria das obras existentes em língua portuguesa é fruto de traduções de trabalhos estrangeiros. Entre os estudos genuinamente nacionais que se dedicaram exclusivamente a tema, pode-se citar: AGUIAR, Ana Lucia de. *História dos sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Pillares, 2010; MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.

³ Desde logo, deve-se sublinhar que toda referência à “tradição jurídica” feita neste estudo pouco ou nada tem a ver com a ideia – já sedimentada pela prática jurídica – de “ordenamento jurídico”, conforme se demonstrará adiante.

germânica, anglo-saxão ou canônica. Esta constatação é bem explicitada pelo jurista francês René David que, em extensa obra sobre as tradições jurídicas⁴, assim pontuou, *verbis*:

Cada Estado possui, no nosso mundo, um direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. Certas comunidades não-estatais têm igualmente o seu direito: direito canônico, direito hindu, direito judaico. Existe também um direito internacional que visa regular, num plano mundial ou regional, as relações entre Estados e as do comércio internacional.⁵

Assim é que se pode dizer, com certa segurança, que, dadas determinadas circunstâncias de ordem histórica, política, social e cultural, o sistema jurídico dos Estados Unidos filia-se à tradição jurídica do *common law* e que aquele vigente na Alemanha filia-se à tradição jurídica do *civil law*.

A questão aqui posta não é tanto de saber ou verificar se há realmente diversidade de tradições jurídicas, vez que elas são uma realidade irrefutável. A problemática, portanto, cinge-se a precisar a dimensão deste fenômeno, sua verdadeira significação e perquirir em que consiste, como se manifesta e de que modo a diversidade das tradições jurídicas influencia os ordenamentos jurídicos.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que as diversas tradições jurídicas diferem entre si devido a inúmeros fatores, dentre os quais se destacam a língua, o costume, a cultura, a economia e a estrutura político-administrativa do Estado.⁶

O fator lingüístico dispensa maiores digressões, haja vista que a língua (que inevitavelmente abarca questões de ordem gramatical e semântica) talvez represente a maior influência na conformação das tradições jurídicas.⁷

O costume, por sua vez, para além de constituir-se em fonte do direito em determinadas tradições jurídicas, pode também representar parte da própria essência de outras tradições, como ocorre, por exemplo, com o *common law*.

⁴ Em sua obra, René David equipara os termos “direito” e “tradição jurídica”, tendo também, em diversas outras oportunidades, se utilizado da expressão “família de direito”. A fim de manter um rigor terminológico e semântico, bem como por outras razões adiante expostas, não concordamos com referida equiparação, pelo que utilizaremos, doravante, apenas “tradições jurídicas”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵ Ibid., p. 19.

⁶ Ibid. - “Os diversos direitos exprimem-se em múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e são feitos para sociedades cujas estruturas, crenças e costumes são muito variados [...]”

⁷ Neste sentido, vale a transcrição da advertência que nos faz Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Na tradição cultural do Ocidente, há um elemento importante que permitirá visualizar o problema de um dos modos como ele pode ser enfrentado. Referimo-nos à concepção da língua em seu relacionamento com a realidade. [...] Trata-se da crença de que a língua é um instrumento que designa a realidade, donde a possibilidade de os conceitos lingüísticos refletirem uma presumida essência das coisas.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34-35.

A cultura – muito embora seja de delimitação conceitual complicada, mormente no campo da ciência jurídica – é aspecto determinante na configuração das tradições jurídicas. Isto porque não se pode negar o papel determinante que certos aspectos culturais (tais como as crenças, a história e as tradições) têm na formação das tradições jurídicas. A título de exemplificação, pode-se elencar as tradições jurídicas fundadas na religião, tais como o direito muçulmano, o direito hindu e o direito canônico.

O estudo da influência da economia na conformação das tradições jurídicas foi, por um longo período, relegado a um segundo plano, em grande parte devido à ideia de que o direito, enquanto ramo das ciências humanas, não poderia sofrer qualquer tipo de ingerência da economia, supostamente ramo das ciências exatas. Ocorre que o surgimento dos então denominados direitos socialistas na década de 1920, bem como a ascensão da escola da “análise econômica do direito”⁸, durante a década de 1960, elevaram a economia a um patamar de destaque no estudo da estruturas das tradições jurídicas. De modo que atualmente não se pode negar a influência da economia dentro das instituições e estrutura das grandes tradições jurídicas.⁹

Por fim, mas não menos importante na conformação das tradições jurídicas, é a estrutura político-administrativa estatal. Isto significa que, a depender da forma como o Estado se organiza, o ordenamento jurídico tende a se enquadrar em uma ou outra tradição jurídica. E isto se deve ao fato de que, em determinados Estados, a própria organização político-administrativa do Poder representa a tradição jurídica em si, como é o caso da mencionada tradição jurídica socialista.¹⁰

Assentadas as premissas de que a multiplicidade de tradições jurídicas no mundo é um fato e de que as tradições jurídicas têm origem em uma variedade de fatores, entre os quais se destacam a língua, o costume, a cultura, a economia e a estrutura político-administrativa do Estado, impõe-se analisar qual a finalidade de se estudar as grandes tradições jurídicas.

⁸ Para uma breve exposição sobre a análise econômica do direito, cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 224 et seq.

⁹ “Until recently, law confined the use of economics to antitrust law, regulated industries, tax, and some special topics like determining monetary damages. [...] Beginning in the early 1960s, this limited interaction changed dramatically when the economic analysis of law expanded into the more traditional areas of the law, such as property, contracts, torts, criminal law and procedure, and constitutional law.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6th ed. Boston: Addison-Wesley, 2011. p. 1.

¹⁰ “O Estado, enquanto aguarda o momento em que possa desaparecer, ampliou suas atribuições e intervenções, adquirindo um poderio e uma força sem precedentes; enquanto se aguarda o seu enfraquecimento, regulamente estrita e exaustivamente as relações sociais em todos os seus aspectos. O mesmo acontece com o direito. [...] O desenvolvimento de uma economia planificada acarretou uma regulamentação abundante, e a existência do princípio da legalidade socialista é uma prova da força do direito.” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 173-174.

A importância do estudo das tradições jurídicas reside, basicamente, em três razões, a saber, (i) indica a estrutura do direito vigente; (ii) possibilita o melhor conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional e (iii) revela as fontes do direito.

Uma análise sistemática e científica das tradições jurídicas permite a identificação da estrutura do direito vigente em cada Estado, isto é, oferece uma maior e melhor explicação da normatividade do direito e das relações eventualmente existentes entre os sistemas jurídicos do mundo.¹¹ Isto significa que, de certo modo, é possível identificar determinadas similaridades entre as instituições jurídicas de cada Estado, ao ponto de podermos reuni-las em grandes grupos ou famílias. Não se trata – deve-se desde logo alertar – de ordens jurídicas estruturalmente (no sentido de possuírem os mesmos esquemas de constituição) idênticas. Trata-se, em verdade, de se reconhecer certos aspectos comuns às ordens jurídicas dos Estados, como ocorre, por exemplo, com aquelas existentes na França e na Alemanha – ambas baseadas na codificação.

Para além da possibilidade de melhor compreensão da estrutura do direito vigente em cada Estado, a análise das tradições jurídicas promove também um adequado conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional. E isto decorre da constatação de que um adequado exame das tradições jurídicas – e, conseqüentemente, da sua própria – pressupõe um certo distanciamento crítico daquela na qual o estudioso se encontra inserido, de modo a obter uma melhor perspectiva teórica.¹² Daí porque, não raro, juristas estudam os pormenores de uma tradição jurídica estranha à sua realidade com a exata finalidade de, ora melhor compreender certas peculiaridades e entraves da sua realidade jurídica, ora buscar soluções na tradição jurídica alienígena que, devidamente adaptadas, podem ser incorporadas ao sistema jurídico nacional.

Não se pode olvidar que o estudo das tradições jurídicas mostra-se extremamente útil na revelação das fontes do direito de determinado Estado. Mas isto não significa que ordenamentos jurídicos de Estados pertencentes a uma mesma tradição jurídica tenham necessariamente iguais fontes de direito. Há, outrossim, uma tendência de identidade nas

¹¹ “It [the reinvigoration of legal tradition] also allows a larger and more convincing explanation of the normativity of law and of the relations between the laws of the world.” GLENN, Patrick H. Doin’ the transsystemic: legal systems and legal traditions. *McGill Law Journal*, Montreal, v. 50, p. 867, 2005.

¹² “As well, a theory of tradition might be possible for those who stood back from tradition, critically, gaining theoretical perspective, but impossible for those who chose to remain immersed in a particular tradition, that which has been theirs for all of their lives. No one steeped in a particular tradition, bound to it, could think theoretically of what that meant.” GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 1.

fontes jurídicas entre Estados.¹³ Deste modo, tomando-se como referência o *civil law*, é possível verificar que a função atribuída à lei, ao costume, à jurisprudência e à doutrina é mais ou menos uniforme nos países aonde imperam referida tradição jurídica.

Uma análise das (e sobre as) tradições jurídicas pressupõe, inevitavelmente, a investigação do conceito de sistema¹⁴ e das funcionalidades a ele inerentes. E isto por uma razão muito simples, nomeadamente, a de que a noção de tradição jurídica confunde-se (embora a ela não se equipare) com a noção de sistema jurídico.

Não se trata, como à primeira vista pode parecer, da elaboração de uma teoria dos sistemas *lato sensu*, mas sim de uma breve análise do conceito de sistema na ciência do direito e de sua relação com a noção de tradição jurídica.

A palavra “sistema”, com origem etimológica na expressão grega “*systema*” (que, por sua vez, provém de “*syn-istemi*”), originalmente possuía o significado de “[...] o composto, o construído.”¹⁵ A significação mais primitiva, portanto, remetia à ideia de aglomeração, “[...] de uma totalidade construída, composta de várias partes.”¹⁶ Foi apenas a partir da metade do século XVII que o termo se generalizou e passou a ter o significado que hoje se lhe atribui:

Em [Christian] Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo, cujos caracteres foram analisados expressamente por Johann Heinrich Lambert, em obra datada de 1787. Lambert, contudo, estabelece um conceito geral e abstrato de sistema, independente de qualquer conteúdo concreto: trata-se de um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas da dedução.¹⁷

O uso moderno do termo, vale dizer, aquele encontrado nos dicionários, relaciona-se às ideias de conjunção de princípios coordenados entre si com vistas a formar um todo científico; combinação de partes coordenadas para formar um conjunto; método e plano.

Estas concepções, muito embora possam ser utilizadas, em maior ou menor extensão, para explicar a noção de sistema no direito a um leigo, não permitem uma conceituação

¹³ Nas palavras de René David: “Mas é também necessário saber que as fórmulas empregadas pelos teóricos, relativamente as fontes do direito ou aos modos de interpretação da lei, nem sempre fornecem um cômputo exato da realidade.” DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 15.

¹⁴ Para o comparatista Patrick Glenn, em virtude da decadência do Estado, o estudo dos sistemas jurídicos (assim entendidos como produto da autoridade estatal) teria perdido um pouco de sentido: “*With what is today described, however, as the decline of the state, the notion of a legal system may also suffer a corresponding decline.*” GLENN, Patrick H. Doin’ the transsystemic: legal systems and legal traditions. *McGill Law Journal*, Montreal, v. 50, p. 865-866, 2005.

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.

¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷ *Ibid.*, p. 12.

científica e, também, não fornecem suporte conceitual para se atingir os objetivos que esta pesquisa busca.

Desde logo cumpre consignar que a noção de sistema que ora se busca delinear não se confunde com a ideia de “ordenamento jurídico” ou de “codificação”. A ideia de sistema jurídico que se busca – e que será posteriormente cotejada com a noção de “tradição jurídica” – mais se aproxima daquilo que Antonio Menezes Cordeiro denomina de “concatenação imanente” dos fenômenos jurídicos, *verbis*:

Os fenômenos jurídicos implicam relações estáveis entre si; essas relações facultam um conjunto de estruturas que permitem a consistência ontológica do conjunto. Seja qual for o labor teórico que sobre ele incida, o Direito, ainda que relativizado segundo coordenadas históricas e geográficas, pressupõe como que uma concatenação imanente.¹⁸

Assim, na linha do que doutrina Menezes Cordeiro, a compreensão de sistema jurídico pressupõe o reconhecimento deste como uma ordenação de realidades jurídicas, assim entendidas como as conexões e instituições que a ele são imanentes.¹⁹ A ideia fica ainda mais clara quando o civilista português enfatiza que os sistemas jurídicos têm em suas bases estruturais elementos jurídicos significativos comuns, independentemente de *dominações* de ordem econômica, política ou social, *in litteris*:

Na recepção verifica-se que uma comunidade, independente de qualquer dominação política, económica ou social, adopta elementos jurídicos significativos próprios de outra, presente ou passada. Trata-se de um fenómeno cultural, incompreensível perante esquemas simplistas de dominantes ou determinantes económicas.²⁰

Isto não significa, por óbvio, que os sistemas jurídicos não sofram influências de ordem econômica, política ou social em sua conformação.²¹ Qualquer sistema jurídico – exatamente porque produto de um fenômeno histórico-cultural – sofre toda sorte de influxos que, embora presentes, não são necessariamente determinantes (no sentido de “dominantes”) em sua formação.

Dentro desta perspectiva de sistema, vale dizer, de concatenação imanente de fenômenos jurídicos fundados em elementos significativos comuns, pode-se depreender duas grandes características inerentes aos sistemas jurídicos em geral: a ordenação e a unidade.

¹⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. LXIV.

¹⁹ Ibid., p. LXIX.

²⁰ Ibid., p. LXXI.

²¹ Daí o destaque dado à palavra “dominações” no parágrafo anterior.

A ordenação significa que o sistema jurídico, para assim ser considerado, deve “[...] exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível.”²² Em outras palavras: o sistema jurídico deve se fundar em uma estrutura racional, acessível ao pensamento, de modo a ser possível explicá-lo e reproduzi-lo na realidade. A ordenação, portanto, exige a possibilidade de se demonstrar o sistema de forma racional, isto é, com base em postulados da ciência (e não da metafísica ou do irreal).

De outro lado, a unidade impõe que o sistema jurídico não pode permitir “[...] uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas”, devendo antes fundar-se em “[...] uns quantos princípios fundamentais.”²³ Ou seja, o sistema jurídico deve ter princípios fundamentais que se consubstanciem em sua espinha dorsal, a partir da qual se possa extrair todos os demais elementos do sistema, tal como ocorre com a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a função social no sistema de direito privado.²⁴

O sistema jurídico, portanto, relaciona-se diretamente com as idéias de ordenação, unidade e autoridade estatal (*rectius*: organização político-administrativa), de modo que, neste momento, é possível uma tentativa de conceituação²⁵.

Trata-se da forma ordenada, racionalmente concebida, pela qual a autoridade estatal organiza determinados institutos jurídicos em torno de princípios que lhes conferem harmonia e unidade.

Note-se, portanto, que a noção de sistema jurídico afigura-se um pouco mais restritiva que aquela de “tradição jurídica”, embora com ela em certa medida se confunda – especialmente no que se refere ao caráter histórico cultural inerente a ambos os conceitos.

A questão relativa à nomenclatura de referidos conceitos adquire relevância não apenas em virtude do aspecto ontológico que circunda os termos, mas principalmente em razão do uso sinonímico indiscriminado por parte da doutrina.²⁶

Todavia, uma análise acurada dos termos acima referidos permite-nos afirmar que, do ponto de vista científico, “sistema jurídico” ou “família jurídica” são expressões que não

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 12.

²³ Ibid., p. 12-13.

²⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 198-199.

²⁵ Há, no entanto, inúmeros outros conceitos presentes na doutrina, de modo que o fazemos cientes de que “*omnis definitio in jure periculosa est*”.

²⁶ A título de exemplificação, ao se referir, por exemplo, ao *common law*, é possível apontar quem se utilize do termo “tradição jurídica” (caso, por exemplo, de Patrick H. Glenn, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud), “sistema jurídico” (termo mais comum encontrado na doutrina) e “família jurídica” (René David), dando-se a entender, em um primeiro momento, de que referidas expressões teriam o mesmo significado, isto é, referem-se a uma mesma manifestação da realidade.

podem ser equiparadas à “tradição jurídica”. Neste sentido é a advertência de John Henry Merryman ao explicitar a diferença entre as aludidas expressões, *verbis*:

*El lector observará que el término usado es “tradición jurídica, no “sistema jurídico”. El fin es distinguir entre dos ideas perfectamente distintas. Un sistema jurídico como se usa el término aquí, es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas. [...] Una tradición, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delito, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad [...].*²⁷

Daí ser possível afirmar-se que nos Estados Unidos, por exemplo, existe um sistema jurídico federal e 50 sistemas jurídicos estaduais, cada qual com seus institutos, particularidades legislativas e ritos procedimentais.²⁸ A concepção de Merryman, portanto, reflete exatamente a ideia de sistema jurídico desenvolvida, no sentido de forma ordenada, racionalmente concebida, pela qual a autoridade estatal organiza determinados institutos jurídicos em torno de princípios que lhes conferem harmonia e unidade.

As tradições jurídicas, por outro lado, não se consubstanciam em um amontoado de normas ou em instituições inerentes aos sistemas jurídicos, mas traduzem-se em aspectos historicamente sedimentados a respeito da natureza da norma, da função do direito e, principalmente, da forma como o direito é criado, aplicado, estudado e aprimorado por uma determinada comunidade.²⁹ A tradição jurídica – conforme a própria expressão sugere – relaciona-se diretamente ao aspecto histórico-cultural do fenômeno jurídico.³⁰ Em outras palavras, “[...] *la tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial.*”³¹

Com efeito, conforme já se pontuou, a ideia de sistema jurídico reflete uma realidade jurídico-normativa mais restrita que aquela deflagrada pela expressão “tradição jurídica”. Este reducionismo é ressaltado por Franz Wieacker, ao pontuar que o termo “sistema jurídico” é utilizado para se referir a determinados ordenamentos jurídicos que reúnam as seguintes características: (i) plena compreensão de todos os elementos de sua classe; (ii) do ponto de

²⁷ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 13-15.

²⁸ Ibid., p. 13.

²⁹ Ibid., p. 15.

³⁰ Um conceito mais amplo e elaborado do que vem a ser tradição jurídica pode ser encontrado em BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006. p. 15 et seq.

³¹ MERRYMAN, op. cit., p. 15.

vista externo, está fechado aos elementos que lhe sejam alheios, ou seja, é autárquico; (iii) do ponto de vista interno, é coerente e consistente.³²

De outro lado, exatamente por consistir em uma perspectiva mais ampla do fenômeno jurídico, a tradição jurídica não pressupõe uma identidade de ordenamentos jurídicos, com a preocupação de sistematizar conceitos e regras de institutos jurídicos de várias ordens jurídicas. Assim, por exemplo, cabe ao *sistema* jurídico brasileiro conceituar e regulamentar o que ele entende por contrato, sociedade, crime, família, etc., dentro da *tradição* jurídico-cultural romano-germânica.

Pode-se dizer, de modo mais simplificado, que as tradições jurídicas consistem em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados nas comunidades, traduzindo-se, em verdade, numa parte da cultura que lhes são inerentes; e os sistemas jurídicos, por sua vez, consubstanciam-se em ordenamentos sistematizados de instituições, procedimentos e normas jurídicas.

As diferenças e circunstâncias relacionadas às idéias de “tradição jurídica” e “sistema jurídico”, sobre as quais se discorreu, demonstram que, do ponto de vista científico, a referência a uma ou outra expressão, em tese, não poderia se dar de forma indiscriminada. E isto por uma razão muito simples: trata-se de conceitos distintos e que, portanto, refletem diferentes manifestações da realidade.³³

2.2 A tradição jurídica do *civil law*: panorama político-histórico do direito romano-germânico

A história e formação da tradição jurídica do *civil law* é a história e formação do direito privado no continente europeu. A tradição romano-germânica é, do ponto de vista temporal, mais antiga que a tradição jurídica do *common law*. A doutrina aponta como marco inicial do surgimento do *civil law* a publicação da Lei das XII Tábuas em 450 a.C.³⁴

³² WIEACKER, Franz apud ABOUD, Geroges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16.

³³ O uso não científico de referidos termos pela doutrina, por óbvio, não retira de tais trabalhos a autoridade intelectual de seus autores ou desqualifica as conclusões a que chegaram.

³⁴ Cf. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 16 e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 149 et seq.

A publicação da Lei das XII Tábuas³⁵, para além de ser referência cronológica do nascimento do *civil law*, representa uma de suas mais importantes características, a saber, a codificação, ainda que rudimentar, do direito.

Para caracterizar a tradição jurídica romano-germânica, buscar-se-á evidenciar e explicar algumas de suas principais particularidades, vale dizer, (i) a permanência da recepção do *Corpus Iuris Civilis*, que culminou no fenômeno da codificação; (ii) a criação do direito por meio de órgãos legislativos; (iii) a racionalização absoluta do fenômeno jurídico³⁶; e (iv) as fontes do direito.

A Lei das XII Tábuas, embora possa ser considerada o embrião do que mais tarde viria a ser denominado de *civil law*, não é a maior referência de direito escrito da história da tradição jurídica romano-germânica. Foi apenas a partir de 528 a.C. que o imperador Justiniano empreendeu a codificação do direito romano, por meio do *Corpus Iuris Civilis*.

A codificação empreendida por Justiniano foi composta de quatro partes, elaboradas cronologicamente entre 529 a.C. e 534 a.C., a saber: o Código (coleção das leis romanas), o Digesto ou Pandectas (conjunto das opiniões doutrinárias dos jurisconsultos romanos), as Institutas (resumo de toda doutrina do direito romano) e as Novelas (reformas realizadas por meio de leis).

Após a queda de Justiniano, o corpo de leis por ele compiladas caiu em desuso e, com o surgimento da primeira universidade em Bolonha, ao final do século XI, o estudo do direito voltou-se ao *Corpus Iuris Civilis* por uma série de razões, entre as quais se destaca sua alta qualidade intelectual:

Existían varias razones para darle atención preferente a este Corpus Iuris Civilis y desatender otros cuerpos jurídicos disponibles: Primera, la concepción del Sacro Imperio Romano era muy fuerte y vívida en la Italia del siglo XII; [...] Segunda, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del Corpus Iuris Civilis. Caían en la cuenta de que esta obra, que ellos

³⁵ “Os cidadãos romanos eram considerados mais como membros de uma comunidade familiar do que como indivíduos. A defesa privada tinha larga utilização: a segurança dos cidadãos dependia mais do grupo a que pertenciam do que do Estado. A evolução posterior caracterizou-se por acentuar-se e desenvolver-se o poder central do Estado e, conseqüentemente, pela progressiva criação de regras que visavam a reforçar sempre mais a autonomia do cidadão, como indivíduo. O marco mais importante e característico desse período é a codificação do direito vigente nas XII Tábuas, codificação feita em 451 e 450 a.C. por um decenvirato, especialmente nomeado para esse fim. As XII Tábuas, chamadas séculos depois, na época de Augusto (século I), fonte de todo o direito (*fons omnis publicit privatique iuris*), nada mais foram do que uma codificação de regras provavelmente costumeiras, primitivas, e, às vezes, até cruéis. Aplicavam-se exclusivamente aos cidadãos romanos.” MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

³⁶ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 571.

*llamaban “razon escrita”, era superior a las compilaciones barbarizadas que se pusieron en uso durante la dominación germánica.*³⁷

O estudo do direito passou então a ser exercido nas universidades, que detinham sua atenção ao ensinamento do direito romano compilado no *Corpus Iuris Civilis* por Justiniano. Não é por outra razão que, mais tarde, os estudiosos da legislação justinianeia que passaram a comentá-la ficaram conhecidos como glosadores.

Com o passar do tempo e a ascensão da ideia de soberania nacional, verifica-se, em especial no continente europeu, o surgimento do Estado, com a centralização do poder. Durante este processo, o direito ensinado nas universidades era aquele baseado nas leis escritas, fruto da influência que o *Corpus Iuris Civilis* exerceu ao longo do tempo na região dos países que posteriormente incorporaram a tradição do *civil law*.

A influência das regras escritas, cuja origem remonta à época do direito romano, é tão grande, que chegou a provocar uma certa confusão entre a ideia de direito e lei.³⁸ Referida circunstância evidenciou-se ainda mais com o advento do fenômeno da codificação, quando então os Estados modernos passaram a estruturar seus sistemas jurídicos por meio de códigos.

Os códigos, ao contrário do que ocorre com as compilações, ao mesmo tempo que põem fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, conferem coerência e sistematização à ordem jurídica que se pretende constituir. Foram exatamente tais aspectos que corroboraram para a centralização do poder e o surgimento dos Estados modernos, pois os códigos, em certa medida, conferiam legitimação à nova ordem que o soberano impunha aos seus súditos:

Por um lado, era necessário que ela [a codificação] fosse a obra de um soberano esclarecido, desejoso de consagrar – mesmo em detrimento dos privilégios da antiga ordem – os novos princípios de justiça, liberdade e de dignidade do indivíduo. Por outro, era preciso que a nova compilação fosse estabelecida num grande país, exercendo sobre os outros uma influência sobre a qual eles não saberiam esquivar-se.³⁹

Daí o surgimento de grandes codificações no continente europeu, a exemplo do Código Napoleônico (*Code Civil*) de 1804 e o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900. Verifica-se, portanto, que nos países de tradição romano-germânica, os

³⁷ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 26.

³⁸ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34. Para uma crítica a esta equiparação reitera-se a crítica realizada por Athur Kaufmann em KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 201-204.

³⁹ DAVID, op. cit., p. 67.

códigos têm papel de destacada relevância. A codificação, ensina Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] oferece uma estrutura sistemática, um arcabouço estrutural indispensável parara revelar os princípios do ordenamento jurídico e os valores fundamentais de uma sociedade.”⁴⁰

Os códigos, enquanto sistemas ordenados de leis escritas, são produtos dos órgãos legislativos, aos quais o poder estatal de cada país outorga competência para editar. Isto significa que o direito emana apenas das leis, não podendo ser criado a partir de decisões judiciais (*denial of judicial law-making*), como ocorre na tradição jurídica do *common law*.

A proibição de criação e inovação do direito por meio das decisões emanadas pelos tribunais decorre da tentativa de racionalização absoluta do fenômeno jurídico na tradição de *civil law*. E isto por razões de ordem histórica, eis que a ascensão do absolutismo na Europa continental significou a pretensão de substituir o rei por outro poder soberano, a saber, a Assembléia Soberana.⁴¹ Com o poder de criação do direito nas mãos do Parlamento, os países de *civil law* buscaram criar sistemas jurídicos os mais lógicos e racionais possíveis, com a intenção de prever todas as situações da vida em regras substantivas. Daí advém a ideia de que o *civil law* consubstancia-se em tradição jurídica tendente à racionalização máxima do fenômeno jurídico. Mas isto não quer dizer que os sistemas jurídicos de *civil law* sejam imunes a falhas.⁴²

Evidente, portanto, que a lei é a fonte do direito por excelência da tradição jurídica romano-germânica. Isto significa que, nos países de *civil law*, a maneira de se chegar à soluções de justiça deve se dar prioritariamente por meio da consulta às disposições legais.

A jurisprudência, entendida como as decisões emanadas dos tribunais, também é considerada fonte do direito na tradição romano-germânica.⁴³ E não poderia ser diferente, já que, conforme adverte Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] o direito dito pelos magistrados é experiência própria do direito romano”, principalmente quando se tem em vista que “[...] foi

⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 75.

⁴¹ Para uma análise histórica das razões pelas quais no *civil law* se nega poder de criação do direito ao juiz, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-52.

⁴² “O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador. Subsistem nele, sem sombra de dúvida, numerosas contradições e anomalias, devidas à História ou que se explicam por considerações de ordem prática. Os direitos romano-germânicos estão longe de uma ordenação puramente lógica, mas realizou-se um grande esforço neste sentido para simplificar o seu conhecimento.” DAVID, Réne. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 385.

⁴³ “A jurisprudência é considerada costumeiramente como fonte do direito ao lado do costume, da lei e da doutrina. A peculiaridade da jurisprudência é que ela sempre esteve intrinsecamente relacionada a outras fontes, uma vez que a origem e o desenvolvimento do costume devem ser vistos a partir da sua aplicação pelos tribunais. [...] Já a Ciência do Direito, que não se interessa pela jurisprudência, não passa de uma abstração etérea.” ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 300.

com o trabalho complexo dos jurisconsultos romanos, de interpretação das leis e das outras fontes do direito, que permitiu a formulação e elaboração da norma jurídica.”⁴⁴

Ainda que o conjunto de decisões judiciais proferidas pelos juízes e tribunais tenham relevância na tradição jurídica do *civil law*, a jurisprudência não tem o poder de criação do direito ou de vincular futuras decisões. Isto é tarefa do legislador. Mas isto é o que ocorre na teoria, conforme já alertava John Merryman na década de 1980 ao pontuar que “[...] *el punto de vista ortodoxo conscuientemente es que ningún tribunal está obligado por la decisión de outro tribunal em uma jurisdicción de derecho civil. [...] Esta es la teoría, pero en la práctica es diferente.*”⁴⁵

A ascensão da jurisprudência nos países de tradição romano-germânica, portanto, está exatamente no fato de que as decisões dos tribunais superiores, para além de criar direito⁴⁶, têm sido aplicadas pelos tribunais e juízes inferiores, principalmente em nome da bandeira da “economia processual”⁴⁷ – mas em total desacordo com a própria natureza do *civil law*.

Demais disto, não se pode deixar de destacar o elevado e relevante papel que a doutrina desempenha⁴⁸ enquanto fonte do direito⁴⁹ na tradição jurídica romano-germânica. E não poderia deixar de sê-lo, principalmente quando se tem em mente que a própria tradição do *civil law* teve seu nascedouro nas universidades romanas e nos ensinamentos dos jurisconsultos.

É por esta razão que, nos sistemas jurídicos filiados à tradição romano-germânica, baseados na lei escrita, é natural que a doutrina seja responsável pelo estabelecimento daquilo

⁴⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

⁴⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición juridical romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 85-86.

⁴⁶ No Brasil, a título de exemplificação, pode-se citar o enunciado sumular nº 115 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual “na instância especial é inexistente recurso interposto sem procuração nos autos”, não se admitindo a juntada posterior de procuração, o que contraria os artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. (Respectivamente artigos 76 e 104 do Código de Processo Civil de 2015)

⁴⁷ A doutrina elenca outros. Cf., neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 120-189.

⁴⁸ “O jurista tem a grave tarefa de promover a melhor aplicação do direito, aumentando, com a sua atividade, o grau de certeza da ciência do direito. A tarefa do jurista é a luta contra o arbítrio. Tudo o que ele escreve e exterioriza serve de norte para ações futuras, motivo pelo qual não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de busca científica.” Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 423.

⁴⁹ “O fato de a doutrina não ser dotada de efeito vinculante expresso tal como possui a lei, por exemplo, não deve desmerecer sua posição como importante fonte do direito. A força vinculante da doutrina advém da obrigatoriedade de se motivar as decisões judiciais contidas no inc. IX do art. 93 da CF/1988. Em outros termos, na quase totalidade dos casos, a decisão judicial não estará devidamente fundamentada, se não estiver utilizando a doutrina como fundamento e mecanismo de análise do texto legal perante o caso concreto.” ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 299.

que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina de “*standarts* jurídicos”, vale dizer, fórmulas interpretativas gerais resultantes de valorações capazes de conferir uniformidade a conceitos vagos ou ambíguos.⁵⁰ Em outras palavras, é à doutrina que cabe delimitar conceitos como os de “boa-fé objetiva”, “duração razoável” ou “justa causa”, que se encontram na lei positivada.

2.3 A tradição jurídica do *common law*: panorama político-histórico do direito anglo-saxão

A história e formação da tradição jurídica do *common law* é a história e formação da tradição jurídica da Inglaterra. E, do ponto de vista cronológico, pode-se afirmar, com relativa segurança, que o momento histórico que marcou o direito inglês é a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066.⁵¹

Antes da conquista dos normandos, o território inglês constituía-se, basicamente, de diversas tribos de origem germânica, com organização, língua e costumes distintos, de forma que não existia um território geograficamente delimitado, no qual pudesse existir qualquer traço de direito comum. A doutrina é assente no que se refere ao marco inaugural do *common law*, conforme descreve René David, *verbis*:

A história do direito começa, para os historiadores do direito inglês, na época em que, tendo cessado este domínio, diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos, dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra. [...] 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 uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece e o feudalismo instala-se na Inglaterra.⁵²

A menção à história de formação do *common law* não é mero capricho ou notícia histórica para ornamentar a presente pesquisa. Pelo contrário, o conhecimento histórico é indispensável à adequada compreensão da tradição jurídica do *common law*⁵³, que tem em sua estrutura institutos que põem em evidência seu caráter tradicional.

⁵⁰ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 247.

⁵¹ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 356 e GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 238.

⁵² DAVID, op. cit., p. 357-358.

⁵³ “R. C. van Caenegem has therefore concluded that the best explanation for the existence of a common law tradition is the historical accident, or chance, of the military conquest of England by the Normans. By ‘chance’ he means simply circumstances for which we can give no adequate explanation, and certainly no legal explanation.” GLENN, loc. cit.

Assentada esta primeira premissa, da mesma forma como se procedeu com relação ao *civil law*, buscar-se-á caracterizar o *common law* evidenciando-se e explicando-se algumas de suas principais particularidades, a saber, (i) seu caráter histórico; (ii) a importância do processo; (iii) as fontes do direito; e (iv) a prevalência dos fatos. Ressalta-se, no entanto, que há outros aspectos que diferenciam o *common law* de outras grandes tradições jurídicas que, para os desideratos deste estudo, foram omitidos.

O caráter histórico do *common law* deve-se, essencialmente, a duas ordens de razão intimamente ligadas entre si, a saber, a) ao fato de não existir um direito comum (no sentido de imposto a todos) antes da conquista normanda e b) devido a isto, o *common law* ser uma tradição jurídica assentada sobre a tradição, a experiência e a razão prática da sociedade anglo-saxônica.⁵⁴

Conforme já se afirmou, antes da conquista normanda, em 1066, o território inglês constituía-se em um emaranhado de diversas tribos com língua e costumes distintos, circunstância que impedia a centralização do poder e, com isto, a imposição de uma ordem jurídica. Não havia como se impor um corpo de leis escritas, ante a diversidade de línguas existentes, nem como legitimar o poder por meio de uma doutrina religiosa, ante a coexistência de tribos com costumes e culturas variadas. A única possibilidade, ressalta o comparatista Patrick Glenn, era a imposição de uma ordem jurídica por meio de um corpo de juízes nos quais o monarca poderia confiar, *verbis*:

*The Norman, francophone heads of state of England, put together the basic ingredients of the common law in about a century and a half after the conquest of 1066. If you put yourself in their place, and think about what you would have done in the circumstances, you might have brought about the same results. [...] The only avenue for a Norman legal order, common to the realm, was through a loyal judiciary. This immediately marks off a common law tradition from all others. There was no loyal chthonic people, no available revelation, no corpus of learned, indigenous doctrine. So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king's peace to the different parts of the realm.*⁵⁵

Dentro desta perspectiva, a tradução da expressão inglesa “*common law*” ganha um sentido: o *common law* é, em oposição aos costumes e leis locais das inúmeras tribos germânicas do período pré-feudal, o direito comum à toda a Inglaterra (“*comuna ley*”).

⁵⁴ Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 572.

⁵⁵ GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 238-239.

É por esta mesma razão histórica que se pode dizer ser o *common law* uma tradição jurídica assentada sobre a tradição, a experiência e a razão prática da sociedade anglo-saxônica. Assim, após a conquista normanda, a ordem jurídica inglesa foi se conformando com a elaboração, por parte dos juízes e tribunais reais de justiça, de uma *comuna ley*, isto é, um direito inglês comum a todos do reino. E isto se dava, *grosso modo*, da seguinte maneira: os casos concretos, quando geravam algum tipo de litígio, eram levados à apreciação dos juízes que, amparados pela experiência e nos costumes, ditavam e produziam o direito.

O *common law* também é marcado pela importância do processo na condução dos casos⁵⁶, situação que também decorre, ainda que de forma indireta, da origem histórica desta tradição jurídica. Em sua origem – e até mesmo atualmente, ainda que não exatamente da mesma forma – o processo nos tribunais ingleses seguia a seguinte lógica: a depender do tipo de pretensão a ser deduzida, era necessário recorrer a um determinado tipo de queixa (*querela* ou *billa*) perante o tribunal, para que este então concedesse ao reclamante o respectivo *writ* (ordem).⁵⁷

Deste modo, cada *writ* concedido pelo magistrado correspondia a um dado processo, com uma série de procedimentos próprios, isto é, a seqüência dos atos a realizar, a maneira pela qual certos incidentes são regulados, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão e administração das provas em juízo e os meios de fazer executar a decisão exarada.⁵⁸ Todo este aparato procedimental, que quase sempre culmina na concessão (ou denegação) de um determinado *writ* pelo juiz, é situação estranha aos juristas de outras tradições jurídicas, que têm dificuldades de compreender a dinâmica e funcionamento das formas de ação.

De forma simplificada, um *writ* consubstanciava-se em instruções mandamentais originárias do poder real (*the Crown*) a uma autoridade real (normalmente o *Sheriff*, que era o primeiro funcionário do juiz, uma espécie de delegado), que indicava a ele quais os passos a serem tomados para avançar determinada investigação, por exemplo, a determinação de que o

⁵⁶ “So the common law came to be composed of a series of procedural routes (usually referred as remedies) to get before a jury and state one’s case.” GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 243.

⁵⁷ Ibid., p. 242-243 - “Each writ gave rise to a particular procedure to be followed, appropriate for the type of dispute. If you are not a common law lawyer, and even for those who are, the writs and forms of action are a world filled with darkness, complexity and, more recently, boredom. [...] But you can’t really understand a common law tradition without understanding their broad outlines and function. They were all there was; outside the writs, there was no common law, no way to state a case or get before a jury. They also allowed the judge to attain, and maintain, priority of place in the hierarchy of common law institutions.”

⁵⁸ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 363.

xerife intimasse o réu a se apresentar perante a Corte, a proceder ao confisco de propriedade, a formar um júri, entre outras.⁵⁹

É por isto que se diz, com certa frequência, que o *common law* é uma tradição jurídica voltada para o processo, no sentido (certamente exagerado) de que, mais importante do que realizar a justiça, ele visa solucionar litígios por meio de um conglomerado de procedimentos próprios (“*remedies precede rights*”).⁶⁰ Não é por outra razão que a doutrina enfatiza esta particularidade da tradição jurídica do *common law*:

É necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra. Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva de direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo.⁶¹

Em virtude de uma série de circunstâncias históricas e geográficas, o *common law* acabou por se tornar em uma tradição jurídica composta de uma infinidade de regras procedimentais (conhecidas atualmente como “*remedies*”) utilizadas com a finalidade de se postular perante um júri e apresentar o caso.

Outra marca distintiva do *common law* diz respeito às fontes do direito daquela tradição jurídica. Ora, na esteira do que já se afirmou, as fontes do direito encontram-se intimamente ligadas à natureza das tradições jurídicas, de modo que seu estudo afigura-se extremamente útil na revelação das fontes do direito de determinado Estado.

Com efeito, o *common law* é um direito eminentemente jurisprudencial (*case law*), razão pela qual a jurisprudência é a primordial e principal fonte do direito desta tradição jurídica. É preciso desde logo ressaltar que a ascensão da jurisprudência não se deu apenas em virtude das origens históricas que circundam o *common law*, mas também a outros fatores, como a pouca influência exercida pelas universidades e ao fato do legislador nunca ter dado maior relevância à codificação das leis.

Em contraposição ao que ocorreu nos países de *civil law*, em que o direito foi se modelando a partir da obra das universidades e do legislador, nos países de *common law* o direito foi sendo, em um primeiro momento, moldado sem qualquer preocupação lógica de sistematização, já que era imposto pelo processo dos tribunais. Enquanto na Europa ocidental

⁵⁹ Cf. GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 243.

⁶⁰ Ibid. - A doutrina é bem enfática neste ponto, havendo quem se refira ao viés procedimental da tradição anglo-saxônica como a mais distintiva característica do *common law*. Caso, por exemplo, do comparatista Patrick Glenn.

⁶¹ DAVID, Réne. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 363.

o estudo do direito afluía nas universidades no século XII⁶², o primeiro curso de direito na Inglaterra somente foi instituído no século XVIII, em 1758, na Universidade de Oxford.⁶³

Isto significa que os juristas ingleses não buscavam sua formação em universidades, mas sim na prática forense, em que a atenção às questões de processo e prova era imperativa.

Mas não é apenas por isto que a jurisprudência tem tamanha importância enquanto fonte do direito na tradição jurídica do *common law*: sua importância repousa na circunstância de ser a jurisprudência o mecanismo de criação, modificação e evolução do direito. E isto se dá por meio da regra do precedente⁶⁴, que dá autoridade às decisões judiciais.

Assim, no *common law* a jurisprudência, assim entendida como o conjunto de decisões judiciais proferidas pelos tribunais, é responsável pela edificação de sua própria tradição jurídica. Isto porque as regras emanadas das decisões judiciais passadas devem ser seguidas pelos juízes, garantindo a segurança, coerência e a própria existência do *common law* enquanto tradição jurídica.

Embora a obrigatoriedade e vinculação aos precedentes seja algo relativamente recente, pois “[...] só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente, impondo aos juízes o recurso às regras criadas pelos seus predecessores rigorosamente se estabeleceu”⁶⁵, o fato é que a jurisprudência sempre teve papel de destaque no *common law*.

A lei também é fonte do direito no *common law*, atualmente com destacada importância, mormente após a II Guerra Mundial, quando então proliferou a promulgação de leis com inspiração dirigista, tendentes à construção de uma sociedade nova.⁶⁶ A título de exemplificação, pode-se citar a promulgação, pelo Parlamento inglês em 1965, do *Law Commissions Act*, recentemente alterado em 2009, cujo objetivo foi o de estudar reformas a serem implementadas no direito inglês.

Ainda que a lei hoje desempenhe relevante função nos países de *common law*, tais países continuam a possuir um direito essencialmente jurisprudencial por pelo menos duas ordens de razão, a saber, a jurisprudência continua a orientar a criação e desenvolvimento do direito; e os juristas de *common law*, apegados à tradição da jurisprudência, ainda vêm os códigos e leis escritas com certo receio.⁶⁷

⁶² Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 166 et seq.

⁶³ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 386.

⁶⁴ O estudo da regra do precedente dar-se-á no Capítulo 3 deste trabalho.

⁶⁵ DAVID, op. cit. p. 428.

⁶⁶ Ibid., p. 434.

⁶⁷ Ibid., p. 436.

O costume, enquanto fonte do direito, tem um papel secundário na tradição jurídica do *common law*, não se podendo compará-lo, em termos de importância, com a jurisprudência ou a lei. Isto porque a própria evolução da *common law*, na medida em que buscou cristalizar um direito fundado na jurisprudência e na regra do precedente, acabou por substituir os usos e costumes da época tribal.

Tal circunstância, no entanto, não faz com que o costume tenha desaparecido da tradição jurídica do *common law*, a exemplo do que ocorre com a instituição do júri em matéria penal na Inglaterra, onde o juiz tem total liberdade de recorrer a ele ou não para formar seu convencimento, mas o costume impõe que a ele se recorra.⁶⁸

Por fim, o *common law*, até mesmo em decorrência das características já sublinhadas, é marcadamente uma tradição jurídica voltada aos fatos concretos, ao casuismo e à prática. Trata-se, por óbvio, de particularidade derivada da própria história e evolução do *common law*, que sempre deu prevalência ao processo, ao procedimento, à valoração de provas e à forma pela qual se ensina e aprende a ciência jurídica.

2.4 A tradição jurídica do direito brasileiro

Em virtude do sistema jurídico brasileiro basear-se na lei escrita, cuja criação, modificação e extinção é outorgada pela Constituição Federal ao Congresso Nacional (CF 5º, II e 44), diz-se que o Brasil é filiado à tradição do *civil law*.

Ocorre que, em virtude da aproximação cada vez crescente entre os sistemas de tradição românica e anglo-saxônica, circunstância para a qual Franz Wieacker já chamava atenção na década de 1960⁶⁹, bem como da inserção de determinados institutos na lei processual brasileira – *e.g.* súmula vinculante e efeito vinculante atribuído à jurisprudência dos tribunais superiores –, é de perquirir se o Brasil, efetivamente, constitui-se em país filiado ao *civil law*.

Parte da doutrina – embora não refute expressamente a filiação do sistema jurídico brasileiro à tradição romano-germânica – ressalta a crescente convergência das duas principais tradições jurídicas, ainda que sob enfoques e premissas conceituais distintas.

⁶⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 438.

⁶⁹ “Nas últimas décadas, estão em curso – não apenas na *Commonwealth*, mas também na Inglaterra e nos Estados Unidos – grandes modificações deste estilo jurídico [o *common law*]. O círculo jurídico anglo-saxônico aproxima-se um pouco – através de uma progressiva tendência, para as codificações parciais (*consolidations*) ou para as súmulas da jurisprudência em *restatments* oficiosos (USA) e de uma certa limitação do controle judiciário das funções públicas – do estilo racional e abstracto do continente.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 573-574.

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni, a partir de uma perspectiva histórico-crítica, busca pontuar determinados aspectos processuais do ordenamento jurídico brasileiro que evidenciariam a inexorável aproximação entre as jurisdições de *civil law* com as de *common law*. Em seu trabalho⁷⁰, Marinoni estabelece determinadas premissas e, a partir delas, busca demonstrar a confluência crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law*, circunstância que imporia a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.

Por primeiro, Marinoni estabelece que a tradição jurídica do *common law* não se confunde com a ideia de respeito aos precedentes. Isto porque o *stare decisis* somente se solidificou no direito inglês ao final do século XIX, muito tempo depois do surgimento das primeiras doutrinas que deram ares de cientificidade à tradição jurídica anglo-saxônica. Em verdade, o *common law* caracteriza-se pela criação judicial do direito (*law-making authority*), assertiva que conduz à segunda de suas premissas, qual seja, a de que no *common law* o precedente é fonte primária do direito (o que não significa necessariamente que a decisão judicial se equipare à lei tal como concebida pelo *civil law*).

Com suporte nestas premissas, Marinoni argumenta que o juiz da tradição do *civil law* criaria direito – supostamente indo de encontro ao arcabouço teórico da tradição romano-germânica – em três hipóteses, quais sejam, (i) ao deixar de aplicar a lei reputando-a inconstitucional; (ii) ao interpretar a lei conforme à Constituição; e (iii) ao suprimir omissão legislativa. O mencionado jurista chega a afirmar que a doutrina do constitucionalismo conferiu poderes ao juiz do *civil law* similares àqueles dotados pelo juiz do *common law*, *verbis*:

A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. [...] O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição.⁷¹

No que se refere ao fenômeno da codificação, Marinoni alega que referido fato não pode ser tomado como parâmetro de diferenciação entre as duas grandes tradições jurídicas, vez que, o que realmente variaria do *civil law* para o *common law* seria o significado que se atribui à ideia de código e à função que o juiz exerce ao considerá-los. Nas palavras do processualista paranaense, “[...] se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos,

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 175, 2009.

⁷¹ *Ibid.*, p. 180.

entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.”⁷²

Ademais, com a superação do paradigma “juiz-boca-da-lei” (*bouche de la loi*) – segundo o qual o juiz somente declararia aquilo estatuído na letra do texto normativo – tomou-se consciência de que a leitura do texto normativo implica um ato de compreensão. Para Marinoni, esta tomada de consciência implica reconhecer que, ao interpretar o texto legal, o juiz do *civil law* estaria criando direito para além da disposição literal contida na legislação.

Ousamos, respeitosamente, divergir do professor Marinoni que, embora tenha partido de premissas absolutamente corretas, chegou a conclusões que não nos parecem adequadas, conforme passaremos a expor.

Ao se analisar a forma de evolução e desenvolvimento da tradição romano-germânica sob uma perspectiva histórica – e neste ponto remete-se o leitor ao item 2.2 deste capítulo –, verificar-se-á que a codificação (não necessariamente na forma como atualmente o fenômeno é concebido) afigura-se elemento estruturante e fundante do *civil law*. Isto significa que, diferentemente do que ocorreu com a tradição anglo-saxônica, a positivação do direito por meio de leis escritas racional e sistematicamente organizadas, refletiu a concretização de práticas profundamente arraigadas na história dos povos que deram origem ao *civil law*. A circunstância de haver leis escritas – e até mesmo códigos – em países de *common law* não significa, *de per se*, que a codificação não pode ser considerada elemento distintivo entre ambas as tradições jurídicas. Aliás, a diferente valoração (ou atribuição de ideologia) aos códigos aludida pelo professor Marinoni decorre exatamente da história na formação e desenvolvimento do *common law* e do *civil law*.

A superação do *juge bouche de la loi* e o reconhecimento de que o ato de interpretar implica um ato de compreensão tampouco pode ser utilizado como parâmetro de aproximação entre as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. E isto se deve por pelo menos duas ordens de razão. A primeira delas diz respeito ao fato de que o fenômeno jurídico só pode ser compreendido na e por meio da linguagem. Com a superação do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem, deve-se reconhecer que o direito é linguagem e somente pode ser compreendido como uma linguagem:

Os juristas não se deram conta do fato de que o Direito é linguagem e terá de ser considerado linguagem em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 184, 2009.

quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime e atinge-nos através dessa linguagem, que é.⁷³

Assim, o fenômeno jurídico, inclusive a disposição literal de lei, deve ser compreendida e interpretada sob essa ótica.

Em segundo lugar, a plurissignificância das palavras e a consequente interpretação do texto de lei não necessariamente deságua em criação do direito para além daquilo que dispõe o texto normativo. Conforme se demonstrou no primeiro capítulo, a metódica estruturante em que se funda este trabalho reconhece (i) que o processo de concretização da norma jurídica é impossível fora da linguagem; (ii) que os elementos lingüísticos da norma (programa normativo) constituem-se em ponto de referência para o processo de concretização; e (iii) que a norma jurídica – ou o produto do processo de concretização – tem como limite o próprio texto de lei.

Portanto, o fato do juiz poder interpretar a lei não se consubstancia, por si só, em fenômeno de criação judicial do direito e tampouco torna determinada tradição jurídica em *common law*.

Por fim, no que se refere às três formas pelas quais o juiz de *civil law* criaria direito, deve-se consignar que a existência de omissões no sistema jurídico e a criação de mecanismos técnico-processuais de colmatação de lacunas (*e.g.* mandado de injunção), bem como o reconhecimento de que determinada lei esteja em desacordo com a Constituição (*e.g.* declaração de inconstitucionalidade; interpretação conforme à Constituição e declaração de nulidade sem redução de texto) não equiparam o juiz de *civil law* àquele do *common law*. Tampouco modificam o edifício estruturante sobre o qual se assenta a tradição jurídica do *civil law* em geral, e o sistema jurídico brasileiro em particular.

Tais mecanismos decorrem da inexorável circunstância de que o texto normativo e sua concretização no caso concreto podem se mostrar insuficientes à solução do caso concreto individual. Demais disso, referidas técnicas encontram-se positivadas na lei e somente podem ser utilizadas pelo juiz nas restritivas e taxativas hipóteses presentes na legislação. Trata-se, portanto, de exceção.

Assim, não se afigura possível dizer que o juiz de *civil law* tenha poder de criação judicial do direito tal como o do juiz da *common law*.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 74.

Alexandre Bahia, Dirle Nunes e Humberto Theodoro Júnior, a partir de um enfoque metodológico que parte da análise macrossistêmica das perspectivas e idiosincrasias próprios do sistema jurídico brasileiro⁷⁴, também reconhecem a convergência das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law*.

Os processualistas mineiros reconhecem que o Brasil não está imune à tendência de junção das duas grandes tradições jurídicas, principalmente à vista do fato da crescente importância que se atribui ao julgamento dos tribunais superiores e à fundamentação das decisões proferidas.

No entanto, há uma preocupação com o estabelecimento de bases científicas para a construção de uma teoria dos precedentes adequada ao sistema jurídico brasileiro, evitando-se assim o fenômeno da “padronização decisória”⁷⁵ e do “consequencialismo decisório”⁷⁶.

Há, no entanto, aqueles que, para além de reconhecerem a mixagem entre o *civil law* e o *common law* como tendência mundial, enxergam no Brasil a formação de uma tradição jurídica própria.

É o caso de Fredie Didier Júnior, para quem o Brasil não se filia nem à tradição jurídica do *civil law*, nem à do *common law*, mas sim a uma tradição jurídica própria e peculiar, que denomina, sem ironia ou chiste, de *brazilian law*:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica. Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas, etc.).⁷⁷

⁷⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 189, p. 9, 2010.

⁷⁵ Técnica que permite aos tribunais julgar “teses” e não “casos” com a finalidade de elaborar decisões modelo.

⁷⁶ “Um ponto que merece ser reanalisado é a aludida tendência dos partidários de determinadas correntes ativistas, no campo da politização do Poder Judiciário e da Judicialização da Política, do denominado consequencialismo decisório que permitiria aos juízes e Tribunais anteverem o impacto de sua decisão no campo político, econômico e social, como se a via jurisdicional e processual permitissem a expertise necessário na estruturação de políticas públicas.” BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 21.

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 42-43.

A despeito da evidente tendência de aproximação entre as tradições jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica, discordamos do posicionamento compartilhado pelo ilustre processualista baiano.

Com efeito, o direito vigente no Brasil é baseado na lei escrita, vale dizer, estruturado em um ordenamento jurídico de leis hierarquizadas e positivadas. Não é por outra razão que temos uma Constituição Federal escrita, inúmeros códigos, consolidações de leis e inúmeras categorias de dispositivos legais (leis ordinárias, leis complementares, decretos, etc.).

A fonte primária a que o jurista brasileiro recorre quando da solução de um caso concreto é a lei. É por esta razão que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro obriga o juiz a se socorrer de outras fontes do direito, apenas e tão somente *na omissão da lei* (DL 4.657/42 4º)⁷⁸.

Por outro lado, a construção de um sistema de valorização de precedentes judiciais extremamente complexo, a que faz alusão o professor Fredie Didier, deve ser vista com cautela e reservas.⁷⁹ O mesmo deve se dizer com relação ao argumento relativo ao sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, que é misto, inspirado tanto no modelo norte-americano do *judicial review* (controle difuso), quanto no modelo austríaco de corte constitucional (controle concentrado).

Muito embora ambos os sistemas de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro tenham tido diferentes inspirações, o fato é que ambos possuem previsão legal na Constituição Federal: o art. 97 prevê a possibilidade do controle difuso e o art. 102 prevê a possibilidade do controle concentrado. Em outras palavras: ambos sistemas coexistem na ordem jurídica brasileira em virtude de expressa disposição legal. A circunstância de o controle difuso ter seu nascedouro em país típico do *common law*, não significa, *de per se*, que estaríamos a incorporar instituto próprio daquela tradição jurídica. Até porque, conforme já se referiu, o *judicial review* não é elemento distintivo do *common law*, sendo em verdade

⁷⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Seção 1. p. 1.

⁷⁹ Neste mesmo sentido é o posicionamento de Theodoro Júnior, Bahia e Nunes: “A defesa dessa ‘pseudo-igualdade’ para aumentar a eficiência (quantitativa), fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder Judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do Judiciário e de um aparato adequado), deve ser tematizada com muita cautela.” BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 189, p. 15, 2010.

instituto que surgiu *dentro* do *common law*, portanto, em momento muito posterior à formação da tradição jurídica anglo-saxônica.

De outro lado, o fato dos juízes brasileiros atualmente fazer remissão indiscriminada e, em alguns casos, de forma atécnica, à jurisprudência dos tribunais superiores, não pode ser confundida com a teoria do precedente própria da tradição jurídica do *common law*. Aliás, consoante demonstrar-se-á com maior precisão posteriormente, o precedente judicial do *common law* em nada se assemelha à jurisprudência dotada de efeito vinculante ou ao instituto das súmulas vinculantes, conforme precisa lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbis*:

Com a instituição da súmula vinculante no Brasil, tem sido comum associá-la ao *stare decisis*, como se fosse instrumento análogo ao precedente norte-americano. A súmula vinculante, instituto do *civil law*, distingue-se dos *precedents* do *common law*, precisamente porque o sistema do *stare decisis* é um dos elementos substanciais aptos a estabelecer diferença entre o *civil law* e o *common law*. No nosso sistema (*civil law*) vigora a primazia da lei, sendo dela que o juiz, fundamentadamente, extrai os princípios necessários para a solução da causa.⁸⁰

Não se pode olvidar também o destacado e relevante papel que a doutrina desempenha no direito brasileiro, seja para revisar conceitos há muito tempo sedimentados, seja para introduzir novos paradigmas de interpretação, criação e modificação da lei.

Estas circunstâncias apontam que o Brasil possui sistema jurídico próprio da tradição jurídica do *civil law*, não somente em virtude da presença de todos os requisitos daquilo que se denomina tradição jurídica romano-germânica – supremacia da lei escrita, ausência de produção judicial do direito, prestígio da doutrina e das universidades – mas principalmente em função da ausência de mecanismos de criação judicial do direito por meio de um sistema de precedentes.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 665-666.

CAPÍTULO 3 A DOCTRINA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *COMMON LAW*

3.1 Conceito e formação do precedente judicial

A palavra “precedente” – juntamente com todos os significantes que a circundam – é um dos vocábulos do *common law* cuja essência mais degenerações sofreu nos países de tradição romano-germânica. Referida vulgarização da ideia de “precedente” é ainda mais perceptível no sistema jurídico brasileiro, que busca, de forma atécnica e assistemática, importar um instituto cuja consolidação levou mais de setecentos anos para se concretizar. A despeito de um notável fervor doutrinário e legislativo em torno do “precedente” – como se fosse a panacéia do judiciário tupiniquim – esta circunstância não passou despercebida por parte da doutrina, a exemplo da acurada crítica perfilhada por Georges Abboud e Lenio Streck:

[...] interpretação não se faz por maioria e nem com torcida organizada; tampouco atendendo eventual maioria de um lado ou de outro. E nem fixando de antemão todas as possíveis e inimagináveis hipóteses de aplicação, como se pretende com a introdução das Súmulas Vinculantes e a “doutrina do precedente”, em uma espécie de *commonlização* do sistema jurídico brasileiro. [...] Em uma perspectiva hermenêutica, uma batalha – a exemplo do “problema” – só é uma batalha para quem sabe o que é uma batalha. Uma batalha só é uma batalha para quem tem a (pré)compreensão do que seja o fenômeno “batalha” [...]. Desde 1988, olhamos o fenômeno da aplicação do direito. Poucos compreende(ra)m o fenômeno “como” fenômeno (na hermenêutica se diz “algo como algo”- *etwas als etwas*).¹

É exatamente em vista da trivialização da noção de “precedente” que se faz necessário um excursus sobre o conceito e formação do precedente judicial sob a ótica da tradição jurídica do *common law*.

O ser humano, de modo geral, tende a considerar os precedentes da vida – isto é, aquilo que fizemos no passado – como pontos de apoio para tomada de decisões futuras, tanto de modo consciente, quanto inconscientemente. Em outras palavras: é da natureza humana buscar atribuir coerência aos nossos atos e relacionamentos – seja com colegas de trabalho,

¹ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 9-10.

alunos, crianças ou amigos – na tentativa de pautar nosso comportamento de forma justa (e de assim sermos reconhecidos).²

Uma primeira noção de precedente judicial, portanto, leva em consideração esta tendência natural do ser humano: precedentes são decisões passadas que funcionam como referenciais/modelos para decisões futuras.³

De fato, de forma um tanto quanto simplificada, pode-se dizer que o precedente judicial constitui-se em uma decisão passada tomada como paradigma para solucionar uma questão futura semelhante. Sob esta concepção, ao se deparar com um caso concreto, a primeira atitude do juiz do *common law* é analisar as peculiaridades do caso atual posto a julgamento com aspectos semelhantes de casos julgados no passado. Trata-se de um exaustivo processo de análise, pesquisa e comparação, como bem ressalta Benjamin Cardozo:

Entramos na terra do mistério quando a Constituição e a lei escrita nada dizem e o juiz precisa buscar na *common law* a norma que se ajusta ao caso. Ele é o “oráculo vivo da lei”, nas eloqüentes palavras de Blackstone. Observando o Sr. Oráculo em ação, vendo seu trabalho à luz crua do realismo, como ele inicia sua tarefa? A primeira coisa que ele faz é comparar o caso que tem diante de si com precedentes arquivados em sua mente ou ocultos nos textos legais. [...] Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los. Se são casos claros e objetivos, talvez não seja necessário recorrer a mais nada. [...] É um processo de pesquisa, comparação e alguma coisa mais. [...] Ele deve então ajustar a lei aos litigantes que ali estão, e, ao ajustá-la a eles, estará ajustando-a aos outros.⁴

É por esta razão que a doutrina do precedente funda-se no adágio romano “*stare decisis et quia non movere*” – que significa, literalmente, “manter aquilo que foi decidido e não mover as coisas quietas”⁵ – bem como na expressão inglesa “*like cases should be decided alike*” (casos semelhantes devem ser julgados igualmente).

Esta particularidade da doutrina dos precedentes deve-se em grande parte à mudança do método filosófico que norteou o pensamento do final do século XVII. Com efeito, a teoria do precedente guarda raízes na teoria do conhecimento científico desenvolvida principalmente

² “In day to day life we often consider precedent, or what we have done in the past, to help us make decisions and create rules, whether we do so consciously or unconsciously. We strive to bring some consistency to our actions in dealing with our coworkers, students, children, and friends so that we will be fair in our dealings and will be recognized as such.” ALGERO, Mary Garvey. The sources of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation, *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 65, p. 775-822, n. 2, 2005. p. 782.

³ Ibid., p. 782. “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of the present is a basic part of human practical reason.”

⁴ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 8-10.

⁵ É possível traduzir-se a expressão também como “[...] manter aquilo que foi decidido e não alterar a lei estabelecida” (*to stand by things decided and not disturb settled law*).

por Robert Boyle, Isaac Newton e John Locke no final do século XVII e início do século XVIII, posteriormente desenvolvida no meio do século XVIII por David Hume.

Para Hume, o conhecimento da verdade relaciona-se aos hábitos mentais de verificação da própria verdade, de modo que referidos hábitos mentais e convenções sociais derivam do passado. Esta era uma leitura metafísica da teoria de Robert Boyle, segundo a qual a última fonte do conhecimento, tanto nas ciências naturais quanto nas ciências sociais, reside na verificação e validação empírica dos fenômenos. Desta forma, a teoria tradicional do precedente prega que a aplicação reiterada de prévias decisões pelo judiciário a casos análogos é a melhor evidência de sua provável validade, assim como as repetidas confirmações de experimentos científicos por físicos e químicos é prova da provável legitimidade de suas descobertas.⁶

Verifica-se, portanto que, em suas origens, a teoria do precedente repousa nas idéias de casuísmo, comparação, verificação e tradição: o caso concreto posto a julgamento deve ser analisado e cotejado (comparação) à luz dos inúmeros e reiterados casos anteriores (casuísmo) análogos (verificação) para que sejam julgados de forma semelhante (tradição). Não é por outra razão que, em seus primórdios, o direito na *common law*, além de possuir um caráter moral, legal e político, é marcado pela tradição histórica, isto é, pela necessidade de se preservar e desenvolver a tradição do povo a quem pertence (por meio da resolução de casos de forma análoga). Esta é a razão pela qual se diz que a tradição do *common law* é baseada no método experimental de casos (*case law*).

O precedente, todavia, não pode ser compreendido apenas e tão somente como uma decisão pretérita que serve de parâmetro para a resolução de um caso futuro. Isto é, a concepção do precedente não se reduz à ideia do “*like cases should be treated alike*”. Há outros fatores e circunstâncias que devem ser levados em consideração para saber em que consiste o precedente judicial da tradição jurídica do *common law*.

Neste sentido, é preciso compreender que o precedente judicial não cabe no texto que lhe serve de suporte. Isto significa que a questão jurídica de um precedente não pode ser

⁶ “The traditionary doctrine of precedent was founded on a theory of scientific knowledge similar to that expounded in the late seventeenth and early eighteenth centuries by Robert Boyle, John Locke, Isaac Newton, and other members of the Royal Society, and subsequently developed in the mid-eighteenth century by David Hume. Hume traced our knowledge of truth to our mental habits of testing truth and he traced those habits of the mind to social conventions handed down from the past. This was a metaphysical version of Robert Boyle's theory that the ultimate source of knowledge in both the natural and social sciences is professional verification and acceptance of empirical observation. The traditionary doctrine of precedent treated the judiciary's repeated application of previous holdings to analogous cases as the best evidence of their probable validity, just as the repeated confirmation of the results of scientific experiments by physicists and chemists was treated as proof of the probable truth of their findings.” BERMAN, Harold J.; REID JUNIOR, Charles J. The transformation of english legal science: from Hale to Blackstone. *Emory Law Journal*, Emory, n. 45, p. 450-451, v. 2, 1996.

reduzida a um enunciado abstrato e prescritivo contido em uma expressão lingüística, como se uma regra de direito legislado fosse. Em outras palavras: o precedente não é extraído de um trecho escrito do voto elaborado pelo juiz do *common law* para ser tomado como parâmetro para a resolução de um caso futuro.

E isto decorre de determinadas particularidades ínsitas à própria tradição jurídica do *common law*, quais sejam, o seu caráter histórico e a destacada prevalência dos fatos na resolução dos casos.⁷ Ora, ao assentar-se na tradição, na experiência e na razão prática da sociedade como um todo, é de se concluir que o precedente próprio do *common law* confira evidente importância aos fatos do caso concreto.

Bem por isto não se pode conceber o precedente – ou a questão jurídica que eventualmente servirá de base para a solução de um caso futuro – de forma destacada dos fatos. Todo precedente tem origem nas peculiaridades e circunstâncias fáticas que foram postas a julgamento, de modo que qualquer tentativa de compreensão do precedente de forma abstrata (isto é, como simples enunciado lingüístico isolado dos fatos que lhe deram origem) é equivocada e anti-hermenêutica.

A razão para tanto reside na circunstância de que todo precedente possui um componente hermenêutico, como bem explicita Maurício Ramires:

O precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões é imprescindível. A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, é justamente a de compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido. Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da *common law* nunca cedeu à tentativa de esquecer os fatos ou de escondê-los sob as conceituações jurídicas contidas nas decisões judiciais ou nas *opinions of the court*. Ao contrário, para o juiz daquele sistema decidir invocando o precedente, é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los ele poderá aplicar a regra.⁸

Logo, dizer-se que o precedente judicial possui um componente hermenêutico significa dizer que o estabelecimento do direito por meio da resolução de casos impõe ao juiz a análise do direito como facticidade, no sentido de examinar o texto legal (e.g. o voto

⁷ Neste ponto, reporta-se o leitor à seção 2.3 deste trabalho, que descreveu e evidenciou as principais particularidades da tradição jurídica anglo-saxônica.

⁸ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70-71.

produzido pelo Tribunal) à luz da situação concreta que lhe deu origem (as peculiaridades fáticas do caso).⁹

É por esta mesma razão que Ronald Dworkin afirma que a força dos precedentes não se limita aos limites lingüísticos dos enunciados que os compõem. Para o jusfilósofo norte-americano, o que torna uma decisão judicial um precedente é sua “força gravitacional” (que, ao contrário do que se imagina, não se resume a um enunciado lingüístico):

Os juízes e juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites lingüísticos de uma determinada formulação. [...] A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. [...] A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo.¹⁰

O precedente, portanto, não é forjado com a prévia intenção de se estabelecer como paradigma para resolução de casos futuros – tal como o enunciado legislativo é concebido na tradição jurídica do *civil law* – mas é produto da análise do caso concreto (atual) posto a julgamento.

Para além de se fundar no brocardo de “tratar casos iguais de forma igual” e de ter origem nas circunstâncias fáticas que lhe deram origem, o precedente judicial – diversamente do que comumente se afirma – não tem origem nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

O precedente da tradição do *common law* nasce na primeira instância. São os juízes que, ao receberem uma causa para julgamento e buscarem a solução jurídica e constitucionalmente adequada, forjam as decisões que futuramente serão tidas como precedentes judiciais.

Com efeito, embora sejam os órgãos de cúpula (tribunais e cortes superiores), normalmente formados por colegiados de juízes, que *estabelecem e delimitam* os precedentes judiciais (ao fazerem referências a julgados pretéritos), são os julgadores de primeira instância que formulam as balizas do futuro precedente judicial.

É o juiz singular que, em contato maior com as circunstâncias fáticas do caso concreto – colhendo o depoimento pessoal das partes, inquirindo testemunhas e diligenciando a produção do maior número possível de provas – ao proferir sua decisão, delineia as questões

⁹ Daí a razão pela qual se impõe o estudo do precedente judicial à luz de uma concepção pós-positivista do direito, que impõe a compreensão do fenômeno jurídico sem a rigorosa separação “direito/realidade”, conforme se demonstrou no capítulo 1 deste trabalho.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 174-176.

jurídicas que têm o potencial de futuramente vir a serem consideradas precedentes judiciais. Portanto, não é no órgão colegiado hierarquicamente superior que *nasce* o precedente (ou seus fundamentos), mas sim no juiz singular.

Eis o fator democrático que confere legitimidade ao precedente judicial: ele não é instituído pelo tribunal superior na forma de uma tese jurídica representada por meio de um enunciado legislativo, mas nasce da decisão judicial proferida pelo juiz singular ao concretizar o direito à luz das peculiaridades fáticas do caso concreto. Não é por outra razão que Benjamin Cardozo afirma que “[...] a *common law* não segue uma trajetória que parte de verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões dela derivadas por dedução.” Para o citado jurista, o método do direito anglo-saxônico “[...] é indutivo, e extrai suas generalizações de proposições particulares.”¹¹

É possível dizer-se, portanto, que o precedente judicial consubstancia-se em uma questão jurídica oriunda de uma prévia decisão judicial caracterizada por três condicionantes, quais sejam, (i) o fator histórico (assenta-se na tradição, sendo o resultado de um método experimental de casos – “*case law*”); (ii) o fator hermenêutico (não cabe no texto que lhe dá suporte, não podendo ser desvinculado dos fatos subjacentes); e (iii) o fator democrático (nasce, isto é, tem suas balizas delineadas, na decisão judicial do juiz singular).

Neste ponto, é preciso assentar-se que o precedente judicial não se forma ou, melhor dizendo, não é assim reconhecido no momento da prolação da decisão judicial. A formação do precedente é lenta e gradual, de modo que seu estabelecimento somente se dá após reiteradas e sucessivas decisões judiciais proferidas em um mesmo sentido ao longo do tempo. Consoante já se afirmou, não é no momento do julgamento de um *leading case* que os tribunais do *common law*, de forma apriorística, conferem status de precedente à determinada questão jurídica contida na decisão judicial. Tanto é verdade que “[...] quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs. Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.”¹² Somente três décadas após o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, é que o precedente oriundo da referida decisão adquiriria a importância que atualmente ostenta.

¹¹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11-12.

¹² ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 537.

É por esta razão que Benjamin Cardozo, ao se referir à formação do precedente, pontuou que referido processo é “lento e penoso”, *verbis*:

As causas não expõem seus princípios gratuitamente. Só revelam seu cerne de maneira lenta e penosa. O exemplo não pode levar a uma generalização até que o conheçamos tal como é. Isso, por si só, já não é uma tarefa fácil. Pois a coisa julgada muitas vezes chega a nós envolta em pronunciamentos incidentais (*dicta*) impenetráveis, que devem ser rejeitados e deixados de lado. Os juízes diferem muito em sua reverência pelos exemplos, comentários e pelas observações secundárias de seus predecessores, para não mencionar as diferenças entre eles próprios.¹³

O processo de formação do precedente, portanto, requer tempo e amadurecimento da análise de questões jurídicas semelhantes postas a julgamento ao longo do tempo pelos juízes do *common law*.

Assentado, portanto, o conceito e a formação do precedente judicial, necessário que se o diferencie de outros institutos, particularmente com a decisão judicial e a coisa julgada *erga omnes*.¹⁴

A despeito do *common law* constituir-se em tradição jurídica fundada no poder de criação judicial do direito (*judicial law-making*), nem toda decisão judicial pode ser considerada precedente. Com efeito, só pode ser considerada precedente a decisão judicial “[...] dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.”¹⁵ Somente a prévia decisão caracterizada pelos fatores condicionantes acima delineados é que pode, futuramente, vir a ser considerada precedente judicial. Neste sentido, é possível dizer que todo precedente nasce de uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser considerada precedente:

*Where a court makes a decision that contains in itself a principle, it creates a judicial precedent. The opinion in which the judge formulates his reasons for the decision is not the precedent, although it may be impossible to ascertain the precedent without a study of the opinion, since only from the opinion may one discover what facts are regarded by the court as material. [...] From the decision considered in relation to the material facts, one can isolate the principle of the case, which is the precedent.*¹⁶

¹³ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 16-17.

¹⁴ A diferenciação do precedente judicial com demais institutos, tais como a súmula, súmula vinculante e o efeito vinculante das decisões judiciais será objeto de análise no capítulo 4 deste trabalho.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 215.

¹⁶ JOHN, Hanna. The role of precedent in judicial decision. *Villanova University Law Review*, Pennsylvania, v. 3, n. 3, p. 370, 1957.

Portanto, a decisão judicial, ainda que prévia e enfrente questão de direito¹⁷, não necessariamente pode ser considerada precedente, pois pode não ter enfrentado todos os argumentos relacionados à questão jurídica posta a julgamento ou pode não ter delineado, de forma cristalina, o princípio que norteará futuras decisões. Até porque, conforme já se demonstrou, os contornos de um precedente somente surgem “[...] a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.”¹⁸

Por fim, não se pode equiparar a coisa julgada dotada de efeito *erga omnes* para a tutela de direitos coletivos com o precedente judicial. Conforme ensina Nelson Nery Junior, a coisa julgada consubstancia-se na qualidade que torna imutável o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a impugnação por meio de recurso.¹⁹ Assim, a decisão judicial proferida em um determinado processo individual que tenha sido acobertada pela coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) impede que o comando judicial contido no dispositivo seja objeto de rediscussão por qualquer das partes.

Relativamente ao processo coletivo, em que se busca a tutela de direitos difusos ou individuais homogêneos, a coisa julgada ganha contornos particulares, uma vez que, em sendo o bem tutelado pertencente a uma coletividade de pessoas, impõe-se que a coisa julgada seja estendida àqueles que efetivamente não participaram da relação jurídico-processual subjacente (*erga omnes*).²⁰ No entanto, ao contrário do efeito persuasivo do precedente, cuja vinculação decorre de circunstâncias histórico-concretas (vale dizer, próprias dos casos julgados), a extensão da coisa julgada a terceiros decorre de expressa imposição legal, isto é, sua vinculação é genérico-abstrata.²¹

¹⁷ Note que a expressão “questão de direito” não pode ser compreendida tal como na doutrina processual contemporânea (isto é, em contraposição a uma “questão de fato”). A “questão de direito” típica do precedente do *common law* deve ser entendida como uma “questão jurídica”, isto é, delineada à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto. Cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

¹⁹ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 52.

²⁰ Para uma análise da coisa julgada nos processos coletivos no sistema processual civil brasileiro, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 175 et seq.

²¹ Cf. ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 85.

Ademais, a coisa julgada *erga omnes* própria dos processos coletivos tem por escopo concretizar o princípio da isonomia para jurisdicionados que estejam em uma mesma situação jurídica (ainda que não façam parte da relação processual subjacente). Em outras palavras: a coisa julgada *erga omnes* oriunda do processo coletivo somente tem eficácia perante aqueles que se encontram em posições jurídicas semelhantes, delimitadas pelo pedido e dispositivo contidos na relação jurídico-processual subjacente.

O precedente judicial, para além de possuir força vinculante histórico-concreta, tem potencial para solucionar diversos novos casos concretos e que não possuam, necessariamente, a mesma relação jurídica subjacente, como bem pontuam Georges Abboud e Lenio Streck:

O precedente não é utilizado para solucionar diversas questões jurídicas presentes no mesmo processo, ele será utilizado como parâmetro normativo que poderá ser útil para deslindar diversos novos casos, ainda que não tenham a mesma relação jurídica subjacente. Basta pensar, por exemplo, no precedente *Marbury vs. Madison* [5 U.S. 137 (1803)], cuja utilização pode levar à solução de questões cíveis, penais, tributárias, etc., desde que seja necessário praticar-se a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade) naquele caso.²²

Por fim, ao contrário do precedente judicial – que é passível de modificação/superação²³, conforme demonstrar-se-á adiante – a coisa julgada *erga omnes* adquire imutabilidade, não sendo possível alterá-la posteriormente (salvo a hipótese de sua desconsideração).

3.2 As ideias de *ratio decidendi* e *obiter dictum* no *common law*

A doutrina dos precedentes, isto é, a ideia de que casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante (*like cases should be decided alike*) não pode ser confundida com a teoria do *stare decisis*, como comumente confunde a doutrina nacional.²⁴ Trata-se de

²² ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 87.

²³ Ibid., p. 87 - “[...] o precedente não é imutável, o que é imutável é a primeira decisão que o originou, em virtude da formação da coisa julgada material, a forma como se interpreta o precedente, sua modificação, superação e abandono são plenamente possíveis no âmbito do *common law*.” Neste mesmo sentido, cf. TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*. 3rd. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 243.

²⁴ “De início, cumpre esclarecer que a doutrina dos precedentes, apesar de anterior não é sinônima de *stare decisis* [...]. Essa temática vem sendo deixada de lado nas discussões feitas em *terrae brasiliis*. Confunde-se, cotidianamente, *stare decisis* com a doutrina dos precedentes.” ABOUD; STRECK, op. cit., p. 36.

conceitos distintos, ainda que inter-relacionados, com desenvolvimento teórico e temporal diversos.

Conforme se demonstrou, a tradicional doutrina dos precedentes deita raízes na teoria do conhecimento científico desenvolvida por Robert Boyle, Isaac Newton e John Locke, posteriormente desenvolvida por David Hume entre o final do século XVII e o meio do século XVIII. Assim, tal como os experimentos científicos têm sua validade condicionada à variadas e reiteradas repetições, a legitimidade dos precedentes funda-se na aplicação reiterada de prévias decisões pelo judiciário a casos análogos.

Por outro lado, a teoria do *stare decisis* – que somente surgiu no século XIX – buscou sistematizar os precedentes a fim de construir uma técnica que permitisse extrair da decisão a parte que seria vinculante para os casos futuros (*ratio decidendi* ou *holding*) daquelas que serviriam somente de mera argumentação de apoio (*obiter dicta*).

A distinção entre a doutrina do precedente e a teoria do *stare decisis* é delineada de forma precisa por Harold Berman:

Thus the traditionary concept of precedent should not be confused with the strict doctrine of stare decisis that first emerged in the nineteenth century, under which the holding of a particular case is treated as binding on a court in a later similar case. The strict doctrine was a product of a nineteenth century mind, and is associated with different concepts from those which predominated in the late seventeenth and early eighteenth centuries. The strict doctrine builds, to be sure, on the difference between holding and dictum which was established in the earlier period. But the doctrine of precedent of the earlier period was more closely related to the concept of mos judiciorum, the custom of the judges; it was a line of cases, rather than a single decision, that ought not to be overturned in the absence of very weighty decisions. Lord Mansfield could still say, in 1762, that the reason and spirit of cases make law; not the letter of particular precedents.²⁵

De forma simplificada, pode-se dizer que, enquanto a doutrina do precedente buscou firmar a ideia de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante, a teoria do *stare decisis* buscou instituir, de forma científica, técnicas para delinear a parte do precedente que vincula os futuros juízes na solução de casos análogos.

Prova maior de que a doutrina do precedente não se confunde com o *stare decisis* é o fato de que o *common law*, em seus primórdios compreendido como os costumes gerais que

²⁵ BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the impact of the protestant reformations on the western legal traditions*. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2006a. p. 275.

determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem a noção – sistemática e científica – de vinculação aos precedentes passados.²⁶

Neste contexto, o desenvolvimento da teoria do *stare decisis* se deu a partir da necessidade de se estabelecer a extensão da autoridade de cada precedente para posterior aplicação a casos futuros.²⁷ Em outras palavras: reconheceu-se a necessidade de se estabelecer critérios científicos para a determinação da porção do precedente que passaria a vincular as futuras decisões de casos análogos.

A primeira tentativa de se diferenciar a *ratio decidendi* dos *obiter dicta* foi realizada pelo *Chief Justice* Vaughan da *Court of Common Pleas*²⁸ em 1673, quando o presidente da corte afirmou que, se uma dada opinião não for necessária ao julgamento do caso – ou se até mesmo não fosse proferida – então ela não passa de um mero *gratis dictum*.²⁹ *A contrario sensu*, portanto, a *ratio decidendi* constitui-se na opinião necessária ao julgamento, isto é, sem a qual a decisão não teria sido tomada em determinado sentido.

Sob esta perspectiva, é possível dizer que a *ratio decidendi* (ou *holding*) de um precedente constitui-se na questão jurídica a partir da qual o caso concreto é julgado pelo juiz e que se encontra nas razões necessárias para a decisão, vale dizer, naquelas que são essenciais à fundamentação e ao justo deslinde da controvérsia. Por outro lado, os enunciados e argumentos irrelevantes à decisão, isto é, aqueles presentes apenas a título de reforço de argumentação, são considerados meros *obiter dicta*.³⁰

Não há um conceito unívoco em torno da ideia de *ratio decidendi*, sendo possível encontrar diversas definições na doutrina do *common law*, conforme advertem Georges Abboud e Lenio Streck com apoio na lição de Pierluigi Chiassoni:

²⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

²⁷ “[...] não pode bastar a afirmação de que ‘cada caso é um caso’, como é comum na linguagem dos juristas. Se assim fosse, cada interpretação do direito iniciaria de um grau zero, como se nada houvesse sido decidido anteriormente.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

²⁸ A *Court of Common Pleas* era a segunda maior corte judiciária do sistema jurídico inglês até 1875.

²⁹ “An opinion given in Court, if not necessary to the judgment ... but... [the judgment] might have as well been given if no such or a contrary opinion had been broached, is no ... more than a *gratis dictum*.” BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the impact of the protestant reformations on the western legal traditions*. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2006a. p. 274.

³⁰ *Ibid.*, p. 274 - “Only those reasons that are necessary to a given decision can constitute the legal principle or principles for which the case ‘stands’. Whatever a court says in its opinion in a given case that is not necessary to the decision is said to be only ‘dictum’, something that was only ‘said’, and hence is not binding on courts in later analogous cases. What is binding are the ‘holdings’ of the cases, namely, those reasons on which the decisions are necessarily based, that is, reasons that are essential to an explanation of the decision in the case.”

Cada precedente terá, desse modo, uma *ratio decidendi*. Didaticamente, com Pierluigi Chiassoni, é possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e, por último, é a relação entre resolução (motivada) do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.³¹

Embora as definições relacionadas ao significado de *ratio decidendi* sejam variadas, todas elas, de certo modo, expressam a ideia de que a *holding* de um precedente constitui as razões de decidir, isto é, as questões jurídicas (*rules of law*) em torno das quais a decisão de um caso concreto é proferida em determinado sentido. E, embora a expressão latina possa ser traduzida como “razões para a decisão” ou “razões para decidir”, não se pode afirmar ser a *ratio decidendi* um raciocínio jurídico – no sentido da construção da argumentação jurídica realizada na fundamentação. Isto porque, a despeito do raciocínio jurídico possuir um importante papel na *ratio*, a própria *ratio* é muito mais que o raciocínio: no interior de diversos casos pode haver raciocínios jurídicos que não fazem parte da *ratio decidendi*, e que em verdade constituem-se em *obiter dicta*.³²

Assim, em um primeiro momento, a tarefa de se diferenciar a *ratio decidendi* de meros *obiter dicta* pode parecer relativamente simples, bastando ao juiz extrair da decisão a tese jurídica a partir da qual o caso concreto foi decidido. No entanto, ao contrário do que parece, a exata identificação e delineação da *ratio decidendi* de uma decisão é tarefa das mais complexas. Não é por outra razão que os juízes da *common law* até hoje não chegaram a um consenso a respeito de qual seria a melhor técnica para se extrair a *holding* de determinada decisão.

Referida dificuldade decorre pelo menos de seis fatores, quais sejam, (i) a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* encontram-se freqüentemente inter-relacionados, “fundidos” entre eles; (ii) em algumas decisões é impossível se isolar a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*; (iii) as decisões comumente possuem múltiplas *holdings* ao invés de somente uma; (iv) a forma de

³¹ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 43.

³² “*Ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta.*” DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67-68.

delineação da *ratio decidendi* é controversa, isto é, se é a visão do próprio juiz prolator da decisão a respeito do caso ou se é a maneira que o juiz futuro analisa a prévia decisão; (v) a dificuldade de consenso em torno do que vem a ser *ratio decidendi*; e (vi) os inúmeros e variados métodos para determinação da *holding*.³³

Verifica-se, portanto, que a delineação da *ratio decidendi* não é tarefa das mais simples, o que justifica o fato da doutrina do *common law* ter desenvolvido pelo menos sessenta e quatro diferentes técnicas para se extrair a *holding* de uma decisão.³⁴ E, a despeito da diversidade de técnicas atualmente existentes, far-se-á menção a duas das mais notórias e influentes, quais sejam, o Teste de Wambaugh e o Método de Goodhart.

O Teste de Wambaugh, criado pelo professor Eugene Wambaugh³⁵, preconiza que a *ratio decidendi* é a regra geral sem a qual o caso seria decidido de outra maneira. Assim, para se determinar a *ratio decidendi* de um caso, o jurista deve em primeiro lugar identificar a proposição de direito supostamente relacionada ao caso sob julgamento. Em um segundo momento, deve-se inserir na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Se a proposição com sentido invertido tivesse sido levada em consideração no julgamento e, mesmo assim, a decisão a que chegou a corte for a mesma, então a proposição não pode ser considerada um precedente para o caso.³⁶

A técnica desenvolvida por Wambaugh, portanto, baseia-se na ideia da inversão de sentido da proposição jurídica levada em consideração pelo juiz ao julgar o caso. Se a proposição com sentido invertido – logo, uma nova proposição – não alterar o resultado do julgamento, então referida proposição constitui mero *obiter dictum*.

Apesar de gozar de grande prestígio e notoriedade em meio ao *common law*, o Teste de Wambaugh não é imune a críticas, havendo quem chegue a afirmar que “[...] é definitivamente errado definir *ratio decidendi* como a proposição jurídica que, com sentido

³³ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 68-75.

³⁴ “Hitherto, judges have not been able to settle on one approach to the doctrine of binding precedent and the concept of *ratio decidendi*. It has been reported that there are no less than sixty-four techniques for handling precedents.” VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. *Jura Falconis*, Lovaina, v. 21, n. 3, p. 336, 1985.

³⁵ Cf. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2nd. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1984.

³⁶ “[T]he beginner can determine whether a given proposition of law is involved in a given case’, Eugene Wambaugh argued in 1892, by ‘first fram[ing] carefully the supposed proposition of law’. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition.” DUXBURY, op. cit., p. 76.

invertido, alteraria o resultado do julgamento.”³⁷ Isto porque haverá situações em que a decisão é baseada em mais de um fundamento que, separadamente, podem levar a uma mesma solução. Assim, é possível que, mesmo com um dos fundamentos invertidos, outro se afigure suficiente para manter a decisão anteriormente tomada.³⁸

O Método de Goodhart, por sua vez, preconiza que a *ratio decidendi* é extraída a partir dos fatos do caso concreto considerados pelo juiz como materiais ou fundamentais para a conclusão/decisão a que chegou a partir deles. Para Goodhart, os fatos do caso concreto ganham especial relevância na determinação da *holding* do precedente, pois é a partir daqueles considerados fundamentais (*material facts*) que a *ratio decidendi* será extraída.

Em ensaio publicado no *Yale Law Journal* pela primeira vez em 1930, Goodhart argumenta que o juiz profere sua decisão escolhendo um conjunto de fatos tidos por ele como fundamentais a partir de um agrupamento maior de fatos, alguns dos quais podem ser relevantes a um leigo, mas totalmente irrelevantes a um advogado. O juiz, então, chega à sua conclusão a partir da visão que ele tem dos fatos. É a partir destes fatos materiais que ele baseia seu julgamento. Isto significa que a tarefa do jurista não é a de exprimir os fatos e a conclusão, mas extrair os fatos materiais da decisão vistos como tais pelo juiz prolator e que o levaram a decidir em determinado sentido. É a partir dos fatos materiais/fundamentais que o juiz cria direito. De forma simplificada, a técnica de Goodhart funciona da seguinte maneira: uma variada gama de fatos é apresentada ao juiz, que então escolhe quais ele considera materiais (e rejeita aqueles imateriais), para então subsidiar sua decisão com base apenas nos fundamentais.³⁹

Para exemplificar a aplicação de seu método, Goodhart utiliza-se do julgamento proferido no caso *Rylands v. Fletcher* em 1868. Neste caso, o réu contratou os serviços de um empreiteiro independente para construir um reservatório em sua propriedade. Devido à negligência do empreiteiro em não encher alguns poços de mineração em desuso, a água escapou e inundou a mina do autor. Em virtude disto, o réu foi considerado culpado. Seria o princípio jurídico do caso o fato de alguém construir um reservatório em sua propriedade ser considerado culpado em razão da negligência do empreiteiro independente? Por que então o

³⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 76.

³⁸ Ibid., p. 77.

³⁹ “The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones.” GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, v. 40, n. 2, p. 169, 1930.

caso *Rylands v. Fletcher* é frequentemente citado como aquele que estabeleceu a doutrina mais ampla da responsabilidade objetiva? A resposta reside no fato de que, ao julgar o caso, a corte considerou a negligência do empreiteiro independente como um fato imaterial.⁴⁰

O Método de Goodhart, apesar de até hoje ser bem visto por acadêmicos e juristas do *common law*, também foi objeto de críticas. Com efeito, as críticas à técnica de Goodhart concentraram-se em dois pontos, quais sejam, (i) a de que a *ratio decidendi* não pode ser concebida de forma separada da fundamentação da decisão⁴¹; e (ii) a de que a técnica por ele sugerida criou concessões demais ao realismo jurídico, no sentido de que a escolha do juiz ao determinar os fatos que considera materiais raramente vai gerar uma *holding* em que se possa confiar (já que cada fato material pode ser estatuído em diversos níveis de generalidade por diferentes juízes).⁴²

A menção, ainda que breve, a duas das mais conhecidas técnicas de delineação da *ratio decidendi* de um precedente judicial no *common law* evidencia a dificuldade em se separar a *holding* de meros *obiter dicta* e estabelecer o seu alcance para casos futuros – já que, conforme se afirmou, a *ratio decidendi* é a porção do precedente judicial que vincula o juiz na resolução de casos futuros (*stare decisis*).

⁴⁰ “In *Rylands v. Fletcher* the defendant employed an independent contractor to make a reservoir on his land. Owing to the contractor's negligence in not filling up some disused mining shafts, the water escaped and flooded the plaintiff's mine. The defendant was held liable. Is the principle of the case that a man who builds a reservoir on his land is liable for the negligence of an independent contractor? Why then is the case invariably cited as laying down the broader doctrine of ‘absolute liability’? The answer is found in the opinions. After stating the facts as above, the judges thereafter ignored the fact of the contractor's negligence, and based their conclusions on the fact that an artificial reservoir had been constructed. The negligence of the contractor was, therefore, impliedly held to be an immaterial fact. The case can be analyzed as follows: Facts of the Case – Fact I. D had a reservoir built on his land. Fact II. The contractor who built it was negligent. Fact III. Water escaped and injured P. Conclusion. D is liable to P. Material Facts as Seen by the Court – Fact I. D had a reservoir built on his land. Fact III. Water escaped and injured P. Conclusion. D is liable to P. By the omission of Fact II, the doctrine of ‘absolute liability’ was established.” GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, v. 40, n. 2, p. 175, 1930.

⁴¹ “First, there were those who simply did not accept that the ratio decidendi could be conceived as something separate from the reasons provided in a judgment. ‘[T]he reasons given in the judgment ... do constitute the ratio decidendi’, one South African judge wrote in the course of disagreeing with Goodhart, so long as they are not ‘merely subsidiary reasons’ or ‘reasoning on the facts’, and provided ‘they were necessary for the decision ... in the sense that along the lines actually followed in the judgment the result would have been different but for the reasons.’ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 84.

⁴² Ibid., p. 85-86 - “The second general line of critique directed at Goodhart's thesis is perhaps the most predictable. That his concession to realist jurisprudence could not have been all that huge is most evident from the fact that his approach to determining the ratio decidendi of a case met with plenty of realist, and realist-inspired, criticism. [...] In numerous books and essays, Julius Stone argued that Goodhart's insistence that we look to the judge's choice of material facts to determine the ratio decidendi will rarely generate an answer in which we might be confident, because every material fact in a case can be stated at different levels of generality, each level tending to yield a different ruling. Later courts can only guess as to the level of generality at which an earlier court intended a material fact to be understood, and so there will be within any case not a definite ratio, but various possible rationes.”

3.3 A questão do *distinguishing*

O processo decisório no *common law* e, mais do que isto, o próprio desenvolvimento do direito nesta tradição jurídica, reside basicamente no ato de identificar similaridades e diferenças entre casos. Em outras palavras: a dinâmica da tradição jurídica anglo-saxônica funda-se em seguir e reafirmar a autoridade de precedentes e, concomitantemente a isto, em distingui-los entre si.

E, embora a adesão ao precedente constitua a regra no *common law* – no sentido de se adotar a decisão pretérita como padrão decisório para o caso futuro, reafirmando a autoridade do precedente e a coerência e integridade da própria doutrina dos precedentes – haverá situações nas quais um precedente aparentemente aplicável ao caso deverá ser rechaçado. A questão é bem posta por Benjamin Cardozo:

A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais. [...] Nosso sistema de *common law* consiste em aplicar a novas combinações de circunstâncias as normas de Direito que deduzimos de princípios legais e precedentes judiciais, e, no interesse de alcançar a uniformidade, a coerência e a certeza, devemos aplicar essas normas, quando não forem claramente irracionais e inconvenientes, a todos os casos que surjam [...].⁴³

Neste sentido, a técnica utilizada pelos juristas do *common law* para aferir o grau de similaridade e aplicabilidade entre um precedente e um caso posto a julgamento denomina-se *distinguishing* (literalmente: ato de diferenciar).

Referida técnica consiste basicamente em se demonstrar, de forma fundamentada, as diferenças existentes entre o precedente (decisão prévia) e o caso sob julgamento. Na verdade, busca-se evidenciar que a *ratio decidendi* de um caso pretérito não pode ser satisfatoriamente utilizada como parâmetro decisório do caso atual.⁴⁴

Ora, é exatamente em função da autoridade vinculante que a *ratio decidendi* exerce em um precedente que se espera seja ela a referência para aplicação da decisão pretérita como solução para o caso presente.

Esta circunstância adquire maior relevância ainda quando se tem em mente que nenhum caso é exatamente igual a outro, isto é, os casos nem sempre compartilham das mesmas premissas fáticas. Isto significa que o *distinguishing* não deve ser realizado a partir da

⁴³ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 21, 49.

⁴⁴ “*Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.*” DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 113.

comparação isolada dos fatos envolvendo os casos e sim a partir da *ratio decidendi* extraída da decisão pretérita. Esta particularidade do manejo da técnica do *distinguishing* é bem explicitada por Luiz Guilherme Marinoni:

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.⁴⁵

Portanto, não é apenas com base nas circunstâncias fáticas que o *distinguishing* deve ser realizado, mas sim tendo-se em vista a *ratio decidendi* do caso pretérito à luz dos fatos materiais (ou fundamentais) do caso presente. É por esta razão que, embora possa parecer uma tarefa fácil, deixar de seguir um precedente aparentemente aplicável em razão de particularidades que o diferenciam do caso presente pode se mostrar realmente difícil. Trata-se de uma dificuldade inerente à própria dinâmica do *common law* em geral, e, em particular, à teoria do *stare decisis*.

A título de exemplificação, far-se-á breve menção ao caso *Trade Mark Application “FCUK”*. A empresa britânica “*French Connection*”, especializada no comércio de roupas, acessórios e relógios, buscou, perante o Instituto de Propriedade Intelectual do Reino Unido (*Intellectual Property Office*), registrar a marca “FCUK”, de sua propriedade (*French Connection United Kingdom*). Em um primeiro momento, o registro foi deferido.

Todavia, um empresário, Mr. Dennis Woodman, realizou um pedido de nulidade do registro da marca, por supostamente afrontar o disposto na Seção 3(a) (a) da Lei de Marcas britânica (*Trade Marks Act 1994*) que dispõe ser nula a marca que contrarie a moral ou os bons costumes.

Ao deferir o pedido de registro da aludida marca, o *Hearing Officer* – primeira instância administrativa do IPO – decidiu que os caracteres que compõem a marca (“FCUK”) constituem em verdade um jogo de palavras, uma falha (logicamente não intencional), uma má interpretação das letras, que poderiam ser vistas como a palavra de baixo calão “FUCK”.

Em seu apelo, Mr. Woodman alegou que não se tratava de mero equívoco, mas que a marca representava, em verdade, o próprio palavrão. Para o recorrente, era tão clara e óbvia que a intenção da marca era reproduzir o palavrão, que qualquer pessoa, ao ver as letras da

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 328.

marca, as interpretariam como se fosse “FUCK”, o que evidentemente contraria a moral e os bons costumes.

Ao julgar o pedido de nulidade do Mr. Woodman, o *Appointed Person* – órgão recursal do IPO – distinguiu a questão envolvendo a marca da “*French Connection*” do caso pretérito *Scranage’s Trade Mark Application 0/182/05*, no qual restou decidido que as letras da marca “FOOK”, diferentemente daqueles da marca “FCUK”, formam som foneticamente idêntico àquele da palavra “*fuck*”.⁴⁶

Embora um tanto quanto singelo, o exemplo descrito evidencia que o *distinguishing* realizado pelo tribunal administrativo britânico não se baseou apenas nas circunstâncias fáticas do caso – isto é, na (des)semelhança de marcas alegadamente ofensoras da moral e dos bons costumes – mas em determinadas particularidades e distinções materiais – vale dizer, a fonética das palavras constituintes das marcas – que permitiram, justificadamente, o afastamento do precedente anteriormente firmado do caso presente.

Assim, o afastamento de um precedente por meio da técnica do *distinguishing* não significa que o precedente tenha sido firmado de forma equivocada ou de que a *ratio decidendi* nele contida esteja superada, significa apenas que ele não é aplicável ao caso sob julgamento.⁴⁷

Tanto é verdade que a distinção de casos pode indicar a formação de um novo precedente, sem que, todavia, o precedente tido por inaplicável seja revogado pelo juiz ou tribunal. Imagine-se, por exemplo, que um determinado precedente (P) envolve os fatos A, B, C, D e E. A corte que julgou P chegou à conclusão X e estabeleceu que “se A, B e C, então X”. Os fatos D e E, embora discutidos, não são relevantes à conclusão. Posteriormente, sobrevém um novo caso (N), que envolve os fatos de tipo A, B, C, D e F. A corte então, no julgamento de (N), pode distinguir o caso de (P), assentando que ele envolve um novo fato de tipo F e chegar à conclusão que “se A, B, C, e não F, então X”. Ou então, é possível que a corte decida que “se A, B, C e E, então X”.⁴⁸

⁴⁶ Cf. a íntegra da decisão do *Appointed Person* em: UNITED KINGDOM. *Intellectual Property Office*: O-330-05: Trade Marks Act 1994: in the matter of an application under no. 81862 By Dennis woodman for a declaration of invalidity in respect of Trade Mark No. 2184549 in the name of French Connection Limited. Dec. 2005. Disponível em: <<https://www.ipo.gov.uk/t-challenge-decision-results/o33005.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

⁴⁷ “In the most routine instances, the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law.” DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 114.

⁴⁸ “Suppose, for example, that the precedent case (P) involved facts of types a, b, c, d and e. The court presiding over P reached result X and announced a rule, ‘If a, b, and c, then X’. Facts d and e were mentioned but not discussed. Later, a new case N arises, which involves facts of types a, b, c, d, and f. The later court might distinguish its case by noting that it involves a new of type f and restate the precedent rule as ‘If a, b, and c, and not f, then X’. Or it might distinguish its case by noting that it does not involve fact type e and restate the rule as ‘If a, b, c, and e, then X’.” EDLIN, Douglas E. *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 36.

Apesar da técnica do *distinguishing* poder, em tese, ser utilizada por qualquer juiz ou tribunal, ela deve ser utilizada com sabedoria e parcimônia. Isto porque o afastamento de precedentes por meio do *distinguishing* de forma arbitrária e não fundamentada pode fazer com que o magistrado ou a corte sejam criticados, exatamente por ter abusado das ferramentas do sistema e de abalar o caráter racional da teoria do precedente e da própria tradição jurídica do *common law*.⁴⁹

É por esta razão que, consoante já se afirmou, ao realizar o *distinguishing*, o juiz ou tribunal deve fazê-lo de forma extremamente fundamentada, evidenciando as particularidades fáticas materiais (ou fundamentais) que impõem o afastamento da utilização da *ratio decidendi* contida em um precedente como parâmetro para solução do caso presente.

3.4 A superação e revogação dos precedentes: *overruling* e *overriding*

Embora a doutrina do precedente e a teoria do *stare decisis* imponham um respeito quase que absoluto às decisões passadas, de forma a garantir a estabilidade e coerência da própria tradição jurídica do *common law*,⁵⁰ precedentes antigos reconhecidamente válidos por anos podem ser superados, dando lugar à uma nova *ratio decidendi* e a uma nova forma de se ver o próprio direito.

Esta circunstância, embora fundada em argumentos não-jurídicos, foi ressaltada por Benjamin Cardozo:

Não há nenhuma crença que não seja abalada, nenhum dogma autorizado que não se mostre questionável, nenhuma tradição estabelecida que não ameace dissolver-se. Essas são as palavras de um crítico da vida que escreveu quarenta anos atrás, observando o crescente ceticismo de sua época. Sinto-me tentado a aplicar suas palavras à história do Direito.⁵¹

⁴⁹ “Even though a judge can always technically distinguish a precedent by pointing out a factual difference, it does not necessarily mean that it is always wise for him to do so. To do so arbitrarily tantamounts to holding oneself up for criticism for having abused the tools of the law. In effect, to distinguish is not simply to point out a factual difference: it necessitates the use of this factual difference to justify a refusal to follow a precedent.” VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. *Jura Falconis*, Lovaina, v. 21, n. 3, p. 340-341, 1985.

⁵⁰ Neste sentido, merece transcrição as palavras de Mario Losano a respeito do sistema jurídico britânico, mas que se aplica a qualquer sistema filiado à tradição jurídica anglo-saxônica: “Não obstante a afirmação cada vez mais clara dessa linha evolutiva [a consolidação da legislação em países do *common law*], o direito britânico era e continua a ser um direito feito essencialmente por juizes. Essa continuidade jurídica é expressão da continuidade política que caracteriza a história constitucional inglesa. Seu próprio nome – doutrina do precedente – exprime o elo que liga o juiz às decisões dos seus antecessores, até os séculos mais longínquos.” LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 335.

⁵¹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 14.

Neste sentido, é possível afirmar que o *stare decisis* – teoria que impõe a vinculação de casos presentes a precedentes análogos passados – deve ser considerado muito mais uma regra de ouro do que como um comando imutável do *common law*.

Assim, enquanto o *stare decisis* representa a estabilização do direito – como forma de se preservar o respeito às decisões judiciais e de incutir confiança nas pessoas e nas instituições jurídicas – a ideia de vinculação aos precedentes deve, em determinadas circunstâncias, ser afastada, em nome do amadurecimento e da evolução do direito.⁵²

Com efeito, a superação do precedente judicial se dá por meio do *overruling*, técnica por meio da qual um precedente perde sua força vinculante, sendo substituído (“*overruled*”) por uma nova decisão, cuja *ratio decidendi* passará a gozar de autoridade para resolução de casos futuros. Em outras palavras: quando um juiz revoga um precedente, ele está em verdade se negando a segui-lo e declarando que – pelo menos relativamente aos fatos materiais do caso pretérito semelhantes aos do caso presente – uma nova *ratio decidendi* deve ser formulada.⁵³

Em virtude desta recusa, ainda que motivada, em se seguir um precedente já firmado, há quem enxergue no *overruling* algo de revolucionário, no sentido de significar uma ruptura da ideologia inerente à doutrina dos precedentes. Neste sentido é o pensamento de Marcelo Alves Dias de Souza, que enxerga na mencionada técnica uma faceta genuinamente revolucionária:

[...] não se pode esconder a verdadeira revolução que é o *overruling* no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Com Sotelo, se levado às últimas consequências, o *overruling* equivale a uma declaração pública, *coram populi*, de que todos os casos precedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro Direito.⁵⁴

A superação do precedente por meio do *overruling*, todavia, não deve ser vista como algo revolucionário ou como circunstância causadora de ruptura na doutrina dos precedentes. E isto por pelo menos duas ordens de razão.

⁵² “*Stare decisis, the rule that judicial precedents should be followed, has been considered by American courts to be more a rule of thumb than an ironfisted command. While stare decisis emphasizes the continuity of law as a means to preserve public respect for judicial decision-making and to protect the reliance interests of persons and institutions, these values must sometimes yield to growth and change.*” ESKRIDGE Jr., William N. *Overruling statutory precedents*. Yale: Yale Law School, 1988. (Faculty Scholarship Series, 3825). p. 1361.

⁵³ “*When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.*” DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 117.

⁵⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 405.

A uma, porque a revogação de um precedente é realizada por juízes e tribunais dentro de um sistema que lhes confere autoridade para julgar casos de conformidade com a *common law*.⁵⁵ Neste ponto, de rigor assentar que, embora a Câmara do Lordes inglesa tenha assentado no julgamento do caso *Bright v. Hutton* a possibilidade de se revogar precedentes consolidados, somente mais de um século depois, em 1966, é que referida prerrogativa foi efetivamente estabelecida, por ocasião da edição de uma resolução (*Practice Statement of Judicial Precedent*).⁵⁶

A duas, porque a revogação de precedentes não é freqüente e tampouco se realiza de forma abrupta, isto é, não se dá do dia para a noite. Conforme bem pontua Justice Cardozo, “[...] esse trabalho de modificação é gradual, avança centímetro a centímetro”, de modo que “seus efeitos devem ser medidos por décadas, e mesmo séculos. Assim medidos, vê-se que têm atrás de si o poder e a pressão de uma geleira em movimento.”⁵⁷

O *overruling*, portanto, não representa um enfraquecimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*. Se o respeito aos precedentes é uma forma de se controlar arbitrariedades judiciais (no sentido do juiz se negar, aleatoriamente, a seguir determinado entendimento consolidado), o *overruling* então deve ser visto como uma importante técnica à disposição da corte para remediar discricionariedade judicial exercida de forma inapropriada. Pode-se dizer, *grosso modo*, que o *overruling* deve ser compreendido como uma técnica por meio da qual a corte revoga um precedente com a finalidade de preservar a integridade do direito.⁵⁸

Logo, tanto a doutrina dos precedentes e o *stare decisis*, quanto a técnica do *overruling* representam situações jurídicas não apenas perfeitamente harmônicas entre si, mas igualmente complementares, impedindo o engessamento do próprio direito.

⁵⁵ “Se o *overruling* nada mais é do que uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada, embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas, totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão.” SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 266.

⁵⁶ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 405. nota 49.

⁵⁷ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 14.

⁵⁸ “But this does not mean that overruling must undermine stare decisis. If precedent-following is valued as a means of curbing arbitrary and facilitating properly constrained judicial discretion, overruling might sometimes be considered an important remedial option where courts have exercised discretion inappropriately. To put the point somewhat crudely, overruling might be understood as a method by which a court negates a precedent in order to uphold the law.” DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 122.

Assentada esta primeira premissa, resta saber em quais circunstâncias o juiz do *common law* sente-se compelido a revogar um precedente, isto é, a superar um entendimento consolidado.

A razão mais óbvia para se revogar um precedente é o reconhecimento, pela corte, de que o juiz ou tribunal hierarquicamente inferior se equivocou ao estabelecer o entendimento revogado. A decisão de revogação, no entanto, ganha contornos mais complexos quando o precedente cuja revogação se pretende provém de magistrado ou tribunal com igual autoridade hierárquica.

Em qualquer das hipóteses, deve-se deixar bem claro que a revogação de um precedente não se dá simplesmente porque o juiz ou tribunal não gostou do modo como o precedente “revogável” foi estabelecido; o *overruling* somente se justifica à luz da constatação de que a corte antecedente mal interpretou ou se omitiu na aplicação de uma norma jurídica. Ou, então, que o precedente firmado já não se encontra em consonância com uma norma jurídica superveniente, de modo que ele não mais representa, de forma adequada, a solução jurídica para determinada questão.⁵⁹

Com apoio na doutrina de Melvin Eisenberg, Luiz Guilherme Marinoni aponta que a revogação de precedente se dá quando a decisão deixa de corresponder aos padrões de congruência social (*social congruence*) e consistência sistêmica (*systemic consistency*). Trata-se daquilo que o professor Eisenberg denomina de “modelo da dupla coerência” (*model of double coherence*).⁶⁰

Para o professor da Universidade de Berkeley, um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social, *grosso modo*, quando passa a negar proposições sociais nas quais o precedente foi firmado (cujo fundamento reside em razões de ordem moral, política e de experiência). Para melhor compreender a ideia, pense-se no seguinte exemplo: para se aferir a responsabilidade daquele que causou um acidente de carro, saber se o condutor estava embriagado é frequentemente relevante. No entanto, raramente será relevante perquirir se o motorista estava utilizando um chapéu vermelho

⁵⁹ Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 119.

⁶⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 392.

(talvez o fosse, por exemplo, no Vaticano).⁶¹ De modo resumido, pode-se dizer que “[...] as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as [...] políticas [...] como situação boa ou má em face do bem-estar geral e as [...] de experiência [...] ao modo como o mundo funciona.”⁶²

Por outro lado, um precedente carece de consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Em outras palavras: dois precedentes são coerentes entre si quando chegam à mesma conclusão baseada em fatos materiais semelhantes e incoerentes se chegam a conclusões diversas.⁶³

Talvez a reflexão mais recente e concisa – embora profunda – sobre o instituto do *overruling* tenha sido aquela proferida pelo *Justice* David Souter da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Planned Parenthood v. Casey*. Neste caso, a Suprema Corte norte-americana debruçou-se sobre a constitucionalidade de inúmeras provisões legais do estado da Pensilvânia relacionadas ao aborto, tendo revogado (*overruled*) algumas delas⁶⁴.

Durante o julgamento do aludido caso, o *Justice* Souter discorreu sobre as bases nas quais a corte deve se debruçar para revogar um precedente, quais sejam, (i) o grau de confiança que a sociedade tem no precedente firmado; (ii) os custos (no sentido de “prejuízos”, “sacrifícios”) que a revogação do precedente acarretará; (iii) o grau de certeza que o precedente confere às cortes e juízes inferiores, bem como aos cidadãos, quanto ao que se pode ou não fazer; (iv) a eficácia do precedente na prática; e (v) a verificação de eventual mudança no quadro fático sobre o qual a corte se assentou quando do estabelecimento do precedente.⁶⁵

É preciso, no entanto, diferenciar a técnica do *overruling* – consistente na revogação de um precedente – com o fenômeno do *overriding*. Este último tem por finalidade limitar ou

⁶¹ “For example, as a matter of social propositions – and only as a matter of social propositions – it is often relevant in determining liability for causing an accident that the defendant was intoxicated, but seldom if ever relevant that the defendant was wearing a red hat. We could think of societies in which it would be relevant that a party to an accident was wearing a red hat. For example, it might conceivably be relevant in the Vatican. But under the social propositions of our society, it would not be relevant.” EISENBERG, Melvin A. The principles of legal reasoning in common law. In: EDLIN, Douglas E. *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 84.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 392.

⁶³ “For purposes of legal reasoning, two precedents are consistent if they reach the same results on the same relevant facts, and inconsistent if they reach different results on the same relevant facts.” EISENBERG, op. cit., p. 84.

⁶⁴ De forma específica, alegou-se que cinco provisões da Lei do Controle ao Aborto do estado da Pensilvânia (*Pennsylvania Abortion Control Act*) de 1982, de autoria do senador Stephen Freind, eram inconstitucionais à luz do caso *Roe v. Wade*, que pela primeira vez reconheceu o direito fundamental ao aborto com base na cláusula do devido processo legal contida na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

⁶⁵ Para uma análise profunda destas questões, cf. UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

restringir a incidência de um precedente à luz de novas circunstâncias. Embora em um primeiro momento afirme que a técnica do *overriding* se aproximaria da ideia de uma revogação *parcial* do precedente firmado, Luiz Guilherme Marinoni pontua que o instituto em verdade se aproxima muito mais do *distinguishing*:

O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial. Mas no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a Corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, a sua aproximação maior é em relação ao *distinguishing*.⁶⁶

De fato, o *overriding* não se constitui em técnica de revogação de precedente, seja porque o *overridden precedent* permanece plenamente vigente e válido, seja porque o entendimento novo não invalida a questão jurídica contida na *ratio decidendi* da decisão pretérita. Nesta linha, é possível dizer que o *overriding* constitui uma espécie de superação parcial de um precedente, consistente na redução de suas hipóteses de incidência no suporte fático decorrentes de determinadas circunstâncias fáticas (ou jurídicas) supervenientes.⁶⁷

E, embora o *overriding* não acarrete a revogação do precedente, o seu resultado – tal como se dá no *overruling* – é incompatível com o *overridden precedent*.⁶⁸ Em outras palavras: ambos produzem novos entendimentos, ainda que sob técnicas e premissas distintas.

Verifica-se, portanto, que a ideia de superação dos precedentes – seja por meio do *overruling*, seja por meio do *overriding* – embora compatível com a doutrina dos precedentes e da teoria do *stare decisis*, é prática que deve ser utilizada com elevado comedimento e, principalmente, profunda fundamentação.

Somente mediante extensa, firme e razoável justificação é que se permite a revogação de um precedente judicial ou a limitação de sua incidência. E isto se dá basicamente em

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 348.

⁶⁷ Ibid., p. 349 - Para melhor compreender a dinâmica do *overriding*, Marinoni se utiliza de alguns exemplos fornecidos pela doutrina norte-americana: “Destaquem-se, assim, as situações lembradas por Eisenberg: i) antes dos anos 30 do século passado, havia entendimento firmado no sentido de que promessas de doação eram inexecutáveis. Em 1932, o Primeiro *Restatement of Contracts* adotou, em sua famosa Seção 90, o princípio de que as promessas de doação seriam executáveis quando confiáveis (*if relied upon*). Depois disto, as Cortes revogaram parcialmente (*overrode*) o entendimento anterior e aplicaram este princípio para limitar o âmbito de incidência do entendimento antigo às promessas de doação não confiáveis; ii) durante os anos 40, havia entendimento no sentido de que uma oferta acompanhada da promessa de se manter aberta por determinado período de tempo – considerada, assim, uma *firm offer* – era revogável apesar da promessa, a menos que esta tivesse sido paga separadamente. No começo dos anos 50, os tribunais revogaram parcialmente (*overrode*) este entendimento, aplicando o princípio da confiança às ofertas firmes para limitar o âmbito do velho entendimento às ofertas consideradas não confiáveis.”

⁶⁸ Ibid., p. 348-349.

virtude do alto grau de responsabilidade (*accountability*) que juízes e tribunais têm para com a sociedade em geral e a comunidade jurídica em específico (jurisdicionados, legisladores, estudiosos, advogados, etc.). O alto grau de fundamentação das decisões que superam precedentes decorre do fato de que a própria atividade jurisdicional encontra-se permanentemente sujeita a controle político-jurídico. É por esta razão que Neil Duxbury, ao se referir ao *overruling*, pontua que os juízes, ao revogar precedentes, publicam as razões nas quais se assentaram para superar um precedente como se estivessem se justificando perante a sociedade:

*But if this is the case, just when will it be appropriate for courts to overrule precedents? The basic answer, we have seen, is that judges who wish to depart from precedents are expected to account for themselves: 'the overruling of precedents cannot simply be regarded as arbitrary; judges have, and publish, their reasons' – indeed, judges quite often insist that, if a precedent is to be overruled, the reason for so doing must be especially serious or strong.*⁶⁹

Tanto a doutrina quanto a própria jurisprudência do *common law*⁷⁰, por diversas e reiteradas vezes ao longo do tempo, reiteram e reafirma a importância da fundamentação no processo de superação de determinado precedente. Para além de representar um ato de responsabilidade política, a adequada justificação representa uma forma de se preservar a coerência e integridade da doutrina do precedente judicial própria do *common law*. É como se o juiz ou tribunal, ao superar um precedente, ao fazê-lo, estivesse reafirmando (ainda que indiretamente) os princípios nos quais a tradição jurídica anglo-saxônica se assenta.

⁶⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 117.

⁷⁰ Ibid., p. 117, nota 19 - Duxbury colaciona uma série de excertos doutrinários e jurisprudenciais que bem evidenciam esta circunstância, *in litteris*: “*Jones v. Secretary of State for Social Services* [1972] AC 944, 966, HL, per Lord Reid; *Knulier v. DPP* [1973] AC 435, 455, HL, per Lord Reid (‘... we must be sure that there is some very good reason before we so act’); *Planned Parenthood of S.E. Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992) (‘a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided’); *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695, 716 (1995) (Scalia, J.: ‘The doctrine of *stare decisis* protects the legitimate expectations of those who live under the law ... Who ignores it must give reasons, and reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong (otherwise the doctrine would be no doctrine at all)’); *R v. Robinson* [1996] 1 SCR 683, para. 76 (Lamer C.J.C.: ‘It is beyond doubt that this Court [the Supreme Court of Canada] has the power to overrule one of its previous decisions if there are compelling reasons for departing from the principle of *stare decisis*’). This manner of thinking is not the preserve of common-law judges: see, e.g., *Da Costa en Schaake NV v. Nederlandse Belastingadministratie* (Cases 28, 29 and 30/62) [1963] ECR 31, 42 (opinion of Mr Advocate General Lagrange: ‘Clearly no one will expect that, having given a leading judgment, the [European] Court [of Justice] will depart from it in another action without strong reasons, but it should retain the legal right to do so’); Thijmen Koopmans, ‘*Stare Decisis in European Law*’, in *Essays in European Law and Integration*, ed. D. O’Keefe and H. G. Schermers (Deventer: Kluwer, 1982), 11–27 at 18; Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 147–51, 239–40.”

CAPÍTULO 4 A CONFUSÃO CONCEITUAL NO BRASIL: A *COMMONLIZAÇÃO* DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1 A confusão conceitual da doutrina: precedente, súmula, jurisprudência e efeito vinculante

A adequada e plena compreensão das premissas conceituais e metodológicas pormenorizadas no primeiro capítulo, bem como dos elementos fundantes das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* – com especial ênfase em um dos mais importantes aspectos desta última tradição, qual seja, a doutrina do precedente judicial, respectivamente nos segundo e terceiros capítulos, é crucial para a crítica que ora se pretende construir.

Trata-se da confusão conceitual entre as idéias de “precedente”, “súmula”, “jurisprudência” e “efeito vinculante” que assola não somente a doutrina em geral, mas também e principalmente as decisões dos tribunais.

A frequência com que referidos conceitos são equiparados entre si é tamanha que o efeito que se nota na prática jurídica reflete-se ora a baixa qualidade científica da doutrina no país¹, ora na falta de rigor técnico na produção jurisprudencial oriunda dos juízes e tribunais².

¹ A este respeito, convém a percutiente advertência realizada por Nelson Nery Junior a respeito da qualidade do ensino jurídico e da doutrina no Brasil: “Hodiernamente, um dos desafios mais contundentes do estudo jurídico e seu ensino no Brasil se refere, em certos casos, a um ingênuo, e em outros até mesmo propositado afastamento dos estudos fundamentais de teoria e filosofia do direito. Esta constatação evidencia o que já na introdução deste livro asseveram seus autores: uma crise sem precedentes na formação e ensino jurídico brasileiro. A provocante afirmação de uma crise se descortina de modo singular no campo das matérias fundamentais, uma vez que além de serem relegadas a um plano de menor importância, estes estudos, em muitos casos, não são tratados com o rigor que lhes compete. [...] Há um paradoxo constituído nesta reflexão inicial que precisa ser registrado para não correr o risco de ficar sob qualquer sentido subentendido e, quem sabe, atinja a atitude comodista do sentido comum teórico dos juristas: não há como estudar a complexidade do fenômeno jurídico sem a dedicação a seus componentes teóricos e filosóficos, pois além de representarem a ponte da formação civilizadora, cidadã, ética do ser humano em conjugação com os estudos da filosofia, antropologia, sociologia, psicologia, dentre outras, são nada menos do que a base estruturante de todo o estudo da ciência do direito em sentido estrito (*Jurisprudenz*). [...] Esta obra enquanto convoca e desperta para a reflexão dos problemas do estudo e ensino jurídico no Brasil, pois demonstra que é possível a abordagem do fenômeno complexo que é o direito de forma honesta e cuidadosa, se afasta completamente da despropositada produção de considerável parte da doutrina que parece apostar na produção incoerente de obras jurídicas meramente simplificadas que não se preocupam com o rigor científico e teórico que deveriam ser inerentes a todo estudo do fenômeno jurídico [...]”. NERY JUNIOR, Nelson. Prefácio. In: ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-12.

² A baixa qualidade técnica da “produção jurisprudencial” em geral reflete-se na medíocre fundamentação das decisões judiciais, na indiscriminada referência a princípios (fenômeno denominado de “*panprincipiologismo*” por Lenio Streck) e na inadequada utilização das decisões dos Tribunais Superiores como *standards* decisórios desprovidos de facticidade e legitimidade.

Isto talvez decorra daquilo que Luis Alberto Warat denomina de “sentido comum teórico dos juristas”³. Trata-se de uma transposição da ideia de “senso comum” – no sentido de conhecimento assistemático, ambíguo, eminentemente prático e casual – muito utilizada no campo das ciências naturais, ao âmbito da ciência jurídica.⁴

Por meio desta expressão, Warat procurou explicar o conjunto de discursos indiscriminadamente proferidos pelos órgãos e sujeitos do mundo jurídico em geral. Tais discursos baseiam-se em um complexo de saberes dos mais distintos campos do conhecimento que os juristas em geral aceitam em seus discursos como verdades absolutas. A ideia contida na expressão cunhada pelo filósofo argentino é bem explicitada por Lenio Streck:

Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica. [...] Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influencia, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “paralinguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade” jurídica dominante. [...] Difusamente, o sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bordieu), ou seja, predisposições compartilhadas, no âmbito do imaginário dos juristas.⁵

Trata-se, assim, de um conjunto de crenças e práticas que, apreendidos de forma acrítica, ficam arraigados no imaginário dos juristas, que passam a reproduzi-los de forma mecanizada, sem qualquer problematização e reflexão. É por isto que, com apoio em Pierre Bordieu, Lenio Streck pontua que o “sentido comum teórico dos juristas” representa um verdadeiro *habitus*, vale dizer,

³ Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁴ “Não há que se dizer que o senso comum seja falso, às vezes é verdadeiro, falta a ele, entretanto, suficiente sistematização racional bem como um posicionamento crítico perante o ato mesmo de conhecer.” ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82-83.

[...] um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de ‘capital simbólico’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos.⁶

Neste sentido, é possível afirmar que, atualmente, a ideia de “sentido comum teórico” reflete-se no discurso – de parte dos juristas e das instituições judiciárias – instrumentalista e mecanizado, que relega o compromisso do rigor de estudo e de investigação a um segundo plano.⁷ É um discurso de viés utilitarista e praxista, que busca operacionalizar o direito e as estruturar as instituições jurídicas sem o devido rigor na solução dos problemas jurídicos (seja os casos concretos, seja os de estrutura e organização judiciária).

Isto se deve, em grande parte, ao fato de que o sentido comum teórico obsta as possibilidades interpretativas, de modo que “permite” (*rectius*: oferece como solução mais simples e rápida) somente o debate superficial das questões, produzindo respostas incompatíveis com o pensamento hermenêutico-filosófico (isto é, que busquem, de fato, superar as incongruências e disfunções adequadamente).

De forma inconsciente, a mentalidade jurídica passa a reproduzir este *habitus* e, de certo modo, a se conformar com determinadas posturas em um pensamento que se assemelha ao dito popular do “é assim mesmo”.

É exatamente o “sentido comum teórico dos juristas” que produz incongruências como a indevida equiparação conceitual entre as idéias de “precedente”, “súmula”, “jurisprudência” e “efeito vinculante”. A indevida e atécnica importação de determinados institutos do direito estrangeiro igualmente representa uma das formas pelas quais o “sentido comum teórico dos juristas” se manifesta.

Não se pode, portanto, equiparar conceitos sem sobre eles se refletir, em especial porque a ciência jurídica possui uma linguagem própria e rigorosa⁸, que não permite, por exemplo, qualificar como sinônimas as idéias de texto e norma⁹.

Neste contexto, buscar-se-á realizar uma depuração de conceitos e nomenclaturas, colocando-os cada um em seu devido lugar à luz do rigor científico que o fenômeno jurídico requer.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 83.

⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 116.

⁸ Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 53.

⁹ Conforme exhaustivamente se demonstrou no capítulo primeiro deste trabalho.

4.1.1 Precedente judicial

A adequada compreensão do conceito de precedente judicial é essencial para a necessária distinção entre as idéias de “súmula”, “efeito vinculante” e “jurisprudência”. Em outras palavras: a concepção de precedente judicial será o referencial – em uma espécie de contraponto – para assimilar e delinear as ideias supra mencionadas.

Em um primeiro momento, é de se ressaltar que a ideia de precedente judicial somente pode ser compreendida a partir da sua concepção no *common law*, pois foi exatamente dentro daquela tradição jurídica em que ela se formou e se consolidou ao longo do tempo. Isto significa que o precedente judicial é um instituto próprio do *common law*, de modo que qualquer tentativa de compreendê-lo de forma totalmente dissociada daquela tradição jurídica é falha. Todas as noções de precedente judicial “concebidas” no seio do *civil law* têm, ainda que indiretamente, algum tipo de inspiração no *common law*. É como se todas as teorias do precedente ditas de *civil law* bebam, em maior ou menor extensão, da fonte do direito anglo-saxão.¹⁰

Embora o conceito e o modo de formação do precedente judicial já tenham sido objeto de análise neste trabalho¹¹, afigura-se de suma importância a reiteração de alguns pontos de especial relevância para a distinção deste instituto daqueles já mencionados.

De forma simplificada, é possível conceituar o precedente judicial como a decisão proferida por um juiz ou tribunal após o estabelecimento de um raciocínio jurídico (*judicial reasoning*) a respeito de determinada questão jurídica necessária para a solução do caso

¹⁰ Neste sentido, é interessante a abordagem realizada por Teresa Arruda Alvim Wambier que, ao realizar excuro histórico sobre a forma como as tradições de *civil law* e *common law* buscaram criar previsibilidade aos seus sistemas jurídicos (através do precedente), pontua que ambas as tradições jurídicas o fizeram de maneiras distintas: enquanto no *common law* isto se deu sem grandes e significativas rupturas (em um contínuo histórico), no *civil law* isto se deu de forma segmentada e descontinuada. “Em ambos os sistemas, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade. No *common law*, isto se fez, por assim dizer, naturalmente, sem grandes e significativas rupturas com o passado, ao contrário do que ocorreu na história do *civil law*. [...] Entretanto, a resposta simples à pergunta sobre como teria começado o *common law* seria de que as coisas sempre foram como são. Esta resposta, na verdade, nada mais é do que um modo simples de se dizer que há, no *common law*, ‘um *continuum* histórico’. Houve um desenvolvimento ininterrupto, tendo sido acumulada a experiência e a sabedoria de séculos. [...] A designação *common* vem do direito comum, e diz respeito aos costumes gerais, geralmente observados pelos ingleses. O *common law*, é interessante observar, não teve início com a adoção explícita da premissa ou da regra de que os precedentes seriam vinculantes. Isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino, até o momento em que as próprias decisões passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de confiança nos precedentes [...]. O caminho percorrido pelo *civil law* para adquirir as feições que tem hoje foi bem diferente, embora em algum grau as ideias de certeza e de previsibilidade se tenham sempre feito presentes.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. _____. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-31.

¹¹ Neste ponto, remete-se o leitor ao item 3.1 desta pesquisa.

concreto. Assim, com apoio na doutrina de Castanheira Neves, o precedente judicial pode ser compreendido como a questão jurídica (*ratio decidendi*) contida em decisão judicial, historicamente decidida, invocada como parâmetro normativo-decisório para o deslinde de caso análogo.¹²

Esta primeira aproximação à noção de precedente judicial, ainda que válida, não fornece todos os elementos necessários à adequada compreensão do instituto. Isto significa que, para a adequada compreensão do precedente judicial, é imperioso concebê-lo à luz de três condicionantes, quais sejam, (i) o fator histórico; (ii) o fator hermenêutico; e (iii) o fator democrático.

O fator histórico, consoante já se delineou, denota a dimensão histórico-tradicional do precedente. Por um lado, o precedente se consolida gradativamente através do tempo, isto é, à luz de inúmeros e reiterados casos anteriores.¹³ O precedente não é firmado a partir de uma única decisão judicial e tampouco nasce com a pretensão de se tornar parâmetro decisório para casos futuros. De outro lado, o precedente também carrega em si a força da tradição, vale dizer, da forma como as decisões judiciais passadas são interpretadas e aplicadas em um contínuo histórico considerando-se o contexto social em que se encontram.¹⁴ É por esta razão que o precedente encontra-se inserido dentro do contexto do *case law*, isto é, de um método de casos, cuja análise culminou na prolação de inúmeras decisões judiciais ao longo do tempo.

O fator hermenêutico, por sua vez, implica ter em mente que o precedente judicial não se encontra vinculado à literalidade do texto que lhe dá suporte. Em outras palavras: a questão jurídica contida no precedente (*ratio decidendi*) não se encontra em excerto da decisão do juiz ou tribunal, como se um enunciado lingüístico abstrato e prescritivo fosse, e tampouco pode

¹² Cf. NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 12 et seq.

¹³ O caráter histórico do precedente guarda íntima relação com o próprio desenvolvimento do *common law*, conforme ressalta Plucknett: “*The common law in its ultimate origin was merely the custom of the King’s courts; the regular routine which they developed in the administration of justice became settled and known, and therefore served as the basis upon which people could forecast with some certainty the future decisions of the courts. The growth of such a custom depends to some extent upon the habit of following precedents, although it is more than likely that this development took place quite unconsciously.*” PLUCKNETT, Theodore F. T., *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 379.

¹⁴ Neste sentido é a referência ao termo “tradição” que o comparatista canadense Patrick Glenn tece: “*The most obvious and generally accepted element of tradition is what T. S. Elliot has called its ‘pastness’*. In the English language, this is a very odd and even cumbersome word, which a poet might normally avoid. The problem is finding an alternative. [...] So T. S. Elliot chose ‘pastness’, an odd, awkward word, probably as a means of indicating that we have to think harder about the past, about how we seize it, and what it may signify in what we call the present, or the future. [...] There is another dimension of tradition, however, which appears less bound to a particular manner of thinking about time. It is in the necessity of tradition having been continuously transmitted in a particular social context, in order for it to be of current relevance.” GLENN, Patrick H. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 5-13.

ser compreendido de forma dissociada das particularidades fáticas que lhe deram origem. Compreender hermenêuticamente o precedente é reconhecer que, à luz do pós-positivismo¹⁵ e da viragem lingüística¹⁶, não é a partir do texto jurídico que o intérprete extrai um sentido, mas é a partir dos fatos materialmente relevantes que o juiz ou tribunal atribui um determinado sentido.¹⁷

O fator democrático, por fim, significa que o precedente judicial não é forjado pelos órgãos de cúpula a partir de uma única decisão com pretensão de se tornar paradigma e vinculante para os casos futuros. Pelo contrário: o precedente nasce despretensiosamente na primeira instância, por meio da atuação dos juízes que, em maior contato com as circunstâncias fáticas do caso concreto, delineiam as balizas da decisão que futuramente pode ser reconhecida como precedente. E não é somente por meio da atuação do juiz que o precedente ganha contornos, mas sofre influência também das partes, advogados e demais atores jurídicos do processo.¹⁸ Assim, um precedente somente pode assim ser considerado se for produto de um processo democrático, e não um entendimento arbitrariamente imposto por um órgão de cúpula como se enunciado legislativo fosse.

A reiteração do conceito de precedente judicial – bem como aos seus caracteres fundantes – tem por finalidade não apenas conceber uma definição técnica, mas principalmente ontológica, pois, conforme advertem Abboud e Streck, “[...] somente sob o sol da diferença ontológica é que é possível ultrapassar as armadilhas que as metodologias metafísicas têm colocado nos caminhos daqueles que buscam novas posturas críticas para o direito.”¹⁹ Não há como se diferenciar as ideias de “precedente”, “súmula”, “jurisprudência” e “efeito vinculante” senão por meio de seus contrastes ontológicos. Do contrário, corre-se o

¹⁵ Neste ponto, remete-se o leitor ao item 1.3 deste trabalho.

¹⁶ Sobre a viragem lingüística (giro ontológico-lingüístico), cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 231 et seq.; ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 53 et seq.; MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 65 et seq.

¹⁷ “Discutir precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes é, necessariamente, adentrar no delicado campo da hermenêutica. Há vários modos de trabalhar a ‘questão da interpretação’, que, ao fim, será a ‘questão hermenêutica’. A partir daquilo que representou o giro ontológico-lingüístico – com as obras e doutrinas de Heidegger, Gadamer e do segundo Wittgenstein – é possível dizer que superamos a hermenêutica denominada de ‘clássica’, que cindia interpretação de aplicação e que ainda acreditava na busca dos sentidos intrínsecos ao texto jurídico, como se ao intérprete fosse possível fazer uma *Auslegung* (extrair o sentido). Na verdade, a partir do ‘movimento hermenêutico’ do século XX, a tarefa do intérprete (do direito) é o de atribuir sentidos (*Sinngebung*).” ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49-50.

¹⁸ Consoante já tivemos a oportunidade de consignar, temos plena consciência de que, embora sejam os tribunais e cortes superiores que *delimitam e estabelecem* os precedentes judiciais (ao fazerem referências a julgados pretéritos), é no juízo singular da primeira instância que as balizas da *ratio decidendi* são forjadas, mediante o contato direto com as partes, provas e intervenção dos advogados e demais atores processuais.

¹⁹ ABOUD; STRECK, op. cit., p. 51.

risco de se sucumbir às definições padronizadas e anti-hermenêuticas, próprias do senso comum teórico dos juristas.

4.1.2 Súmula e súmula vinculante

Conforme nos ensina Nelson Nery Junior, súmula “[...] é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados.”²⁰ O enunciado sumular, assim, é decorrente de um ato administrativo (porque não é produzido dentro de um processo judicial) de um órgão jurisdicional colegiado, editado na forma de proposição escrita, e que tem por finalidade resumir o entendimento predominante da jurisprudência do tribunal a respeito de determinado tema.

A origem das súmulas no sistema jurídico brasileiro remonta ao ano de 1963, quando o Supremo Tribunal Federal, por meio de emenda regimental, instituiu as súmulas, tendo os primeiros enunciados sido publicados somente em março de 1964. Apesar desta circunstância, a primeira tentativa de institucionalização de enunciados escritos que retratam o entendimento predominante dos tribunais foi sugerida por Haroldo Valladão e constou do projeto de constituição do Instituto dos Advogados Brasileiros.²¹ Neste projeto, optou-se por utilizar expressão que remetia à prática portuguesa dos assentos.²²

A proposta realizada por Haroldo Valladão, de nítida inspiração no direito português, não foi a acatada pela Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) – então constituída pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves – que objetivava utilizar as súmulas como método de trabalho e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e simplificar o julgamento de questões tidas por pacificadas pelo Tribunal, consoante notícia Hermes Zaneti Júnior:

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

²¹ Cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 191.

²² Os assentos, na lição de Antonio Catanheira Neves, eram enunciados escritos que consolidavam a doutrina ou posição jurídica da jurisprudência emitidos pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal na forma de prescrição normativa com força obrigatória (vinculante). Referido instituto foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional português em 1993 (Acórdão nº 810/93). Cf. NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 1-5. Para uma análise da tentativa de instituição dos assentos no direito brasileiro, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Revista Justitia do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, n. 74, p. 115-143, jul./set. 1971.

A proposta original pretendia as súmulas como um método de trabalho, proporcionando maior estabilidade à jurisprudência e simplificando o julgamento das questões mais frequentes no tribunal. Essa proposta teve por modelo o *stare decisis*, e não os assentos, conforme notícia Baleeiro, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época: “essa fórmula do *stare decisis et non quieta movere* custou muito a ser aceita pelo nosso Supremo Tribunal Federal que, afinal, em 1963, atacou o problema decididamente com a Súmula, em que se compendiam os pontos de jurisprudência dominante”.²³

Desde a emenda regimental realizada pelo Supremo Tribunal Federal, as súmulas permaneceram no ordenamento processual brasileiro com a intenção de uniformizar o entendimento jurisprudencial dos tribunais em enunciados relativamente sucintos.

Os enunciados sumulares, por consectário lógico-jurídico, vinculam apenas os membros do tribunal que os editou. Os demais órgãos jurisdicionais – e até mesmo os juízes hierarquicamente subordinados ao respectivo tribunal – não ficam vinculados ao entendimento firmado pela súmula. Trata-se, portanto, de súmulas *sem* caráter vinculante (súmulas simples)²⁴.

No entanto, sob o pretexto de cada vez mais acelerar o julgamento de demandas repetidas e diminuir o estoque dos processos – em fenômeno que ficou conhecido por “racionalização do judiciário” – criou-se, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, enunciados sumulares com caráter vinculante (súmulas vinculantes).

Instituídas por meio do art. 103-A da Constituição Federal, as súmulas vinculantes podem ser editadas somente pelo Supremo Tribunal Federal e, uma vez criadas, vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da administração direta e indireta em suas esferas federal, estadual e municipal.²⁵

Muito embora a intenção com a instituição das súmulas fosse a de racionalizar o julgamento de casos semelhantes, a utilização prática das súmulas – simples e vinculantes – acabou por demonstrar que os tribunais passaram a aplicá-las como se verdadeiros textos

²³ ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 192.

²⁴ Embora não possuam efeito vinculante fora do tribunal que as editou, as súmulas simples gozam de certa autoridade no sistema processual civil: dispensam o duplo grau de jurisdição na remessa necessária (CPC/73 475, §3º e CPC/15 496, §4º, I), autorizam a admissão de recurso extraordinário com repercussão geral (CPC/73 543-A, §3º e CPC/15 1035, §3º, I) e conferem ao relator o poder de negar seguimento (CPC/73 557) e provimento (CPC/15 932, V, a) a recurso.

²⁵ “Quando os órgãos do Poder Legislativo exercem atividade *administrativa*, ficam sujeitos à súmula vinculante do STF. Quando o Poder Legislativo exerce atividade jurisdicional *stricto sensu* (e.g., CF 52 I e II), não está sujeito aos efeitos vinculantes da súmula do STF, porque exerce o controle político privativo das atividades jurisdicionais que lhe são cometidas pela CF.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 665.

legislativos fossem, vale dizer, enunciados genéricos e abstratos (isto é, desvinculados do caso concreto), muito embora não sejam produto do Parlamento.

Esta circunstância, aliada à equivocada importação da doutrina dos precedentes²⁶, levou parcela significativa da doutrina a equiparar os conceitos de súmula e precedente judicial²⁷, como se fossem representativos de uma mesma realidade.

Desde logo, deve-se ter em mente que há inúmeras razões pelas quais não se pode afirmar ser o enunciado de súmula (simples ou vinculante) a mesma coisa que precedente judicial.

A principal diferença é de cariz hermenêutico-ontológica e repousa na distinção existente entre texto e norma. Conforme já se demonstrou neste trabalho²⁸, o paradigma do pós-positivismo confere adequado tratamento às dicotomias “texto-norma”, “questão de fato-questão de direito” e “direito-realidade” elucidando, de um lado, que texto normativo não é a mesma coisa que norma jurídica; e, de outro, que questões de direito (direito) não devem ser compreendidas de forma isolada de questões fáticas (realidade).

A hermenêutica filosófica²⁹ e o paradigma pós-positivista demonstraram que o texto normativo não se confunde com a norma, uma vez que esta última é produto de um complexo processo de concretização diante da problematização do caso concreto.³⁰ E qual a relação

²⁶ Há outros fatores que corroboraram para a crítica que aqui se faz, como a própria cultura jurídica brasileira: “Tradição jurídica cultural brasileira, sem dúvida, facilitou a absorção das súmulas: o sistema jurídico pátrio sempre conheceu – mesmo antes da criação das súmulas ou de sua transformação em súmulas vinculantes – institutos jurídicos especificamente vocacionados para desempenhar essas funções e promover a unificação do direito e a interpretação autoritativa dos tribunais. Cite-se como exemplo o cabimento de recursos extraordinários para superação de divergências jurisprudenciais (a partir da Reforma Constitucional de 1926), o instituto do prejudicado, criado pelo Decreto 16.273, de 20.12.1923 [...], os recursos de revista – também previstos no CPC de 1939 e ainda vigorantes no âmbito da Justiça do Trabalho [...]” ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 192-193.

²⁷ Embora reconheça algum grau de diferença entre precedente e súmula, Marinoni afirma, contraditoriamente, que “as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto fático dos casos que lhe deram origem” e, em uma mistura de conceitos, que “a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 483, 492.

²⁸ Neste ponto remete-se o leitor ao capítulo 1 deste trabalho.

²⁹ Para um estudo aprofundado a respeito do surgimento da hermenêutica filosófica a partir dos pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 247 et seq.

³⁰ Ibid., p. 278-279 - “Portanto, a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a validade o seu ser. Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a este debate, o texto não subsiste separadamente da norma, d’onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma e com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos. [...] quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua ‘normação’, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade.”

disto com a diferença entre precedente e súmula? Ora, a resposta é simples: o precedente não cabe no enunciado sumular.

Enquanto o precedente encontra-se umbilicalmente ligado à facticidade do caso concreto, a súmula descola-se do caso que lhe deu origem em enunciado lingüístico abstrato e genérico. E, ao fazê-lo, a súmula perde a normatividade inerente ao precedente (vale dizer, a norma jurídica concretizada a partir da realidade social) para se tornar mero programa normativo predefinido. É por isto que, exatamente em função de não se constituir em norma, o texto (prescrição literal) da súmula possibilita novas interpretações, que podem originar novas normas, uma vez que o texto nada representa sem que lhe seja atribuído sentido.³¹

Ao contrário dos verbetes sumulares – verdadeiras prescrições abstratas e genéricas no formato legislativo – os precedentes não possuem programa normativo (enunciado lingüístico) predefinido, exatamente porque o precedente somente é identificado dentro do caso concreto decidido.³²

Para exemplificar esta circunstância Lenio Streck utiliza da alegoria envolvendo o conceito de “legítima defesa”:

Ora, os fatos não cabem na “ementa” ou no “precedente”. Um exemplo interessante pode nos ajudar a compreender melhor essa problemática de estandardização do Direito. Imaginemos uma súmula com o seguinte enunciado: “para a aferição do conteúdo do art. 23, II, do Código Penal, a legítima defesa não se mede milimetricamente”. Embora não seja uma súmula (mas, vamos fazer de conta que seja), esse enunciado foi/é utilizado como uma “protossúmula” (afinal consta na RT 604/327 e nos principais manuais de direito penal) servindo, nas práticas dos juristas, como um álibi para provar as mais diversas teses. Como toda cultura *pret-à-portér* que se preze, o referido enunciado tem sido simplesmente citado como se fosse uma proposição assertórica, como se nele mesmo estivesse contida a substância de “todas as legítimas defesas que não podem ser medidas com um esquadro”. Fosse um precedente no direito norte-americano, essa *holding* somente poderia ser utilizada com força vinculativa se fossem comprovadas as especificidades do *leading case*, e seu abandono seria possível apenas a partir de uma *distinguishing*.³³

O que a alegoria criada por Lenio Streck quer dizer é que o enunciado de texto da súmula não é capaz de antever e sintetizar todas as futuras hipóteses de aplicação da súmula e nem mesmo englobar todo o contexto histórico-temporal do caso concreto que a originou.

³¹ Cf. ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 54.

³² Ibid., p. 66.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 102.

Portanto, dizer que “o precedente não cabe na súmula” é reconhecer – ao menos – que (i) o enunciado sumular (simples e vinculante) consubstancia-se em prescrição lingüística literal com pretensão generalizante e abstratizante típica do enunciado legislativo; (ii) o precedente, ao seu turno, não pode ser abstraído em um enunciado escrito como se fosse um resumo ou ementa do julgamento do caso³⁴; e (iii) a súmula não contém previamente a solução jurídica de todos os casos para os quais foi supostamente editada (isto é, não é detentora de um sentido antecipado das múltiplas hipóteses de aplicação).

A exigência hermenêutica do precedente – isto é, a facticidade inerente a ele aliada ao reconhecimento de que o texto do precedente não é a mesma coisa que a norma jurídica oriunda do julgamento do caso concreto³⁵ – por si só bastaria para diferenciá-lo do enunciado sumular. Todavia, há outras circunstâncias que evidenciam a diferença ontológica entre precedente judicial e as súmulas.

Relativamente à forma de ingresso no mundo jurídico, pode-se dizer que enquanto a formação e autoridade do precedente judicial do *common law* repousa na tradição (não estando positivada em qualquer regra escrita ou na Constituição), o enunciado de súmula tem sua validade atrelada à própria prescrição textual genérica³⁶ (isto é, não vale pelos fundamentos que embasaram uma decisão pretérita de algum órgão judicial). A súmula vinculante, em especial, desvincula-se do caso concreto que lhe deu origem para, por expressa disposição legal (CF 103-A), equiparar-se a verdadeiro texto de lei com vinculação geral e abstrata para casos futuros, da mesma forma como os antigos assentos portugueses:

Por um lado, sabemos que o assento se desvincula, na sua formulação, do caso jurídico concreto que esteja na origem dele e que passa a vigorar sem concreta ligação a esse caso – apenas como norma que se impõe na

³⁴ Neste sentido, percutiente é a crítica de Lenio Streck: “Se eu fosse resumir o problema das súmulas em uma frase, diria que ‘o precedente não cabe na súmula’. Trata-se de um ‘enigma’ hermenêutico que deve ser decifrado. É impossível transformar o problema da aplicação (*Anwendungsdiskurs*) em um problema de validade (prévia) dos discursos jurídicos (discursos de justificação – *Begründungsdiskurs*). O problema é que isso já acontece de há muito no direito de *terrae brasilis*. Aliás, é prática recorrente – afinal, não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos utilizados como pautas gerais nas decisões.” STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Rio Grande do Sul, n. 5, p. 172, out./dez. 2008.

³⁵ “Em outras palavras, o estabelecimento do direito em *casos* obriga o intérprete a pensar o direito como *faticidade*, pois não pode simplesmente descolar o texto da situação concreta que lhe deu origem. Ao mesmo tempo, essa impossibilidade de distinção de fato e direito levou os juristas da *common law* a ter presente a noção de que a *norma* jurídica não é a mesma coisa que o *texto* do precedente, da mesma forma que a sua *vigência* não se equipara à sua *validade*. Como já visto, ao julgador inglês ou norte-americano é absolutamente impossível decidir com base apenas no texto da decisão que decidiu um precedente (a *opinion of the court*), sem atentar para o caso que lhe deu origem (para estabelecer a *holding*) e para suas semelhanças/diferenças com o caso presente.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71.

³⁶ Cf. ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, p. 220, nov. 2008.

autonomia foral do seu próprio e abstracto conteúdo. Característica fundamental esta que afasta o nosso instituto do regime dos precedentes – vimo-lo já – e o aproxima, até à equiparação, do regime da prescrição legislativa. E assim, desligado o assento do caso concreto, subtrai-se ele não só à influência deste caso (nos seus concretos limites objectivos e intencionais) como inclusivamente da casuística em que se integra, deixando por isso mesmo a prescrição assente de receber os estímulos que dessa casuística sempre viriam no sentido de alterações ou substituições correlativas aos renovados critérios jurídicos por ela assimilados.³⁷

Estando ontologicamente equiparada ao conceito e conteúdo de lei (enquanto enunciado genérico, abstrato e vinculante), a súmula vinculante distancia-se sobremaneira do precedente judicial, que não é peça de legislação e tampouco adquire autoridade no sistema jurídico por força de decisão administrativa do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A força do precedente, portanto, não está na força de sua promulgação como se um enunciado legislativo fosse³⁸, mas na tradição histórica de casos pretéritos análogos e na própria doutrina do *stare decisis*.³⁹

Quanto ao modo de aplicação, enquanto o precedente judicial é invocado como parâmetro normativo para problematização e posterior fundamentação na solução de um caso concreto análogo, o enunciado de súmula é aplicado como mero texto de lei, isto é, por meio de um raciocínio de subordinação lógico-subsuntivo.⁴⁰ Em outras palavras: a aplicação do precedente pressupõe, necessariamente, um rigoroso cotejo dos fatos concretos do caso posto a julgamento com a casuística de casos pretéritos análogos. A solução do caso atual não se encontra pronta e acabada no precedente, tal como ocorre com a aplicação do enunciado

³⁷ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 228.

³⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 176.

³⁹ “This doctrine, in its simplest form, means that when a judge comes to try a case, he must always look back to see how previous judges have dealt with previous cases (precedents) which have involved similar facts in that branch of law. In looking back in this way the judge will expect to discover those principles of law which are relevant to the case which he has to decide. The decision which he makes will thus seek to be consistent with the existing principles in that branch of law, and may, in its turn, develop those principles a stage further.” EDDEY, Keith. *The english legal system*. 3rd. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1982. p. 125.

⁴⁰ Ao se referir à estrutura e finalidade imediata dos assentos, Castanheira Neves consigna que “uma solução que se pretende impor uma vez por todas num preceito geral e abstracto pressupõe, correlativamente, uma questão também geral-abstracta. Com efeito, questão geral-abstracta (o mesmo é dizer, de um objecto de relevância pensado como entidade geral-abstracta) é questão para a qual os casos concretos que ela abrange lhe vão referidos como casos da sua *aplicação*, casos que estão assim para ela numa relação de grau lógico (a relação lógica de subordinação ou de subsunção, de ‘geral a particular’) que permita pensar a questão fundamental como *uma só* questão e, portanto, susceptível de ser definida (ou solucionada) por *um só e geral* critério (o assento). Ora, isto é justamente o que não acontece num regime de precedentes. [...] esse regime dizia-nos, na verdade, que os casos jurídicos aí em causa não perdem a sua diferenciação jurídico-concreta, que são casos *análogos*, a exigir, por isso, uma ponderação material de referência concreta ou casuística, cuja solução não está logicamente pré-determinada, mas vai se constituindo através daquela ponderação – ponderação sempre atenta à identidade-diversidade própria do analógico e que, como tal, só pode considerar-se em concreto.” NEVES, op. cit., p. 73-74.

sumular. Ao contrário do que ocorre com a súmula – cuja aplicação se dá de maneira descontextualizada do caso concreto e dedutivista – “[...] o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos, cuja solução necessita de uma ponderação material de referência concreta ou casuística.”⁴¹

Relativamente ao alcance, o precedente judicial e as súmulas se diferenciam em grau de qualidade e abstração. Em virtude das súmulas se revestirem de um enunciado lingüístico (como se texto normativo fossem), o âmbito de sua delimitação é relativamente restrito, com conteúdo facilmente identificável. Trata-se daquela “solução” ao caso concreto pré-determinada por meio de um verbete genérico e abstrato, cujas hipóteses de aplicação evidenciam-se sem maiores elucubrações.

Em contrapartida, a questão jurídica relevante no precedente judicial – e que normalmente vincula – não é facilmente identificável. Isto porque, conforme já se referiu⁴², ao julgar um caso, o juiz do *common law* não tem a prévia pretensão de tornar aquele caso paradigmático (isto é, um precedente para solução de casos futuros) e tampouco deixa explícito (na forma de um verbete ou de um enunciado) a parte da decisão que efetivamente importou para o deslinde da controvérsia (*ratio decidendi*). Logo, ao contrário do que ocorre com o verbete de súmula, o âmbito de delimitação do precedente judicial é mais amplo, e, via de consequência, de maior dificuldade de delineação. É exatamente por esta razão que Dworkin argumenta que a força do precedente não se encontra nos limites semânticos do texto da decisão que solucionou o caso concreto.⁴³

⁴¹ ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, p. 220, nov. 2008.

⁴² Neste ponto, remete-se o leitor à seção 3.2 deste trabalho. Confira-se neste sentido também: FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, p. 92, dez. 2000.

⁴³ “Quando decidem casos particulares no direito costumeiro, os juízes estabelecem regras gerais que de algum modo se propõem a beneficiar a comunidade. Ao decidirem casos posteriores, outros juízes devem, portanto, aplicar essas regras de modo que o benefício possa ser obtido. Se essa apresentação do tema fosse uma justificação suficiente para práticas de precedente, Hércules poderia então decidir estes casos difíceis de direito costumeiro, considerando as decisões anteriores como leis e usando as técnicas que elaborou para a interpretação das leis. Porém, se levar muito longe essa teoria, ele irá deparar com enormes dificuldades. [...] Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso. [...] porém, os juristas e livros de direito divergiam sobre que partes de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica. [...] é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada, que esses precedentes deve justificar. Em algumas decisões, um juiz reconhece abertamente que cabe aos casos posteriores determinar as consequências plenas do caso por ele decidido.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 172-173.

O precedente judicial também se diferencia das súmulas no que se refere à teleologia de ambos os institutos. Conforme já se noticiou⁴⁴, a tradição jurídica do *common law* surgiu com a conquista da Inglaterra pelos normandos em 1066, época em que o território inglês constituía-se em um emaranhado de diversas tribos com línguas e costumes distintos. Esta configuração geográfica impedia a estruturação de um corpo de leis escritas ou a legitimação de um poder por meio de uma ordem religiosa, de modo que a solução residia na instituição de uma ordem jurídica por meio de um corpo de juízes. A doutrina dos precedentes, portanto, em um primeiro momento, desenvolveu-se justamente para defender a independência judicial e limitar os poderes do monarca. Posteriormente, em um segundo momento, a doutrina dos precedentes, por meio da teoria do *stare decisis*, buscou assegurar a previsibilidade das decisões judiciais. Todo este desenvolvimento, no entanto, se deu de forma gradativa e ao longo de mais de novecentos anos de história. O precedente judicial, portanto, está profundamente arraigado e umbilicalmente ligado à cultura judicial própria da tradição jurídica do *common law*.

As súmulas, por outro lado, foram instituídas com a única e pontual finalidade de se racionalizar e agilizar o julgamento de recursos e de processos em geral. É como se referido instituto tivesse sido criado como solução a um problema contingencial do sistema jurídico brasileiro, vale dizer, o crescente número de demandas em curso no país.⁴⁵

A diferença teleológica entre os institutos também é perceptível quando se verifica que, enquanto o precedente judicial tem por finalidade resolver um caso presente, os enunciados sumulares têm por escopo conferir solução a uma infinidade de casos futuros.

Por fim, o precedente e as súmulas – particularmente as vinculantes – também podem ser diferenciados tendo-se por referência seu âmbito de vinculação.

Como se sabe, as súmulas vinculantes são dotadas de efeito vinculante por expressa imposição legal (CF 103-A) e têm por finalidade obstar rediscussão sobre matéria constitucional já decidida. A força vinculante do precedente judicial, ao seu turno, repousa na tradição e na própria ideia de equidade de tratar casos semelhantes do mesmo modo (*like*

⁴⁴ Neste ponto, remete-se o leitor à seção 2.3 deste trabalho.

⁴⁵ A comprovar o quanto se alega é a afirmação do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, que inclusive se refere às súmulas como um “método de trabalho”: “Em certo sentido, pode-se dizer que o conteúdo da súmula passa para um segundo plano, quando comparamos com a sua função de método de trabalho, revestido de alguns efeitos processuais, que contribuem para o melhor funcionamento da justiça. [...] Por tudo isto, dizia o prefácio da primeira edição oficial da Súmula que a sua finalidade não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões freqüentes.” LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, n. 25, p. 46-67, jul. 1982.

cases should be treated alike). É por isto que, ao se referir ao efeito vinculante como “força gravitacional”, Dworkin explica que o precedente em verdade representa o relato de uma decisão política anterior, um “fragmento” da história política, que impõe sejam casos semelhantes julgados de forma uniforme.⁴⁶

O precedente, por isto, visa solucionar um caso concreto a partir da problematização e cotejo com casos pretéritos análogos, ao passo que a súmula vinculante tem por objetivo simplesmente impedir qualquer discussão sobre questão já sumulada.

Estas são as razões pelas quais não se pode equiparar enunciados sumulares com precedentes judiciais.

4.1.3 Jurisprudência

A confusão conceitual em torno da ideia de “jurisprudência” não se limita apenas à sua equivocada equiparação, por parte da doutrina, à ideia de precedente judicial. Isto porque o próprio conceito do que vem a ser “jurisprudência” é marcado por uma verdadeira poluição semântica⁴⁷, em grande parte devido ao fato de que o termo latino “*iurisprudentia*” não corresponder ao atualmente utilizado pelas línguas neolatinas em geral (“*jurisprudência*”).⁴⁸

Com efeito, na Antiguidade Clássica, o direito (“*jus*”) era um fenômeno sagrado, marcado pelo exercício de uma atividade ética – a prudência – que representava a virtude moral do equilíbrio e da ponderação no ato de julgar. A *iurisprudentia*, portanto, era a forma de pensamento baseado na prudência, então denominada de jurisprudencial. A *iurisprudentia*, portanto, representava uma espécie de sabedoria e capacidade de julgar consistente em uma

⁴⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 176.

⁴⁷ Tanto é verdade que Rubens Limongi França aponta pelo menos cinco sentidos ao vocábulo: “O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados [...]. O segundo ligado à etimologia do vocábulo, que vem de ‘*juris + prudentia*’, consistiria no conjunto de manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados ‘pareceres’, quer emanados de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos e atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.” FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974. p. 145-146.

⁴⁸ Cf. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

virtude desenvolvida pelo homem prudente, isto é, aquele capaz de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões.⁴⁹

Em um primeiro momento, portanto, a *iurisprudencia* representou a sabedoria jurídica ou “[...] o conhecimento técnico da estrutura interna das instituições jurídicas e, ao mesmo tempo, uma metodologia que permite trabalhar sobre elas e a partir delas.”⁵⁰ Tanto é verdade que no Digesto – parte da compilação posteriormente empreendida pelo imperador Justiniano e que viria a ser conhecida como *Corpus Iuris Civilis* – Ulpiano teria afirmado que “*Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti arque iniusti scientia*” (Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto)⁵¹.

São por estas razões que o vocábulo jurisprudência também pode ser compreendido no sentido da *iurisprudencia* romana, vale dizer, no direito enquanto sabedoria jurídica, doutrina e, após o surgimento da figura do jurista⁵², ciência jurídica⁵³.

Posteriormente, o termo jurisprudência passou a significar um conjunto de decisões judiciais proferidas pelos tribunais sobre determinada questão, não necessariamente em um mesmo sentido, consoante ressalta Lenio Streck.⁵⁴

É esta segunda acepção que comumente leva parcela da doutrina a equivocadamente aproximar ou até mesmo equiparar os conceitos de jurisprudência e precedente. E talvez isto se dê em virtude de ambos os conceitos se relacionarem – ainda que em diferentes níveis qualitativos e quantitativos – com decisões judiciais. Este raciocínio parte tanto de uma errônea compreensão do conceito de precedente judicial (como se fosse uma decisão judicial representativa de reiterados entendimentos firmados em determinado sentido) e também do próprio conceito de jurisprudência (como se fosse o conjunto de decisões que espelham um

⁴⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 56-57.

⁵⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 295.

⁵¹ Ibid.

⁵² “O jurista é o personagem que passa a exercer de forma profissional a ciência jurídica. [...] Vale dizer, o jurista era o artesão que proporcionava a substância técnica de suas realizações práticas. Assim, antes dele, não existia *iurisprudencia*, uma vez que o direito não era ciência. Muito embora já houve objeto, legislação e prolação de decisões judiciais, o direito não possuía uma técnica/tecnologia (metodologia)”. ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 496.

⁵³ Neste sentido, afirmando ser a jurisprudência expressão da “dogmática jurídica”, relacionando-se sempre a um ordenamento jurídico e às estruturas a ele imanentes, vide: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 261 et seq.

⁵⁴ “[Jurisprudência], em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória.” STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 83.

mesmo posicionamento – “jurisprudência pacífica” – desconsiderando-se eventuais posições divergentes). Trata-se, no entanto, de institutos distintos, pois representam diferentes manifestações da realidade no mundo jurídico.

A primeira grande distinção entre precedente judicial e jurisprudência é de caráter eminentemente quantitativo: enquanto o precedente firma-se geralmente fazendo-se referência a *uma única decisão* relativa a *um caso concreto em particular*, a jurisprudência abrange freqüentemente uma *pluralidade de decisões judiciais* relacionadas a inúmeros e *diferentes casos concretos*, conforme bem acentua Michele Taruffo:

O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas.⁵⁵

Esta nota distintiva em torno do conceito de jurisprudência, isto é, a pluralidade de decisões⁵⁶, produz inúmeras conseqüências, entre as quais se encontra a dificuldade em se estabelecer, entre um emaranhado de decisões, qual é verdadeiramente relevante para a pacificação do entendimento sobre determinada questão jurídica. Além disto, a multiplicidade de decisões impõe a indagação de quantas decisões em um mesmo sentido seriam necessárias para se estabelecer “jurisprudência” sobre um tema.

Para além de serem distintos quantitativamente, os precedentes judiciais e a jurisprudência também se diferenciam em um grau qualitativo.

Ora, conforme já se demonstrou⁵⁷, o precedente judicial consubstancia-se em uma questão jurídica tomada como parâmetro decisório no julgamento de um caso futuro à luz da identidade entre os fatos do caso pretérito e aqueles do caso presente. Assim, é o juiz ou tribunal do caso futuro que determina se a questão jurídica tratada na decisão passada é ou não precedente e, portanto, “cria” o precedente judicial. Neste sentido, basta *um único precedente* para justificar e embasar a decisão do caso futuro.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, p. 141, set. 2011.

⁵⁶ Neste mesmo sentido é a opinião de Evaristo Aragão Santos ao pontuar que a pluralidade de decisões é a nota distintiva essencial em torno do conceito de jurisprudência. Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 142.

⁵⁷ Neste ponto, remete-se o leitor à seção 3.1 deste trabalho.

De outro lado, o uso e “aplicação” da jurisprudência no ato decisório se dá de forma distinta. Ao utilizar a jurisprudência como mecanismo de fundamentação, o juiz do *civil law* normalmente não realiza um minucioso e acurado cotejo dos fatos envolvendo os casos passado e presente. O que ocorre, em verdade, é uma análise para verificar se os concisos enunciados que resumem os julgamentos (ementas) se subsumem ao caso concreto sob julgamento. Tais enunciados, que em verdade são verdadeiras proposições genéricas com conteúdo preceptivo, geralmente são construídas desconsiderando-se os fatos do caso concreto. Daí a precisa advertência de Michele Taruffo:

[...] em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral. [...] Se, ao contrário, se dispõe do texto integral, mas se trata de uma sentença da Corte de Cassação, então os fatos do caso ou são expostos de modo bastante sintético na parte “narrativa” da sentença ou não aparecem totalmente. De resto, as sentenças da Cassação são estudadas para descobrir onde está e qual é o princípio de direito, uma vez que o que se procura é a regra jurídica abstrata a aplicar ao caso sucessivo, não a individualização da *fattispecie* concreta que foi objeto de decisão.⁵⁸

As inúmeras decisões judiciais que compõem a jurisprudência sobre determinada questão jurídica são resumidas e catalogadas por meio de ementas, cada uma contendo diferentes enunciados sobre as questões de direito decididas à luz de circunstâncias fáticas nem sempre semelhantes. É como se as ementas passassem a ser consideradas como premissas maiores de um silogismo (a serem mecanicamente subsumidas a premissas menores – os fatos do caso concreto posto a julgamento).

O uso desenfreado da jurisprudência – que se dá majoritariamente recorrendo-se às tais ementas – como parâmetro decisório acarreta uma insegurança jurídica que o uso do precedente (isto é, da *ratio decidendi* do caso pretérito) não provoca: qual o critério de escolha da ementa a ser utilizada como parâmetro de julgamento? Se há divergência jurisprudencial, qual decisão deve-se escolher? É possível utilizar a ementa de uma decisão que foi posteriormente reformada? Uma ementa mais recente “revoga” uma mais antiga?⁵⁹

Note-se que a abstração e resumo das decisões judiciais por meio de ementas produzidas a partir de enunciados genéricos e desvinculados dos fatos revela um dos problemas típicos do positivismo jurídico, qual seja, a utilização da decisão judicial como

⁵⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, p. 142, set. 2011.

⁵⁹ Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 99-100.

mero instrumento da atividade jurisdicional. É como se a decisão judicial, por meio do mecanizado método subsuntivo-dedutivo, descompromissado com a facticidade do caso concreto, se tornasse instrumento decisório passível de arbitrariedades (pois não há controle sobre as “escolhas” do juiz em meio ao emaranhado de decisões que compõem a jurisprudência).⁶⁰

Há ainda uma outra nota distintiva entre o precedente judicial e a jurisprudência, qual seja, o grau de certeza e confiabilidade no uso de cada um deles. Ora, como se sabe, a jurisprudência é formada por um enorme número de decisões judiciais, circunstância que contribui para uma maior degeneração do denominado “direito jurisprudencial”. Por degeneração deve-se entender as incoerências, contradições e repentinas mudanças de posicionamento a respeito de determinada questão jurídica.⁶¹ Esta oscilação de entendimentos é menos freqüente⁶² quando se analisa o precedente judicial à luz do *common law*, seja em razão do fato de naquela tradição jurídica ser possível apontar qual decisão efetivamente constitui precedente, seja em virtude da autoridade e vinculação que o precedente representa (*stare decisis*). Em estudo dedicado ao tema, Michele Taruffo ressaltou estas mesmas circunstâncias, tomando por parâmetro o sistema jurídico italiano:

Por outro lado, o número incontrolado das decisões favorece uma adicional degeneração, ou seja, a verificação amiúde de incoerência e, freqüentemente, de evidentes contradições e de repentinas mudanças de orientação, no âmbito da mesma jurisprudência da Cassação. [...] De outro lado, freqüentemente se descobre que a jurisprudência é incoerente e contraditória: se tratará, então, de estabelecer se há ou não há jurisprudência conforme, se há uma jurisprudência prevalente, se a jurisprudência é incerta, ou se até mesmo é uma situação de caos jurisprudencial. Estes problemas não existem, ou

⁶⁰ Neste sentido é a percutiente crítica de Maurício Ramires: “No positivismo jurídico, o que propicia a simulação de fundamentação com base em uma simples consulta descompromissada e ajuda-a a passar como trabalho jurídico consistente é amarração do resultado obtido pelo intérprete em um ‘método’ de interpretação dentre os tantos apresentados pela dogmática clássica. [...] Como é autoevidente, esse modelo subsuntivo-dedutivo preocupa-se apenas com a instrumentalidade da decisão; estabeleceu-se (tacitamente, ao menos) que uma vez que a conclusão decorra adequadamente das premissas, tem-se ela por válida. Não há cuidado com os fatos, não há preocupação com a arbitrariedade das escolhas dos universais.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44-45.

⁶¹ A ocorrência deste fenômeno no Brasil é ressaltada pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, *verbis*: “No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente questões absolutamente idênticas. [...] Além disso, enfrenta-se também, no Brasil, um outro fenômeno indesejável, consistente na freqüente alteração brusca da orientação dominante nos tribunais superiores.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: _____. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 36-37.

⁶² Com isto não se quer dizer que inexistam incoerências no uso do precedente judicial ou que a teoria do *stare decisis* seja efetiva garantia de estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica. Neste sentido, vide: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 113-125.

surgem apenas em pouquíssimos casos limites, nos ordenamentos que são de fato fundados sobre o uso do precedente.⁶³

Por fim, não se pode deixar de consignar a diferente posição que a jurisprudência assume nas tradições do *common law* e do *civil law*. Ora, na tradição romano-germânica, a jurisprudência possui uma maior autolimitação relativamente à legislação. Isto significa que a jurisprudência encontra seu limite na lei, de modo que, ao menos no *civil law*, somente se pode calcular o grau de importância da jurisprudência levando-se em conta sua relação com a lei escrita.⁶⁴ Esta circunstância no fundo revela uma das principais características do *civil law*, qual seja, a ausência do poder de criação judicial do direito. Se o juiz da tradição romano-germânica não tem poder de criação do direito, a jurisprudência, por consectário lógico, obviamente também não o tem.

Já no *common law*, no qual o juiz tem poder de criação judicial do direito, o precedente judicial tem um grau de autonomia maior em relação ao direito legislado.

Todavia, isto não significa que o juiz do *civil law* não possa, em hipótese alguma, desvincular-se do texto legal⁶⁵, ou que o juiz do *common law* esteja autorizado, em qualquer hipótese, negar-se a cumprir a lei⁶⁶.

4.1.4 Efeito vinculante

O efeito vinculante, enquanto instituto autônomo, é fenômeno jurídico pouco estudado, sendo parca a doutrina que se dedica exclusivamente ao seu exame. A maioria dos trabalhos que menciona o efeito vinculante o faz *a latere* do assunto principal, sem dedicar-lhe maior atenção ou sistematicidade. Daí a dificuldade da doutrina em conceituar o efeito

⁶³ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, p. 144, set. 2011.

⁶⁴ Cf. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 303.

⁶⁵ “Dito de outro modo: o acentuado grau de autonomia alcançado pelo direito e o respeito à produção democrática das normas faz com que se possa afirmar que o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei nas seguintes hipóteses: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional [...]; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias [...]; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição [...]; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto [...]; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto [...]” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

⁶⁶ “Com isso, não se está afirmando que no *common law* é permitido ao magistrado negar-se a cumprir a lei. Ocorre que esta tradição jurídica é mais aberta e flexível quanto a esta questão, justamente em virtude da posição e da função exercida pela lei que, além de não ser considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito, atua de forma mais restrita, respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias.” ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., p. 304.

vinculante, delineando-se sua natureza jurídica e confrontando-a com o seu papel no sistema jurídico brasileiro.

Esta dificuldade também é responsável pela inadequada e equivocada equiparação, por parcela da doutrina, dos conceitos de efeito vinculante, coisa julgada e eficácia *erga omnes*. Trata-se de ideias distintas entre si e, conforme se demonstrará, nenhuma delas pode ser equiparada ao precedente judicial ou ao regime do *stare decisis*.

A coisa julgada (*auctoritas rei iudicatae*), conforme ensina Nelson Nery Júnior, “[...] é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária.”⁶⁷ Os efeitos da coisa julgada projetam-se principalmente dentro do processo onde a sentença foi proferida, seja para tornar inimpugnável e indiscutível o dispositivo da decisão (impedindo o juiz de redecidir a pretensão), seja para tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva.⁶⁸

A eficácia *erga omnes*, por outro lado, é uma qualidade que se agrega à coisa julgada, ampliando os limites subjetivos do dispositivo da sentença. Ampliar os limites subjetivos do dispositivo da sentença significa estender os efeitos que emergem da parte dispositiva àqueles que não integraram a relação processual na qual a decisão judicial acobertada pela coisa julgada foi proferida. Trata-se de efeito ínsito ao processo coletivo, no qual se tutela interesses difusos⁶⁹, e no processo constitucional⁷⁰ (que, de certa forma, também tutela um interesse difuso).

Por fim, o efeito vinculante freqüentemente é conceituado de forma genérica com o uso de expressões que muito pouco o explica, tais como “*plus normativo*” ou “força

⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 52.

⁶⁸ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 712-713. Há também efeitos extraprocessuais, como pontuam Nelson e Rosa Nery: a) vincular as partes e o juízo de qualquer processo (salvo quanto à independência das responsabilidades civil e penal, nas circunstâncias determinadas pela lei) que se lhe seguir como, por exemplo, para execução da sentença de mérito transitada em julgado; b) impossibilidade de a lide (mérito, pretensão), já atingida pela *auctoritas rei iudicatae*, ser rediscutida em ação judicial posterior.

⁶⁹ Para uma análise da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* no processo coletivo cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 175 et seq.

⁷⁰ “Por sua vez, a coisa julgada material proferida no processo constitucional tem efeito *erga omnes* não apenas em razão do disposto no art. 102, §2º, da Constituição e no art. 28 da Lei 9.868/1999. A eficácia *erga omnes* é ínsita ao processo constitucional em razão do interesse difuso que o controle de constitucionalidade tutela. Ser ínsita não significa ser exclusiva, porque os provimentos do processo coletivo podem ter efeito *erga omnes*, tal como permite o art. 103 do CDC.” ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 125-126.

obrigatória qualificada”.⁷¹ O efeito vinculante, em verdade, é a qualidade agregada a provimentos administrativos ou jurisdicionais, por força de lei, e que impõe ao particular e ao Poder Público a obrigatoriedade de sua observância e respeito.

No direito brasileiro, o efeito vinculante somente pode ser imposto por meio da lei. Tal se dá com o enunciado sumular editado sob o regime da CF 103-A; com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade de conformidade com a CF 102, §2º; e com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça julgadas respectivamente sob o rito do CPC 543-B e 543-C⁷².

O efeito vinculante em si ou até mesmo a decisão dotada de efeito vinculante não podem ser equiparados ao precedente judicial ou ao regime do *stare decisis*, como equivocadamente parcela da doutrina advoga.⁷³

Em razão de já termos nos reportado sobre as inúmeras distinções entre o precedente judicial e a súmula vinculante no item 4.1.2, bem como tendo-se em vista que trataremos do efeito vinculante no processo constitucional no item 4.2.3 deste trabalho, deteremo-nos, por ora, na análise da jurisprudência dotada de efeito vinculante (CPC 543-B e 543-C).

A primeira distinção entre o efeito vinculante e o precedente judicial decorre do fato de que enquanto o primeiro decorre de imposição legislativa, o segundo é produto da tradição (isto é, a doutrina dos precedentes, que posteriormente sistematizou-se por meio da teoria do *stare decisis*). É por isto que a vinculação das decisões proferidas sob o rito do CPC 543-B e 543-C não é a histórico-concreta própria do caso concreto, mas é a genérico-abstrata própria da lei.⁷⁴

A segunda distinção diz respeito à delimitação do conteúdo vinculante: enquanto a definição do que efetivamente vincula na decisão pretérita e que vai se tornar precedente é controvertida e se consolida somente ao longo do tempo, a jurisprudência dotada de efeito vinculante já possui um âmbito de vinculação pré-determinado pelo Tribunal, consoante ressalta Georges Abboud:

⁷¹ MAGALHÃES, Breno Baía. Efeito vinculante: o que ele não é, *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, n. 104, p. 712, out. 2012/jan. 2013.

⁷² No CPC/2015 o regramento dos recursos especial e extraordinários repetitivos consta dos arts. 1036 a 1041.

⁷³ A título de exemplificação, confira-se a confusão conceitual em que incorre Maria Oderlânia Torquato Leite, *verbis*: “O efeito vinculante pode ter um conceito mais apurado, no sentido de precedente judicial obrigatório, se aproximando com a doutrina do *stare decisis*, instituto típico da *common law*, do sistema jurídico do Direito anglo-americano.” LEITE, Maria Oderlânia Torquato. O efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Coimbra, n. 8, p. 5721, 2014.

⁷⁴ Neste sentido, vide NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 91.

O que de fato vincula em um precedente é controvertido e apenas fixa-se e vai delimitando-se com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, no *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case* não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. [...] No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.⁷⁵

A questão jurídica que vincula no precedente somente é definida pelo juiz ou tribunal do futuro, à luz de reiteradas decisões passadas com particularidades fáticas semelhantes. Ou seja, não é o juiz ou tribunal que, ao proferir sua decisão, delimita a *ratio decidendi* do caso e a torna parâmetro decisório para o julgamento dos casos futuros. A decisão oriunda da jurisprudência dotada de efeito vinculante nasce exatamente ao contrário do precedente, pois é o tribunal que, ao julgar o caso, delimita a questão jurídica e a torna vinculativa para o julgamento de casos futuros semelhantes.

No que se refere à flexibilidade da vinculação, a distinção entre precedente judicial e a jurisprudência dotada de efeito vinculante afigura-se ainda mais evidente. Como se sabe, o juiz do *common law* não se encontra adstrito de forma absoluta, mecânica e automática ao precedente judicial e ao regime do *stare decisis* quando do julgamento de um caso. Isto porque, verificadas determinadas circunstâncias, ao juiz do *common law* impõe-se o dever de afastar o precedente (*distinguishing*), limitar suas hipóteses de aplicação (*overriding*) ou até mesmo revogá-lo (*overruling*). É por esta razão que se pode afirmar ser o precedente um parâmetro argumentativo, um ponto de partida, para a discussão da *legal reasoning* do caso concreto.

Não é o que ocorre, no entanto, com as decisões da jurisprudência dotada de efeito vinculante, cujos fundamentos e questão jurídica já vêm prontos, acabados e delimitados, como se peça de legislação fossem.⁷⁶

O efeito vinculante do precedente, nesta perspectiva, não é tão rígido quanto àquele existente nas decisões proferidas sob o regime do CPC 543-B e 543-C. Aliás, é exatamente a maior rigidez do efeito vinculante dos recursos repetitivos que torna sua utilização desmedida perigosa, uma vez que seu uso ignora “[...] as particularidades de cada caso concreto, solucionando-se diversas demandas de forma automática.”⁷⁷ Corre-se o risco, inclusive, de se impedir a formação de uma jurisprudência coerente e íntegra, na medida que, por definição, a

⁷⁵ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 537.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 538-539.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 539.

jurisprudência só se forma mediante o julgamento de inúmeras e reiteradas decisões dos tribunais. Ora, como se construir jurisprudência em um ambiente em que uma única decisão delimita e fixa a jurisprudência para todos os casos concretos?⁷⁸

Por fim, a formação (que é diferente da imposição⁷⁹) do conteúdo vinculante também caracteriza-se como nota distintiva entre o precedente judicial e a jurisprudência dotada de efeito vinculante. Como é cediço, a formação do precedente judicial e a teoria do *stare decisis* são fenômenos altamente complexos e que impõem um juízo de fundamentação, análise e comprovação muito mais exigente do que a subsunção da questão jurídica delimitada em julgamento de recurso repetitivo ao caso concreto:

Essa argumentação demonstra o quão diferente é a mecânica dos sistemas de precedente em relação a nossa técnica de utilização de solução paradigma para processos repetitivos. A utilização do precedente para solucionar o caso concreto exige imensa interpretação e realização de contraditório entre as partes. Já o uso dos arts. 543-B e 543-C do CPC dispensaria nova argumentação das partes – até porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado – para que o juiz decidisse imediatamente a lide a partir do que ficou estabelecido na decisão paradigma (piloto) proferida pelo STF ou STJ.⁸⁰

Em verdade, a criação dos recursos repetitivos – e de outros mecanismos de vinculação obrigatória via disposição legal – para além de constituir-se numa tentativa de se forçar a uniformização da jurisprudência às avessas, cria efeito colateral indesejável em um sistema jurídico filiado à tradição jurídica do *civil law*, vale dizer, obriga as modificações jurisprudenciais a se dar via alterações legislativas.⁸¹

⁷⁸ ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 539 - A crítica é realizada com maestria por Georges Abboud, que inclusive exemplifica os efeitos desmedidos da utilização dos recursos repetitivos, *verbis*: “Por exemplo, se fosse dotada de efeito vinculante a decisão do STF que admitia a prisão civil do depositário infiel, ainda assim teria sido possível sua modificação posteriormente pelo STF? Como seria possível ao STF alterar seu posicionamento, se nenhum outro caso versando sobre esta mesma *quaestio iuris*, em razão do efeito vinculante, não subiria (seria julgado) mais ao STF?”

⁷⁹ Lembre-se que a *imposição* do efeito vinculante no precedente judicial é baseada na tradição (vinculação histórico-concreta), enquanto na jurisprudência oriunda do CPC 543-B e 543-C é baseada na lei (vinculação legislativa).

⁸⁰ ABOUD, op. cit., p. 540.

⁸¹ *Ibid.*, p. 54 - “Ora, se a jurisprudência dos Tribunais Superiores adquire uma vinculação inexorável, que por meio do sobrestamento – verdadeira advocatária reformada – suspende os diversos outros processos subjetivos, impedindo, por conseguinte, a subida de novos casos contendo a mesma questão jurídica, a única maneira que resta de se modificar essa atividade jurisprudencial é por via da legislação. Assim, no Brasil, a teratologia é tamanha que desde as alterações legislativas promovidas em dezembro de 1995 (Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953) que modificaram o CPC, a lei passou a ser o instrumento de atualização da jurisprudência e não o contrário.”

Nesta linha, dizer que o próprio efeito vinculante ou a jurisprudência dotada de aludido efeito poderiam ser equiparados ao precedente judicial é desconhecer por completo a doutrina dos precedentes, a teoria do *stare decisis* e até mesmo a noção de jurisprudência.

4.2 Os “precedentes obrigatórios” no sistema processual civil

A equivocada compreensão da doutrina do precedente judicial e da teoria do *stare decisis*, bem como a importação de referidos institutos para direito brasileiro de forma descontextualizada, atécnica e sem o devido rigor científico, levou parcela da doutrina a advogar a tese da adoção de “precedentes obrigatórios” no ordenamento processual civil brasileiro.⁸² Há quem chegue, inclusive, a defender a necessidade de se instituir um “sistema de precedentes”⁸³ ou então de sistematização de uma “teoria geral dos precedentes”.

Esta tendência ganhou ainda mais força com a recente promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que, em seu artigo 927, positivou um rol de “precedentes obrigatórios” no sistema processual.⁸⁴

A excessiva valorização da jurisprudência nacional, em especial daquela fixada pelos tribunais superiores, chamou a atenção de parcela da doutrina, que passou a denominar este fenômeno de “*commonlização*” do sistema jurídico brasileiro⁸⁵ e até mesmo de “*tropicalização*” da teoria jurídica do precedente judicial.⁸⁶

Neste sentido, os “precedentes obrigatórios” no sistema processual civil seriam representados, *grosso modo*, pela jurisprudência dominante (ainda que não vinculante) dos tribunais superiores, pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, pela jurisprudência dotada de efeito vinculante e, por fim,

⁸² Vide, a título de exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 99 et seq.

⁸³ Vide, neste sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 583 et seq. e LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223 et seq.

⁸⁴ Esta é a opinião de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *verbis*: “O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pode ser, por exemplo, um precedente em processo de controle de constitucionalidade, um simples incidente em julgamento de tribunal ou um procedimento de produção de enunciado de súmula.” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 461.

⁸⁵ Cf. ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 9.

⁸⁶ Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

pelos enunciados de súmula (vinculantes ou não). Todo este arcabouço teórico-normativo representaria e sistematizaria, de certo modo, uma teoria dos precedentes à brasileira, cujo objetivo, de forma simplificada, seria, além de racionalizar o julgamento dos processos, conferir estabilidade à jurisprudência nacional de um lado e, de outro, garantir a isonomia e segurança jurídica ao jurisdicionado de outro.

Não se nega, deve-se desde logo ressaltar, que os motivos por detrás da aspiração de tornar a jurisprudência estável sejam realmente relevantes e, porque não, louváveis. Não se nega, igualmente, o importante papel que a atividade jurisprudencial tem nas tradições jurídicas de *civil law* em geral e no sistema jurídico brasileiro em particular. E, por fim, é preciso deixar claro que não se está aqui a advogar a tese de que a jurisprudência não deva ser respeitada ou de que os jurisdicionados não tenham direito a um sistema jurídico em que as decisões judiciais confirmem previsibilidade, igualdade e segurança jurídica.

O que não se admite, todavia, é a indevida, atécnica e descontextualizada importação de determinados institutos jurídicos próprios de uma outra tradição jurídica – nomeadamente o *common law* – e equipara-los a outros institutos jurídicos do sistema jurídico brasileiro, na esperança de que sua utilização aqui terão os mesmos efeitos de sua utilização acolá.

A crítica que este trabalho desenvolve – e que se reputa extremamente importante na atual conjuntura normativa – é a intenção do legislador e de parte da doutrina (quase que desenfreada) de “tropicalizar” a doutrina dos precedentes judiciais (incluindo-se todo o arcabouço teórico desenvolvido dentro daquela tradição jurídica ao longo de séculos) sem o devido rigor científico e sem a preocupação de que tais institutos tiveram nascimento e desenvolvimento em outra cultura jurídica. Daí a lúcida advertência realizada por Evaristo Aragão Santos neste sentido:

Refiro-me, especialmente, à (quase irresistível) tentação de simplesmente transpormos para nossa realidade uma teoria do direito estrangeiro. Tentação certamente potencializada quando nos vemos diante de tema tão emblemático no ambiente dos ordenamentos estrangeiros da tradição do *common law*. Não acredito que devamos simplesmente “importar” uma teoria do precedente formulada para a realidade do *common law*, adaptando para o nosso contexto aquilo que lá representariam seus institutos fundamentais. Afirmo isso, aliás, por acreditar não existir nem mesmo o que propriamente “importar”. Não porque as concepções estrangeiras sejam em si inadequadas. Pelo contrário. Digo isso porque, não obstante a amplitude e sofisticação do debate que há séculos se desenvolve lá fora a respeito do tema, ainda assim não se pode dizer existir *uma* concepção

anglo-americana clara, sistemática e definida, em todos os seus aspectos, a respeito do precedente judicial.⁸⁷

Dentro desta perspectiva – isto é, da impossibilidade de se equiparar, sem rigor científico algum, institutos próprios do *common law* com outros instituídos no ordenamento processual brasileiro – buscar-se-á analisar e demonstrar em que medida determinados mecanismos presentes na lei processual (ainda que em certa medida úteis), comumente referidos como “precedentes obrigatórios”, se distanciam do precedente judicial.

4.2.1 A “jurisprudência dominante” no sistema recursal

O Código de Processo Civil de 1973 faz expressa menção à locução “jurisprudência dominante” em cinco específicas circunstâncias: (i) na possibilidade do relator, ao analisar conflito de competência, julgar de plano a questão suscitada com base em jurisprudência dominante do tribunal (CPC 120, § único); (ii) na presunção de existência de repercussão geral quando o recurso extraordinário for fundado em jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (CPC 543-A, §3º); (iii) na possibilidade do Superior Tribunal de Justiça determinar a suspensão dos processos em trâmite perante os tribunais de segunda instância quando o relator constatar que a questão suscitada no recurso representativo de controvérsia funda-se em jurisprudência dominante (CPC 543-C, §2º); e (iv) na possibilidade do relator negar seguimento, dar provimento ou negar provimento a agravo interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou recurso extraordinário em manifesto confronto com a jurisprudência dominante (CPC 544, §4º, I e II); e (v) na possibilidade do relator da apelação negar seguimento ou dar provimento a recurso manifestamente contrário à jurisprudência dominante dos tribunais superiores (CPC 557, §1º-A).

Embora tenha reduzido a quantidade de vezes que faz menção à sobredita locução, o Código de Processo Civil de 2015 não a abandonou, utilizando-a em três hipóteses: (i) na possibilidade dos tribunais editarem súmulas correspondentes à sua jurisprudência dominante (CPC/2015 926, §1º); (ii) na possibilidade de modulação de efeitos das decisões quando houver alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores (CPC/2015 927, §3º); e (iii) na presunção de existência de repercussão geral quando o recurso

⁸⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

extraordinário for fundado em jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (CPC/2015 1035, §3º, I).

Verifica-se, portanto, que não são poucas as vezes que a lei processual faz uso da expressão, circunstância que inexoravelmente deságua na indagação: afinal de contas, o que se deve entender por “jurisprudência dominante”?

Trata-se, por óbvio, de conceito legal indeterminado⁸⁸, assim entendido como as “[...] palavras ou expressões indicadas na lei de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos.”⁸⁹ O problema não está somente na delimitação dos limites semânticos da expressão – isto é, em se determinar, objetivamente, o que se deve entender por “jurisprudência” e por “dominante” – mas na aplicação destes mesmos limites às hipóteses normativas contidas no texto de lei.⁹⁰ São estas circunstâncias que tornam difícil a delimitação de sentido da locução “jurisprudência dominante”⁹¹.

Não é por outra razão que Luiz Rodrigues Wambier, ao tentar esclarecer o que pode estar contido na expressão “jurisprudência relevante”, indagou: seria um conjunto de decisões recentes? Havidas em que período de tempo? Verificáveis após completa pesquisa em cada tribunal? Ou em cada órgão fracionário?⁹²

Priscila Kei Sato procurou delimitar conceito de “jurisprudência dominante” a partir de dois critérios: um numérico, que prevê a existência de mais de um acórdão que reflita determinado entendimento ou unicidade de decisões; e outro hierárquico, segundo o qual a

⁸⁸ “Preferimos a expressão ‘conceitos legais indeterminados àqueloutra ‘conceitos jurídicos indeterminados’, muito difundida entre nós, porque a indeterminação está na norma legal e não na forma (*“Die Unbestimmtheit ist Normattribut, nicht Formattribut”*). A indeterminação é, por outro lado, também das expressões de que se compõe o conceito legal.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 232.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por meio de um exemplo, demonstra a diferente existente entre as relações de sentido de expressões textuais e de sua aplicação enquanto enunciado normativo, *verbis*: “Vejam os um exemplo jurídico de interpretação, a norma ‘matar alguém por motivo fútil, pena x’. A jurisprudência considera que matar alguém pela posse de maconha enquadra-se na ideia de ‘motivo fútil’. Entretanto, também aceita que matar alguém sem *nenhum* motivo também é ‘motivo fútil’. Como explicar essa diferença? Distingamos entre relações *sintagmáticas* e *associativas*. As primeiras são as que se estabelecem entre os símbolos – palavras *in praesentia*, isto é, entre as palavras presentes na proposição prescritiva (matar → alguém → por → motivo → fútil). As segunda estabelecem-se *in ausentia*, isto é, conjugam símbolos que não aparecem no enunciado. Isso se percebe quando notamos que, na leitura do texto, podemos atribuir *carga valorativa* diferente a seus termos.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 276. (grifo do autor)

⁹¹ “Aliás, o problema é ainda maior, porque essa expressão - “jurisprudência dominante” - é absolutamente fluida, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de “dominante”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 82, out/dez. 2000.

⁹² Ibid.

decisão deve ser proferida por órgão com autoridade máxima no respectivo tribunal (Tribunal Pleno no STF e Corte Especial no STJ, por exemplo).⁹³

Luiz Rodrigues Wambier, ao seu turno, oferece um conceito numérico-estatístico, sugerindo que por “jurisprudência dominante” deve-se compreender as decisões proferidas apenas pelos tribunais superiores, em determinado período de tempo, respeitando-se uma proporção pré-fixada de acórdãos em um determinado sentido, *verbis*:

Quanto ao mais, pensamos que um critério aceitável para o “preenchimento” desse conceito indeterminado seria sua delimitação no tempo. É preciso um período referencial para que se possa falar em jurisprudência dominante. Assim, o entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da interpretação do direito federal, poderia considerar-se dominante se houvesse a reiteração de decisões majoritárias daquela Corte, no mesmo sentido, na proporção de 70% por 30%, durante o período de cinco anos (ou três anos, ou dois anos, por exemplo, contados retroativamente). E poder-se-ia pensar na flexibilização da questão, permitindo-se a subida de recurso ao Superior Tribunal de Justiça, com base na jurisprudência dominante), na medida em que naquele Tribunal Superior houvesse demonstração de tendência à alteração do entendimento, o que poder-se-ia aferir pelo estreitamento das proporções entre um e outro entendimentos (60% por 40%, por exemplo).⁹⁴

Para o processualista paranaense, qualquer tentativa de conceituação que não seja numérica trará insegurança, uma vez que corre-se o risco de que prevaleçam entendimentos falsamente dominantes, tais como aqueles firmados “por Tribunal estadual, com fundamento num restrito número de acórdãos, tirados quando da presença num ou noutro órgão fracionário [...] de um juiz convocado, mas que se impõe pelo conhecimento e poder de convencimento de seus pares”⁹⁵.

Nelson e Rosa Nery, ao se reportarem ao CPC 543-A, §1º, afirmam que por jurisprudência dominante “[...] deve-se entender o conjunto de pelo menos duas decisões proferidas por Turma ou Pleno do STF, firmes, transitadas em julgado, sobre determinado tema de direito”⁹⁶ e acrescentam que decisões monocráticas proferidas por Ministro do STF, se externarem entendimento predominante do tribunal, também podem, em tese e eventualmente, caracterizar “jurisprudência dominante”.

⁹³ Cf. SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre)dominante. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 583.

⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 84, out/dez. 2000.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 980.

Cândido Rangel Dinamarco, em sentido contrário, chega a afirmar que inexistirá qualquer critério quantitativo ou objetivo capaz de especificar o que seja “jurisprudência dominante”, limitando-se a afirmar que esta consubstanciar-se-ia em uma linha de julgamentos significativamente majoritária nos órgãos fracionários dos tribunais.⁹⁷

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que as decisões proferidas por suas seções – que possuem competência para unificar o entendimento das turmas, prevenindo divergências – espelham a jurisprudência dominante do STJ sobre determinada matéria (AgRg no AREsp 530.482/SE).

As tentativas de conceituação do que vem a ser “jurisprudência dominante” acima elencadas são apenas algumas apontadas pela doutrina, havendo inúmeras outras que se baseiam em diversos outros critérios. De qualquer forma, esta pequena amostragem já permite inferir que o conceito não é unívoco e não responde, de forma peremptória e objetiva, aos questionamentos levantados pelo professor Luiz Rodrigues Wambier. Pelo contrário, levanta outros: quantas decisões são necessárias para que se possa afirmar que sobre determinado entendimento há jurisprudência dominante? Qual decisão poderá ser tomada como parâmetro e representativa do entendimento predominante?

Na atual quadra da história do direito brasileiro, em especial à luz da lei processual civil, é particularmente difícil determinar-se, com precisão e objetivamente, qual a “jurisprudência dominante” sobre determinada matéria. E esta circunstância decorre da alta instabilidade jurisprudencial que reina no Brasil. Entendimentos ditos consolidados e reiterados até mesmo pela mais alta corte do país são repentinamente modificados em curto espaço de tempo, gerando inconsistência jurisprudencial no sistema e insegurança jurídica ao jurisdicionado.⁹⁸

⁹⁷ “É indeterminado o conceito de jurisprudência dominante e, para aplicá-lo adequadamente, os relatores e os tribunais devem ter a consciência de que inexistirá um critério quantitativo que seja suficiente para sua especificação. Nem há qualquer critério objetivo, que possa aplicar-se sempre. Aproximadamente, tem-se como jurisprudência dominante em dado tribunal uma linha de julgamentos significativamente majoritária em seus órgãos fracionários, ainda que não pacífica; a existência de decisões contrárias, ou de votos vencidos, não retira a essas linhas vitoriosas a condição de jurisprudência dominante, embora deva ser levada em conta para a verificação sobre a realidade da prevalência da jurisprudência no sentido majoritário.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

⁹⁸ Eis um dos exemplos pinçados por Teresa Arruda Alvim Wambier: “O STF, em diversos julgados, manifestou-se no sentido de que, em respeito ao princípio da não cumulatividade, a aquisição de insumos isentos ou submetidos à alíquota zero geraria direito ao crédito, para fins de apuração do IPI. Nesse sentido, RE 212.484-2/RS (DJ 27.11.1998); RE 350.446-1/PR; RE 357.277-6/RS; RE 358.493-6/SC, todos julgados em dezembro de 2002. Contudo, em junho de 2007, quando do julgamento do RE 353.657-5/PR, o STF, por maioria apertada (6 votos a 5), reconsiderou seu posicionamento e decidiu pela impossibilidade do creditamento. Conclusão: o entendimento do STF foi radicalmente alterado em 25.06.2007, por ocasião do julgamento do RE 353.657-5/PR, em prejuízo a diversos contribuintes.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: _____. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 38.

Este tipo de instabilidade não é típica do precedente judicial próprio do *common law*, em que as alterações de entendimento são bem menos frequentes. Juizes da tradição anglo-saxônica são mais relutantes a variâncias jurisprudenciais abruptas, dando preferência a um modo gradual de desenvolvimento do direito. Eventuais mudanças drásticas normalmente se dão após intensa ponderação e profunda fundamentação.⁹⁹

Ora, se de um lado não há como determinar com relativa certeza e objetividade o que vem a ser “jurisprudência dominante” ou a maneira que ela se estabelece e pode ser identificada; e, de outro, constata-se uma alta instabilidade (*rectius*: abrupta variância) jurisprudencial no ambiente decisional brasileiro, não há como se afirmar ser a “jurisprudência dominante” em algum grau assemelhada ao precedente judicial.

Para além de ser extremamente difícil poder afirmar, com relativa certeza, que sobre determinada questão jurídica a “jurisprudência dominante” firmou-se neste ou naquele sentido, as decisões que compõem a denominada “jurisprudência dominante” não possuem efeito vinculante, senão uma mera autoridade persuasiva, podendo ser afastadas sem maiores digressões.

Ademais, os precedentes judiciais¹⁰⁰ próprios do *common law* são facilmente identificáveis – a eles se faz referência pelo nome das partes litigantes¹⁰¹ – e ficam conhecidos de conformidade com a *ratio decidendi* em cada um deles estabelecida, e.g.: *Marbury v. Madison* (que estabeleceu as bases do controle difuso de constitucionalidade); *Rylands v. Fletcher* (que definiu a responsabilidade objetiva do empreiteiro); *Brown v. Board of Education* (que declarou a segregação racial inconstitucional, redefinindo as bases do princípio da igualdade), etc.

No sistema jurídico brasileiro, ainda que sobre determinada questão jurídica haja “jurisprudência dominante”, é difícil – às vezes quase impossível – determinar qual decisão pode ser tomada como “paradigma” para solução de casos semelhantes.

⁹⁹ “In general, judges are reluctant to overrule old decisions. They usually favour gradual legal development rather than instant changes. It has been suggested that due to the very background of judges, the judiciary has its strong adherence to the maintenance of law and order, [...] and its concern for the preservation of the moral and social behaviour to which it is accustomed. At any rate, they value certainty in the law and do not wish to disturb existing arrangements entered into between individuals. So, when a precedent is eventually overruled, it goes to show that the precedent itself is not merely anomalous simpliciter. Usually it is something that is blatantly wrong.” VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making, *Jura Falconis*, Lovaina, v. 21, n. 3, p. 337, 1985.

¹⁰⁰ Note-se que aqui se está a falar da decisão judicial que se tornou precedente e não da parte desta mesma decisão que, com o passar do tempo, passou a vincular os casos futuros (*ratio decidendi*). Conforme já se afirmou, o modo de delimitação da *ratio decidendi* é questão altamente controvertida no *common law*.

¹⁰¹ “Nos Estados Unidos, precedente tem ‘nome e sobrenome’; aqui, uma súmula (para falar apenas em um ‘tipo’ de precedente) possui apenas um número [...]” STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

Não há, portanto, como se equiparar, sob qualquer perspectiva, os conceitos de “precedente judicial” e de “jurisprudência dominante”.

4.2.2 O julgamento *prima facie* pelo juiz de primeira instância: o art. 285-A do CPC/1973 (art. 332 do CPC/2015)

Em mais uma tentativa de se racionalizar o julgamento dos processos, sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade do direito, o legislador pátrio inseriu, por meio da Lei nº 11.277/06, o artigo 285-A no Código de Processo Civil, que permite ao juiz de primeira instância julgar *prima facie* o pedido, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, dispensado-se, inclusive, a citação.

Para além do CPC 285-A padecer de falta de técnica, o dispositivo mencionado é inconstitucional. E, ainda que estivesse em harmonia com a Constituição Federal, não pode ser tido como uma expressão da valorização de “precedentes obrigatórios” no sistema processual civil brasileiro.

A falta de técnica decorre do fato de que somente a citação válida torna a coisa litigiosa (CPC 219 *caput*), de modo que, se o texto legal impõe sua incidência “quando a matéria for controvertida”, não poderia dispensar a citação do réu. Melhor seria, conforme sugerem Nelson e Rosa Nery, que a expressão “matéria controvertida” fosse substituída por “pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo”.¹⁰²

Não bastasse a falta de técnica processual, o CPC 285-A é inconstitucional por ofender as garantias da isonomia (CF 5º *caput* e I), do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV), do direito de ação (CF 5º XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5º LV). A raiz da inconstitucionalidade reside na dispensa da citação, exatamente porque o autor tem o direito de ver efetivado o ato citatório do réu, que pode, inclusive, abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão independentemente do posicionamento do juízo a respeito da matéria.

¹⁰² “A norma padece de falta de técnica, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa (CPC 219 *caput*), isto é, implica, situação processual de existência de *matéria controvertida*. Como a norma prevê decisão do juiz se citação, a matéria ainda não se tornou controvertida. O rigor da dogmática do Código é necessário para determinar-se, por exemplo, a admissibilidade da ADI, que só cabe em se tratando de questão prejudicial de mérito *controvertida*. [...] Na norma comentada, portanto, onde está escrito “matéria controvertida” deve-se ler “pretensão que já tenha sido *controvertida* em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 580.

O autor, ao seu turno, tem o direito de demandar e fazer-se ouvir (princípio do contraditório), produzindo provas e argumentos que entender pertinentes.¹⁰³

E, embora o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tenha ajuizado ação direta de inconstitucionalidade perante o STF questionando a constitucionalidade do dispositivo (ADI 3695/DF), este permanece vigente até final pronunciamento da Suprema Corte.¹⁰⁴

Após esta breve apresentação do CPC 285-A, impõe-se analisá-lo sob a ótica do precedente judicial, isto é, saber se ele efetivamente representa aquilo que parcela da doutrina nacional denomina de “precedente obrigatório”.

Há quem advogue a tese de que a o CPC 285-A representaria, em alguma medida, uma espécie de imposição legislativa de respeito aos precedentes, fruto da influência que a teoria do *stare decisis*, própria do *common law*, teria sobre o sistema jurídico brasileiro.

É o caso, por exemplo, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem “[...] o julgamento liminar do pedido também está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões dos tribunais superiores.”¹⁰⁵

Rodolfo Camargo de Mancuso, embora por outros fundamentos, também compartilha desta opinião, ao consignar que “[...] o valor segurança jurídica, quando aplicado às lides judicializadas, só poderá ser alcançado se for prestigiada a jurisprudência assentada [...] a qual à sua vez passa pela desejável previsibilidade [...], desiderato comum aos regimes de *common law*”¹⁰⁶. E, como exemplo de manifestação desta “jurisprudência assentada”, Mancuso cita o “julgamento antecipaíssimo do mérito”, técnica positivada no CPC 285-A.

Fábio Victor da Fonte Monnerat, ao seu turno, defende que o julgamento liminar previsto no CPC 285-A representa uma “[...] técnica de aceleração legitimada pelos precedentes do juízo de primeiro grau.”¹⁰⁷

¹⁰³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 581. Para uma análise a respeito do princípio do devido processo legal e sua relação com o CPC 285-A, ver: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 76 et seq.

¹⁰⁴ Há quem sustente a constitucionalidade do referido dispositivo, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno (que subscreveu a petição do Instituto Brasileiro de Direito Processual na qualidade de *amicus curiae*) e Freddie Didier Júnior. Para uma sucinta exposição dos argumentos a favor da constitucionalidade da norma, vide: MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 450-453.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 517.

¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 306-307.

¹⁰⁷ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 449.

Há inúmeras razões pelas quais não se pode afirmar ser o julgamento antecipado do mérito, previsto no CPC 285-A, em alguma medida reflexo da teoria do precedente judicial.

Isto porque a coerência e integridade das decisões judiciais não pode ser confundida, em hipótese alguma, com a doutrina dos precedentes judiciais ou com a teoria do *stare decisis*, institutos com nascimento e desenvolvimento na tradição jurídica do *common law*.

É preciso deixar claro que toda e qualquer tradição jurídica busca, em maior ou menor grau e por maneiras e técnicas distintas, conferir coerência e integridade aos seus respectivos sistemas jurídicos. Para atingir tal desiderato, é natural que se busque atingir também um certo grau de concretude ao princípio da igualdade no plano jurisdicional, isto é, garantir que os jurisdicionados tenham casos semelhantes julgados de forma semelhante.

A busca por coerência e integridade das decisões judiciais, portanto, não é exclusiva do *common law* e tampouco se constitui em nota distintiva daquela tradição jurídica, como se esta circunstância, isoladamente, representasse todo seu arcabouço histórico e teórico. É por esta razão que, tanto quanto o *common law*, a tradição romano-germânica também busca conferir tratamento isonômico aos jurisdicionados. Esta circunstância, todavia, não autoriza afirmar que o *civil law* em alguma medida esteja se aproximando do *common law* ou de que a tradição romano-germânica esteja incorporando, ainda que indiretamente, a doutrina dos precedentes judiciais.

Neste sentido, muito mais do que expressão de algum instituto próprio do *common law*, o julgamento antecipado de mérito do CPC 285-A constitui-se em técnica de estabilização da jurisprudência pátria imposta por lei.

O problema, no entanto, é que esta busca por estabilização – na forma como atualmente encontra-se positivada no CPC 285-A – gera efeitos que estão longe de se assemelharem ao precedente judicial, conforme demonstrar-se-á.

Em primeiro lugar, as decisões pretéritas de total improcedência que versem sobre matéria exclusivamente de direito a que faz alusão o CPC 285-A não possuem efeito vinculante, isto é, não obrigam o juiz a adotar o entendimento “consolidado” para solucionar casos futuros. A própria literalidade do texto normativo (“poderá”) indica que se trata de uma faculdade conferida ao juiz.¹⁰⁸ Não há, portanto, qualquer vinculação do juiz quanto ao decidido nos casos pretéritos, seja referida eficácia vinculante normativa (isto é, imposta por lei), seja ela

¹⁰⁸ “A aplicação da norma não é obrigatória, circunstância que decorre do comando (*poderá*) constante do *caput* do CPC 285-A e, ainda, da possibilidade de o juiz mudar de opinião, revendo seu posicionamento quanto à sentença anteriormente proferida no mesmo juízo.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 580.

histórico-concreta (baseada na tradição). A aplicação do precedente do *common law*, conforme já se afirmou, possui efeito vinculante decorrente da tradição, que obriga o magistrado, quando se depara com um caso semelhante a um precedente, utilizá-lo como padrão decisório de solução da controvérsia atual. Não se trata de uma faculdade, uma opção conferida ao juiz. Isto porque, conforme bem pontuou Benjamin Cardozo, “[...] cada precedente [...] representa uma força diretiva para causas futuras de natureza igual ou semelhante.”¹⁰⁹

Em segundo lugar, a técnica do CPC 285-A permite que juízos diferentes tenham posicionamentos divergentes sobre uma mesma questão jurídica. Isto significa que, ao se utilizarem do mecanismo contido no CPC 285-A e replicarem entendimentos distintos em suas sentenças de total improcedência, os diferentes juízos estarão a violar o princípio da isonomia. É como se fosse possível a formação de “precedentes” díspares com igualmente distintas “*ratio decidendi*” sobre uma mesma questão jurídica. Não é o que ocorre com a *ratio decidendi* do precedente judicial do *common law* sobre determinada questão jurídica, que é única. Em outras palavras: há apenas uma *ratio* definida e que vincula todos os casos semelhantes futuros (com exceção, é óbvio, dos casos em que se adotam as técnicas de afastamento do precedente).

Em terceiro lugar, o sistema processual permite que o juiz brasileiro, ao se utilizar do CPC 285-A, profira decisão contrária à orientação eventualmente firmada por órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores, em especial o STF e o STJ. Embora haja quem defenda que a aplicação do CPC 285-A não possa se dar apenas para que o juiz expresse seu entendimento pessoal sobre determinada matéria¹¹⁰, o livre convencimento motivado¹¹¹, em tese, permitiria a prolação de sentenças contrárias à jurisprudência sedimentada pelos tribunais superiores. A força gravitacional ínsita à *ratio decidendi* do precedente, por sua vez, não permite que juízos distintos adotem posicionamentos distintos sobre uma mesma questão jurídica. Qualquer que seja o juiz ou o grau de hierarquia por ele ocupado na estrutura judiciária, ele deve obediência à questão jurídica vinculante do precedente judicial.

¹⁰⁹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 11.

¹¹⁰ Neste sentido, vide: MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 286.

¹¹¹ O livre convencimento motivado, embora positivado no CPC/73 (art. 131), não se coaduna com um direito compromissado com a hermenêutica filosófica, com o paradigma pós-positivista e com a teoria da resposta correta à Constituição. Isto porque, em última análise, o princípio do livre convencimento motivado consubstancia-se em uma espécie de álbi retórico para permitir toda sorte de decisionismos e arbitrariedades. Trata-se de princípio ancorado no paradigma da filosofia da consciência. Para um aprofundamento a respeito da crítica ao livre convencimento motivado e ao desicionismo desenfreado, vide: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 260 et seq.

Em quarto lugar, ao invés de fortalecer o grau de coerência e integridade do direito, a técnica do CPC 285-A pode contribuir para uma fragmentação e enfraquecimento do direito, exatamente por permitir a degeneração da jurisprudência. A teleologia ínsita ao mecanismo do CPC 285-A é quase que exclusivamente de racionalização (*rectius*: celeridade e economia processual) do julgamento de demandas repetitivas. Não houve uma preocupação em se manter um certo grau de estabilidade e coerência à jurisprudência firmada sobre as questões ditas repetitivas. A instituição da técnica do CPC 285-A foi uma resposta pragmática (vale dizer, focada em resultados) a um problema contingencial (aumento da litigiosidade) do sistema jurídico brasileiro. A doutrina do precedente judicial e a teoria do *stare decisis*, em sentido oposto, visam exatamente estabelecer parâmetros decisórios minimamente coerentes e que resultem em tratamento isonômico ao jurisdicionado. O estabelecimento e desenvolvimento destes institutos não se deram de maneira circunstancial, como que para corrigir um desvio do sistema.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 332, embora tenha mantido a possibilidade de julgamento *prima facie* da demanda, alterou significativamente os pressupostos para utilização da referida técnica.

A uma, é de se destacar a alteração da redação do dispositivo. Com efeito, o texto normativo, ao fazer alusão a “causas que dispensem a fase instrutória” – que substituiu a expressão “matéria controvertida unicamente de direito” – passou a admitir o julgamento liminar de causas que envolvam matéria fática (limitadas a questões pré-constituídas).

A duas, o verbo “julgará”, conjugado no imperativo afirmativo, indica que o juiz passa a ser obrigado a seguir a orientação adotada pelos enunciados sumulares e pelas decisões proferidas pelos tribunais hierarquicamente superiores. A incidência do dispositivo, portanto, deixa de ser uma faculdade, tal como se infere da redação do atual CPC 285-A (“poderá”).

A três, para que o juiz rejeite liminarmente o pedido, o CPC/2015 332 exige que a sentença fundamente-se em enunciado de súmula, decisão proferida em recurso repetitivo ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Assim, diferentemente da sistemática do atual CPC 285-A, a improcedência liminar do pedido da novel legislação deverá ter por fundamento entendimentos sedimentados pela jurisprudência oriunda das cortes uniformizadoras da interpretação do direito constitucional (STF), do direito infraconstitucional federal (STJ) e do direito infraconstitucional local (TJ).

Estas alterações permitem dizer que o instituto passou por certo aprimoramento, na medida em que sua teleologia deixou de ser única e exclusivamente a promoção de celeridade e economia processuais, para demonstrar uma maior preocupação com a coerência e estabilização das decisões judiciais.

A despeito deste avanço, o CPC/2015 332 não é imune a críticas¹¹² e tampouco pode ser considerado expressão da sistemática de aplicação do precedente judicial própria do *common law*.

O fato das hipóteses de improcedência liminar do pedido na nova sistemática processual restringirem-se aos casos em que o pedido contrariar determinados “precedentes obrigatórios” não permite equiparar referida técnica de julgamento à aplicação do precedente judicial tal como se dá no *common law*.

Primeiramente, porque não se trata de precedentes propriamente ditos, mas de jurisprudência dotada de efeito vinculante (que, conforme já se demonstrou, não é equiparável ao *judicial precedent*).¹¹³

Ademais, nem todos os “precedentes” a que fazem alusão os incisos do CPC/2015 332 possuem efeito vinculante: enquanto os enunciados de súmulas dos tribunais (incisos I e IV) possuem mera eficácia persuasiva, as decisões oriundas de julgamentos submetidos ao rito dos recursos repetitivos (inciso II) e do incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso III) possuem efeito vinculante legal (isto é, imposto por lei). O precedente judicial, para além de ser vinculante em toda e qualquer hipótese de aplicação, tem autoridade que repousa na tradição (vinculação histórico-concreta), que não decorre de imposição legislativa.

Há, ainda, uma circunstância que evidencia ainda mais o distanciamento entre a técnica do julgamento liminar de improcedência com o precedente judicial. Trata-se de um dos requisitos de aplicação do CPC/2015 332, qual seja, a imprescindibilidade da causa dispensar a fase instrutória, assim entendida aquela cuja matéria fática possa ser comprovada *prima facie*.

Ora, como é cedido, o precedente judicial é oriundo de *casos concretos*, de modo que os fatos têm destacada importância na formação do precedente e na delinação de sua *ratio decidendi* (a questão jurídica vinculante). Neste sentido, conforme já se teve a oportunidade de dizer, é exatamente em função de assentar-se na tradição, na experiência e na razão prática da sociedade como um todo, que o precedente próprio do *common law* confere evidente importância aos fatos do caso concreto. Em outras palavras: não há como se conceber precedente judicial de forma destacada dos fatos do caso posto a julgamento.

¹¹² Ao dispensar a citação do réu, o dispositivo parece conflitar com o disposto no CPC/2015 10, que impede o juiz de proferir decisão sem antes oportunizar à parte contrária a possibilidade de se manifestar (“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

¹¹³ Neste ponto, remete-se o leitor à seção 4.1.3 deste trabalho.

Ao impor a dispensa da fase instrutória (ou a limitar a análise de fatos a provas pré-constituídas), o CPC/2015 332 relega os fatos do caso concreto a um segundo plano, tornando o exame da demanda uma questão eminentemente de direito (confrontação de teses jurídicas). O precedente judicial, ao contrário, é uma análise de *casos* e não de teses. Daí que a rejeição liminar do pedido autoral pode se dar de forma prematura ou até mesmo equivocada, em razão do juiz deixar de se atentar para peculiaridades e circunstâncias fáticas relevantes ao justo deslinde da controvérsia. E, nesta hipótese, ao invés de se tornar um mecanismo de aceleração do processo, produz efeito contrário, forçando o autor a interpor recurso de apelação com o objetivo de anular a sentença proferida, determinar a citação do réu e impor a realização de instrução processual.

Não se nega o evidente e salutar aprimoramento dispensado ao instituto da improcedência liminar do pedido, que se mostra, na redação que lhe foi conferida pelo CPC/2015 332, preocupado não apenas em resolver o problema da morosidade judicial, mas também com questão de importância maior à ciência processual, qual seja, a busca pela coerência e integridade das decisões judiciais. Esta circunstância, todavia, não autoriza a equiparação do instituto em questão ao precedente judicial, sob a rubrica de “precedente obrigatório”.

O CPC/2015 332 é técnica de estabilização da jurisprudência, que guarda íntima relação com o imperativo hermenêutico de busca de coerência e integridade ao direito como um todo (e não somente ao sistema processual civil).

4.2.3 O efeito vinculante no controle de constitucionalidade

Há variada e respeitada doutrina – em maior ou menor extensão e de diferentes formas – defensora de que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade são o que mais se assemelharia ao precedente judicial próprio do *common law*.¹¹⁴

Para os defensores desta corrente, a doutrina dos precedentes e a teoria do *stare decisis* restariam acolhidas – ainda que implicitamente – em três momentos do processo

¹¹⁴ Neste sentido, confira: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 459 et seq.; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 544 et seq.; LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227 et seq.; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 458 et seq.; ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 188 et seq.; WOLKART; Erik Navarro. Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 316 et seq.

constitucional¹¹⁵, quais sejam: (i) no controle concentrado de constitucionalidade, em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante conferido às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (CF 102, §2º); (ii) no fenômeno denominado pela doutrina de “objetivação do controle difuso”, por meio do qual se confere eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade, dispensando-se a remessa do acórdão, pelo STF, ao Senado Federal (CF 52, X); (iii) na tendência em se conferir efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Respeitado o posicionamento daqueles que sustentam esta corrente doutrinária, entendemos não ser possível pretender equiparar o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* à doutrina dos precedentes judiciais ou até mesmo à teoria do *stare decisis* próprios do *common law*. No entanto, isto não significa que as decisões proferidas pela mais alta corte de justiça do país no âmbito do processo constitucional não sejam importantes ou de que não mereçam respeito e obediência por parte dos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores e pelos próprios jurisdicionados.

Pelo contrário: tamanha é a relevância das decisões proferidas pelo STF, que a doutrina as denomina de “decisões-quadro”, cuja fundamentação, embora não vinculante, possuem uma eficácia persuasiva especial, que as tornam paradigmáticas para solução de casos futuros:

A relevância das decisões dos tribunais superiores e lides individuais, portanto, não está apenas na sua aplicação ao caso concreto, como atuação da verdadeira atividade substitutiva da jurisdição e como fator de implementação da paz social. Sua relevância transcendente à situação individual está no quadro da fundamentação do acórdão (*im Rahmen der Urteilsbegründung*) (Larenz. *Methodenlehre*, n. IV, 4, b, p. 357 e n. V, 5, p. 429), fundamentos esses que se aplicarão aos casos concretos futuros que serão examinados pelo tribunal superior ou por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Daí podermos nominar de decisões-quadro os pronunciamentos do STF, STJ, TST, TSE e STM a respeito das matérias que são de sua competência constitucional.¹¹⁶

Assentada, portanto, a ideia de que as decisões proferidas pelo STF – em especial as ínsitas ao processo constitucional – possuem especial relevância, passaremos a analisar cada

¹¹⁵ Para uma distinção entre direito processual constitucional e direito constitucional processual, bem como uma análise sobre o STF como Corte Constitucional, confira: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 41-51.

¹¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 590. Sobre decisões-quadro, confira-se também: NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: CARAZZA, Roque Anonio; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 78-82.

um dos “três momentos” da jurisdição constitucional supra referidos que representariam, em tese, a adoção da doutrina dos precedentes judiciais e da teoria do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro.

Por força do disposto na CF 102, §2º, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) e declaratórias de constitucionalidade (ADC) possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta.

As decisões proferidas em sede de ADIn e de ADC pertencem ao controle *abstrato* de constitucionalidade, por meio do qual o STF analisa a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição nas expressas e taxativas hipóteses previstas pela CF 102, I, a. Em razão de, no processo do controle concentrado o *pedido* referir-se à (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, é que a decisão proferida pelo STF faz coisa julgada material a respeito da questão constitucional suscitada. Esta circunstância fez com que o legislador conferisse eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao dispositivo da decisão de (in)constitucionalidade proferida no âmbito do controle abstrato.

Todavia, embora a CF 102, §2º atribua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas tanto em sede de ADIn quanto em sede de ADC, o certo é que referidos efeitos não podem ser estendidos a esta última classe de ação, por várias razões.

Em primeiro lugar, do ponto de vista científico, a ADC, introduzida no sistema constitucional brasileiro por meio da Emenda Constitucional 3/93, afronta a própria Constituição.¹¹⁷ Isto porque no sistema jurídico nacional vigora a presunção relativa (*iuris tantum*) de constitucionalidade das leis¹¹⁸, de modo que, até que se pronuncie a desarmonia da lei ou ato normativo com o sistema constitucional, presumem-se eles constitucionais. Ora, não faz sentido algum instar a jurisdição constitucional a declarar a constitucionalidade de lei ou

¹¹⁷ Em sentido contrário, admitindo a ADC ao argumento de que referida ação constitucional teria caráter dúplice e ambivalente (a ADIn julgada improcedente equivaleria à ADC julgada procedente), vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122.; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 45-48.

¹¹⁸ “O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável.” BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193.

ato normativo já presumidamente constitucional por flagrante ausência de interesse processual.¹¹⁹

Em segundo lugar, a ADC afronta o direito fundamental de ação positivado na CF 5º XXXV. Ao declarar determinada lei ou ato normativo constitucional, o STF, via ADC, em verdade está impedito o particular de deduzir pretensão no Judiciário ao argumento de que o mesmo dispositivo tido por constitucional representa lesão ou ameaça de lesão a direito.¹²⁰

Em terceiro lugar, o efeito vinculante que a CF 102, §2º agrega ao dispositivo da sentença que julga procedente ADC é ilegítimo, uma vez que a decisão que rejeita inconstitucionalidade não produz coisa julgada material. Em outras palavras: o fato do pedido de inconstitucionalidade ter sido julgado improcedente não impede que futuramente, à luz de circunstâncias supervenientes, o pedido seja reformulado e a inconstitucionalidade reconhecida. Neste sentido é a precisa lição de Georges Abboud:

A não produção da coisa julgada material na ação declaratória de constitucionalidade ocorre basicamente por dois motivos, elencados da seguinte forma por Rui Medeiros: a) impedimento da evolução interpretativa, a declaração de constitucionalidade com efeito vinculante dificultaria uma interpretação evolutiva, apta a adequar o texto constitucional às alterações fáticas, a fim de poder solucionar a infinidade de conflitos que surgirão com a aplicação da lei; b) atribuir efeito vinculante à decisão que reconhece a constitucionalidade de lei poderia transformar o STF em dono em vez de servo da Constituição, na medida e que essa sua decisão não poderia ser fiscalizada por nenhum outro poder.¹²¹

Não se pode, portanto, pretender atribuir efeito vinculante à dispositivo de sentença que sequer é acobertado pela coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*). Ao se permitir a formação de coisa julgada material sobre o dispositivo da sentença proferida em sede de ADC, estar-se-á em verdade impedido-se que se suscite, eventual e futuramente, a inconstitucionalidade do dispositivo de lei ou ato normativo tido por constitucional.¹²² Em outras palavras: estar-se-á a impedir o controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*), obstando o particular de suscitar, dentro do caso concreto, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

¹¹⁹ “Como no sistema brasileiro a lei goza de presunção de constitucionalidade, não há interesse processual em ajuizar-se ADC. O autor não tem necessidade de dirigir-se ao Poder Judiciário com o objetivo de obter declaração da constitucionalidade de lei. Não há incerteza jurídica a ser dirimida.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 595.

¹²⁰ Ibid. - “Se o particular alega que determinada lei, declarada constitucional pelo STF, ofende direito seu, o juiz não pode examinar essa lesão de direito, porque já se sabe o único resultado possível no julgamento. Há, portanto, ofensa ao princípio do direito de ação.”

¹²¹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 180-181.

¹²² Ibid., p. 181-184.

Em quarto lugar, a atribuição de efeito vinculante à ação declaratória de constitucionalidade representa uma forma de supressão da independência decisória dos juízes no exercício do controle difuso de constitucionalidade. É como se, ao julgar caso concreto, o juiz estivesse impedido de reconhecer, inclusive de ofício, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (*rectius*: exercer o controle difuso), em razão de decisão proferida pelo STF em ADC com efeito vinculante.¹²³ Trata-se, por óbvio, de indevida supressão da independência decisória do juiz, verdadeira “[...] garantia de que a sentença judicial pode valer como emanção do direito e não simplesmente como acto decisionista do Estado”¹²⁴⁻¹²⁵.

Portanto, ainda que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* conferidos à decisão proferida no âmbito da ADC fossem legítimos, eles em muito se diferenciam da eficácia vinculativa da *ratio decidendi* própria do precedente judicial do *common law*, cuja natureza é histórico-concreta (e não legal).

O mesmo se pode dizer do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* ínsitos à decisão judicial oriunda de ADIn. Embora eles não sejam ilegítimos (e talvez até necessários), não se pode equiparar referido tipo de sentença constitucional a um precedente judicial, tal como aquele existente no *common law*.

Para além de o precedente judicial versar sobre qualquer questão jurídica (e não apenas questões constitucionais, a exemplo do que se dá no processo constitucional brasileiro), a *ratio decidendi* delineada pelo precedente é oriunda de uma problematização do caso concreto. Em outras palavras: o precedente tem origem na relação existente entre os fatos materialmente relevantes, o texto normativo e os demais casos pretéritos análogos. Não se desconsidera os fatos na delineação da *ratio decidendi* do precedente.

Em contraposição a isto, a questão da inconstitucionalidade no âmbito da ADIn limita-se a contrapor e analisar teses jurídicas, em verdadeiro cotejo da lei ou ato normativo impugnado com as normas constitucionais.

Um segundo “momento” da jurisdição constitucional que representaria, em tese, a adoção da doutrina dos precedentes judiciais e da teoria do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro diz respeito à tendência de se conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no controle concreto de constitucionalidade.

¹²³ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

¹²⁴ NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 104.

¹²⁵ Ibid. p. 104 - Pontua que o sentido axiológico-jurídico da independência decisória dos juízes manifesta-se em um tipo de independência como “[...] a garantia, a condição e o meio indispensáveis para a realização do direito e da justiça.”

Como é cediço, o controle difuso de constitucionalidade é realizado em cada caso levado ao Poder Judiciário e, portanto, pode ser exercido por qualquer juiz, conforme expressa disposição da CF 97 e 102, I. No STF, o controle concreto é realizado no julgamento de recurso extraordinário, em que a inconstitucionalidade é declarada *incidenter tantum* (não constitui o mérito da ação) e, por isto, não faz coisa julgada material nem mesmo para as partes do processo no qual foi proferida. E, em virtude da inexistência de coisa julgada acerca da inconstitucionalidade da lei, o STF tem, por força do disposto na CF 52, X, de remeter o respectivo acórdão ao Senado Federal para que este órgão realize o controle político da decisão. Uma vez remetida a decisão ao Senado, ele tem a faculdade de tornar a lei declarada incidentalmente inconstitucional sem efeito, caso em que emitirá resolução suspendendo a eficácia da lei em todo território nacional.¹²⁶

Ocorre, no entanto, que se verifica, tanto no meio doutrinário¹²⁷, quanto na própria jurisprudência do STF¹²⁸, tendência em se dispensar a remessa do acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade *incidenter tantum* ao Senado Federal e conferir eficácia *erga omnes* à decisão proferida no âmbito do controle difuso. Daí porque referido fenômeno ficou conhecido como “objetivação do controle difuso” ou “abstrativização do controle concreto”.

Os defensores desta linha argumentam que o envio do acórdão da decisão que reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ao Senado Federal consistiria em atividade meramente protocolar, bem como que a CF 52, X teria sofrido mutação constitucional.

Ora, conforme advertem Nelson e Rosa Nery, não se trata de atividade meramente formal, de simples publicação do acórdão na imprensa oficial para conferir eficácia *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade, uma vez que a função do Senado Federal é muito mais relevante do que a de simples conferir publicidade ao *decisum*:

Afigura-se-nos inadmissível atribuir-se força de lei (*Gesetzeskraft*) às decisões que não a possuam, equiparando-se controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade. A CF 52 X é instrumento de caráter

¹²⁶ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 500.

¹²⁷ A título de exemplo, cita-se: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1090; BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111; DIDIER JUNIOR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 267-272.

¹²⁸ A título de exemplo, confira-se: Rcl. 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes; Ag. Rg. na ADI 4.071/DF, rel. Min. Mezes Direto; RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

democrático porque permite a manifestação dos representantes do povo acerca do julgamento da inconstitucionalidade de lei, assim reconhecido pelo STF em caso concreto, que não faz coisa julgada *erga omnes*, mas sim *inter partes* (CPC 472). No Brasil, essa participação do Senado tem grande importância, porque não temos Tribunal Constitucional de modelo europeu, que não seria órgão do Poder Judiciário, mas instituição suprapartidária, que se situa no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, formado por pessoas indicadas pelos três poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução.¹²⁹

De outro lado, não se pode afirmar ter a CF 52, X sofrido mutação constitucional¹³⁰ por pelo menos duas ordens de razão. A uma, porque a mutação constitucional é processo decorrente de interpretação natural da constituição (isto é, não pode ser imposta de maneira forçada). A duas, porque o limite da mutação constitucional (isto é, do sentido decorrente da interpretação) é o próprio texto da Constituição.¹³¹

Verifica-se, portanto, que a “objetivação do controle difuso” não somente desconsidera o relevante papel desempenhado pelo Senado Federal no controle político da decisão proferida pelo STF, bem como contraria expressa e frontalmente literal disposição de lei da Constituição (CF 52, X).¹³² Ademais, a pretensão de se objetivar o controle difuso incorre no grave equívoco de se misturar e confundir dois sistemas de controle de constitucionalidade com nuances e particularidades distintas. Não se pode equipará-los como se representassem uma mesma manifestação da realidade jurídico-normativa.

Entre os inúmeros riscos¹³³ e desacertos em se promover e defender a “abstrativização do controle difuso” pode-se citar a tentativa de se justificar referido fenômeno como expressão do *stare decisis* próprio do *common law*.

Embora a decisão proferida no controle difuso tenha origem em um caso concreto, para além da questão constitucional não ser o objeto da demanda (constitui-se em mera *causa de pedir*), ela é “desvinculada” dos fatos para se tornar “tese jurídica”. Para além disso, exatamente por conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a superação do entendimento

¹²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 502.

¹³⁰ Nas palavras de Canotilho: “[...] considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 231.

¹³¹ Cf. NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 503.

¹³² De se rememorar que, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, o paradigma pós-positivista e a metódica estruturante de Friedrich Müller impõem um claro limite à norma jurídica, qual seja, o texto normativo (programa normativo).

¹³³ Para uma análise pormenorizada dos inúmeros riscos envolvendo a “objetivação do controle difuso”, confira-se: NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 503-304; ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 98-101.

firmado seria verdadeiro óbice à evolução do direito, uma vez que o próprio STF ficaria vinculado à decisão por ele mesmo proferida.¹³⁴ Daí a lição de Nelson e Rosa Nery:

Também não se pode argumentar que a equiparação do controle difuso ao concentrado com a supressão do CF 52 X teria respaldo na vinculação por precedentes do *stare decisis*, porquanto o juiz, nesse regime, possui técnicas para se afastar dos precedentes: o *distinguishing* e o *overruling*.¹³⁵

Não se pode deixar de referir que a vinculação da decisão proferida no controle difuso “objetivado” é *sui generis*, isto é, não é nem a histórico-concreta própria do precedente judicial, nem a genérico-abstrata própria da lei, uma vez que a CF 102 não autoriza a atribuição de efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso. Trata-se, portanto, de uma vinculação jurisprudencial, atribuída pelo STF quando da prolação da decisão. Da mesma forma como se dá com as decisões proferidas no âmbito do controle concentrado, as decisões proferidas no controle difuso “objetivado” também se limitam a questões constitucionais. Eis, portanto, outros aspectos que diferenciam o precedente judicial das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Por fim, um terceiro “momento” da jurisdição constitucional em que se verifica a pretensão de se adotar a doutrina dos precedentes judiciais e a teoria do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro é a tendência em se conferir efeito vinculante aos motivos determinantes das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Ao argumento de se concretizar o princípio da igualdade na perspectiva jurisdicional, parcela respeitável da doutrina vem admitindo a adoção da denominada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”, por meio da qual se atribui efeito vinculante à fundamentação das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Há quem, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, equipare o conceito de “motivos determinantes” ao *stare decisis* próprio do *common law*.¹³⁶ Outros, ao seu turno, defendem que com o efeito vinculante pretendeu-se conferir às decisões do STF uma eficácia adicional, que transcende os

¹³⁴ Neste sentido: “Logo, o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração, nem mesmo em ação rescisória, incabível na espécie. Ele fica jungido à sua decisão, devendo seguir a mesma linha ainda quando se trate de julgamento de constitucionalidade incidental pelo Plenário.” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 561-562.

¹³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 502.

¹³⁶ “A expressão ‘motivos determinantes da decisão’, em princípio tomada como sinônima da enunciada por ‘eficácia transcendente da motivação’, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isso porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente – apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 273.

limites subjetivos e objetivos do dispositivo, caso de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.¹³⁷

O próprio STF já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão tendo, na Rcl. 1987/DF de relatoria do Min. Maurício Corrêa, pela primeira vez, reconhecido a possibilidade de atribuição de efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão.¹³⁸

No entanto, a questão ainda é controvertida, tendo o Tribunal, em decisões mais recentes, rechaçado a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, conforme se verifica no AgRg na Rcl. 2990/RN (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 14/09/2007) e no AgRg na Rcl. 11.477/CE (rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/08/2012).

Com a devida vênia à doutrina que advoga tese favorável, entendemos ser incompatível com o sistema jurídico brasileiro a extensão do efeito vinculante com eficácia *erga omnes* aos motivos determinantes da decisão proferida na jurisdição constitucional. Há inúmeros e variados fundamentos que, do ponto de vista científico, demonstram a impossibilidade de adoção de referida teoria.

Talvez o principal motivo que impeça o acolhimento da “transcendência dos motivos determinantes” relaciona-se com o sistema da coisa julgada vigente no direito processual brasileiro. Como é cediço, o ordenamento processual dispõe expressamente que não fazem coisa julgada os motivos e fundamentos da decisão, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (CPC 469 e CPC/2015 504).

O óbice imposto pelo sistema da coisa julgada relaciona-se diretamente com um segundo motivo que impede a adoção da aludida teoria pelo direito brasileiro, qual seja, a violação à independência decisória dos juízes. Ora, é exatamente em função da coisa julgada não alcançar o conjunto formado pela causa de pedir e fundamentação que os motivos “[...]”

¹³⁷ “[...] com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto de pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1280.

¹³⁸ RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. [...] Reclamação admitida e julgada procedente.

podem ser reapreciados em outra ação, sendo livre o magistrado para dar a eles interpretação e valor que entender correto.”¹³⁹

A extensão do efeito vinculante aos motivos determinantes, para além de contrariar o instituto da coisa julgada, também provoca outras consequências deletérias no sistema jurídico brasileiro, entre as quais pode-se citar: (i) o risco de engessamento do próprio sistema, em virtude da ausência de mecanismos processuais aptos a superar entendimento firmado na fundamentação de decisões; (ii) o risco de usurpação de função exclusiva do Senado Federal, uma vez que no controle difuso somente aquele órgão pode conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso (CF 52, X); (iii) a violação ao princípio da congruência, possibilitando-se ao STF, por via transversa, uma atuação oficiosa no controle de constitucionalidade; (iv) o risco de usurpação da função do STJ, uma vez que, em determinados casos o STF precisa fazer interpretação de lei federal antes de decidir a questão constitucional.¹⁴⁰

Da mesma forma como entendemos ser incompatível com o sistema jurídico brasileiro a adoção da “teoria da transcendência dos motivos determinantes” entendemos ser indevida e equivocada a equiparação de referida teoria à doutrina dos precedentes judiciais e ao *stare decisis* próprios do *common law*.

Conforme já se afirmou neste trabalho, o juiz do *common law* possui mecanismos para afastar a *ratio decidendi* de um precedente, seja distinguindo o entendimento firmado ante particularidades do caso atual e do caso paradigma, seja ainda revogando o precedente anteriormente firmado. Não há, portanto, risco de engessamento do sistema naquela tradição jurídica, uma vez que a vinculação aos precedentes, embora seja a regra, é flexível.

Por outro lado, o sistema processual brasileiro não possui mecanismos para garantir a evolução das questões constitucionais debatidas no corpo da fundamentação das decisões que eventualmente sejam acobertadas pelo efeito vinculante. É que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos motivos determinantes implica não apenas na adstrição dos tribunais inferiores ao entendimento firmado, mas na vinculação do próprio STF. Daí o equívoco em se equiparar a vinculação dos fundamentos determinantes ao *stare decisis*, como bem pontua Georges Abboud:

Atribuir efeito vinculante aos motivos determinantes da sentença constitucional pode acarretar um entrave à evolução constitucional. São diversos os motivos que nos levam a não estender o efeito à *ratio decidendi*.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 732.

¹⁴⁰ Cf. ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 136-143.

Imprescindível destacar a diferença existente entre a vinculação descendente do *stare decisis* do *common law* em relação à vinculação pelos motivos determinantes. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o regime dos precedentes não é um procedimento mecânico e rígido de aplicação do direito. Laurence Tribe, constitucionalista norte-americano, é enfático ao dispor que o *stare decisis* é, apesar de tudo, um comando flexível. O precedente é uma concreta decisão jurisprudencial que se encontra vinculado ao caso historicamente concreto que decidiu, consiste em uma decisão jurisdicional que se impõe como padrão normativo, a ser aplicada, analogicamente, a casos semelhantes. A vinculação restringe-se ao plano do particular ao particular, não alcança o geral ao particular.¹⁴¹

Neste mesmo sentido doutrina Castanheira Neves, ao pontuar que a vinculação por precedentes própria do *common law*, “[...] longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio e dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre a estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado [...] com o *distinguishing* e o *overruling*.”¹⁴²

Existe, portanto, uma tradição cultural no *common law* apta a lidar com o direito formado e lapidado a partir do e no caso concreto (*case law*), circunstância que, por si só, derruba qualquer tentativa de se equiparar a vinculação dos motivos determinantes ao regime do *stare decisis* ou a doutrina dos precedentes.

4.3 Crítica à aplicação dos “precedentes” no sistema processual civil: uma análise do art. 926 do CPC/2015

Uma crítica à aplicação dos “precedentes” no sistema processual civil brasileiro que se pretenda científica deve, necessariamente, abordar quatro aspectos que se encontram intimamente inter-relacionados, quais sejam, (i) os riscos decorrentes da equivocada importação de conceitos jurídicos estrangeiros; (ii) a necessidade de se promover uma depuração de nomenclatura; (iii) a indevida e anti-hermenêutica aplicação subsuntiva da jurisprudência na solução de conflitos; e (iv) a imprescindibilidade de se conferir coerência e integridade à atividade jurisprudencial.

¹⁴¹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

¹⁴² NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 669.

Preliminarmente, é preciso assentar que a importação de conceitos jurídicos estrangeiros – embora salutar e muitas vezes necessária para o aprimoramento da dogmática jurídica nacional¹⁴³ – traz consigo riscos e perigos para os quais nem sempre a doutrina se atenta. Os problemas vão desde a inapropriada (ou até mesmo equivocada) tradução dos termos do instituto jurídico estrangeiro até incorporação ao direito nacional de institutos estrangeiros dogmaticamente “desgastados” (isto é, importou-se a figura jurídica alienígena sem que se atentasse para a evolução doutrinária e jurisprudencial que sofreu no sistema jurídico de origem).

Para além destas circunstâncias, há uma terceira questão – que nos parece a mais problemática – para a qual se deve atentar na importação de conceitos jurídicos estrangeiros: trata-se das diferenças culturais e normativas ínsitas aos sistemas jurídicos e que podem, em maior ou menor medida, dificultar (ou até mesmo obstar) a adaptação da figura jurídica estrangeira ao sistema jurídico nacional.

É exatamente este terceiro obstáculo que mais profundamente se relaciona com a tendência de se importar conceitos e institutos jurídicos próprios do *common law* e incorporá-los à prática processual civil brasileira.

Neste sentido, embora não se tenha procedido a uma tradução dos termos estrangeiros, ao longo deste trabalho demonstrou-se a crescente inclinação da doutrina nacional em se utilizar de expressões tais como precedente judicial (em referência ao *legal precedent*), *holding*, *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *overruling*, *overriding*, *distinguishing* e *binding effect* para explicar e sistematizar o que vem se denominando “direito jurisprudencial” (em referência ao *case law* próprio do *common law*).

O problema desta indiscriminada importação reside na circunstância de que referidos conceitos e institutos foram forjados em uma tradição jurídica totalmente diferente daquela na qual se desenvolveu o sistema jurídico brasileiro. Enquanto o *common law* deu origem a sistemas jurídicos voltados para a figura do juiz e pautados primordialmente na criação judicial do direito (*judicial law-making*), o *civil law* deu origem a sistemas jurídicos voltados para a figura do legislador e pautados primordialmente na criação legislativa do direito. É natural, portanto, que os institutos e conceitos jurídicos de cada um tenham sido criados e adaptados a solucionar os conflitos jurídicos tendo por fundamento a cultura e ambiente decisional inerentes e particulares a cada uma de suas respectivas tradições.

¹⁴³ A título de exemplificação, cita-se a adequada utilização da doutrina francesa do terceiro cúmplice pelo STJ por ocasião do julgamento do REsp 468.062/CE, cujo voto foi objeto de análise pela doutrina: TAVARES, Willie Cunha Mendes. Efeitos do contrato em relação a terceiros. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 45, p. 234-250, jul. 2009.

Esta é a razão pela qual a ideia de “precedente judicial” (genericamente considerado como decisão judicial pretérita) teve recepções distintas nos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, conforme percutiente análise de Evaristo Aragão Santos:

Isso mostra, de um lado, a imensa complexidade do tema e, de outro, que o nosso ambiente social, somado aos nossos valores e interesses, devem ser os vetores para pensarmos o papel e a dinâmica do precedente judicial entre nós. Em meu sentir, termos para com o precedente uma relação *ontologicamente* distinta daquela desenvolvida no *common law*. Embora esse não seja o objeto deste ensaio, uma das diferenças que me parecem essenciais entre esses dois mundos é o de que, em nosso ordenamento (assim como de modo geral nos ordenamentos de *civil law*) o precedente judicial conta com natureza *eminentemente interpretativa*. Isto é, representa, como *regra*, a interpretação e aplicação da lei por parte de determinado órgão judicial. Deve servir, por isso como orientação de como a mesma regra jurídica deverá ser interpretada quando esse ou outro órgão judicial se depare com situação semelhante no futuro. [...] Isso difere substancialmente da realidade vivenciada no *common law*. Embora, lá, um precedente interpretativo também se torne obrigatório na interpretação desse mesmo dispositivo em casos futuros, admite-se o precedente como fonte criadora do direito em caráter *ex novo*. Por isso, expressões e institutos que nos são estranhos, como *stare decisis*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling*, *distinguishing*, etc., não devem ser usados aqui apenas porque, no *common law*, compõem a estrutura teórica que dá sustentação ao precedente judicial.¹⁴⁴

Fica evidente, portanto, que o simples fato de determinados institutos e conceitos jurídicos pertencerem a sistemas jurídicos de diferentes tradições jurídicas, por si só, configura incontestável entrave à importação e incorporação de referidas figuras no direito nacional.

Esta indevida importação de institutos e conceitos próprios do *common law* levam ao segundo aspecto da crítica que ora se delineia, qual seja, a necessidade de se promover uma depuração de nomenclatura. Conforme já se referiu neste trabalho, é comum a doutrina se utilizar da locução “precedentes obrigatórios” e de expressões próprias do *common law* para se referir à necessidade de se uniformizar a jurisprudência por meio de técnicas que compilam os juízes a seguir o entendimento firmado pelos tribunais superiores.

Tais expressões não são cientificamente adequadas para se referir a técnicas de estabilização e integração da jurisprudência pátria – daí a necessidade de uma depuração terminológica.

Não se pode denominar a jurisprudência dotada de efeito vinculante, o enunciado sumular vinculante ou as sentenças constitucionais dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de precedentes ou então de agrupar tais conceitos sob a rubrica de “precedentes

¹⁴⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 137-138.

obrigatórios”. E isto se dá por uma simples razão: tais conceitos jurídicos não representam a ideia de precedente judicial existente no *common law*, conforme exhaustivamente se demonstrou ao longo deste estudo.

Do ponto de vista científico, portanto, seria mais adequado denominar as decisões dos tribunais dotadas de efeito vinculante de “provimentos vinculantes”, de sorte a não confundilas com o precedente judicial cujo conceito, origem e desenvolvimento remontam à tradição jurídica anglo-saxônica.

Os provimentos vinculantes não têm por função criar direito (*denial of judicial law-making*) e somente vinculam os demais juízes e tribunais por força de disposição legal (vinculação legal) na tradição jurídica do *civil law*. Para além de resolver o caso concreto e concretizar a norma jurídica a partir da problematização do programa normativo com o âmbito normativo, sua função é a de conferir estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência de um modo geral.

A forma de utilização (*rectius*: aplicação) dos provimentos vinculantes remete-nos ao terceiro aspecto da crítica aos “precedentes judiciais”, qual seja, a indevida e anti-hermenêutica aplicação subsuntiva da jurisprudência na solução de conflitos.

O paradigma do positivismo normativista ainda predominante no pensamento jurídico incute práticas e conceitos na práxis dos juristas que confrontam com os postulados do pós-positivismo e de uma compreensão hermenêutica do fenômeno jurídico. Entre tais práticas encontra-se o método silogístico, por meio do qual as controvérsias são dirimidas subsumindo-se os fatos (premissas menores) às normas (premissas maiores), dando ensejo a uma conclusão (decisão).

É exatamente a partir do referido método silogístico que os “precedentes obrigatórios” têm sido aplicados no direito brasileiro. Enunciados sumulares e ementas jurisprudenciais são mecânica e automaticamente aplicados indiscriminadamente sem a preocupação em se preservar as particularidades e facticidade do caso concreto. Daí a advertência de Maurício Ramires, ao designar tal prática como uma involuntária e inconsciente repristinação da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*)¹⁴⁵, escola alemã do positivismo normativista fundada por Georg Friedrich Puchta nos anos 1830:

Tais verbetes [que compõem as ementas] são enunciados de, quanto muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o

¹⁴⁵ Sobre a escola da jurisprudência dos conceitos, confira-se: ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 367-379; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21-29.

qual foram originalmente redigidos. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaborados nos termos mais gerais que se fizerem possíveis. O ideal que se persegue, em um e outro caso, é sempre a depuração dos conceitos em relação à particularidade dos casos [...]. O problema reside na elaboração de ementas já com a pretensão de que elas venham a ser diretamente transcritas em textos jurídicos a serem produzidos futuramente, como se uma resposta a um problema jurídico pudesse abranger, em si mesma, outras hipóteses de sua aplicação, para casos ainda sequer nascidos.¹⁴⁶

A utilização mecânica da jurisprudência de um modo geral, como modo de aplicação do direito subsuntivo-fordista contribui para a própria degeneração da atividade jurisprudencial. A decisão dita paradigma, ao ser replicada sucessiva e indiscriminadamente como padrão decisório de inúmeros casos que nem sempre partilham da mesma similaridade fática, faz com que a questão jurídica delineada no *leading case* seja distorcida.

Isto se deve, em grande parte, ao pensamento positivista reinante no direito brasileiro que insiste em cindir questões de fato das questões de direito, como se duas realidades distintas e inseparáveis fossem. Ao se analisar detidamente a atividade jurisprudencial brasileira, verificar-se-á que as decisões dos tribunais procuram, tanto quanto possível, “abstratizar” (no sentido de isolar, descolar as questões fáticas) a questão jurídica contida no caso concreto, para que esta – na forma de verbetes, enunciados sumulares ou ementas – ser utilizada como fundamento decisório de casos futuros.

E é exatamente a pretensão universalizante da jurisprudência, tornando-a carente de facticidade, que torna sua aplicação anti-hermenêutica. Neste sentido é a percutiente crítica de Lenio Streck, quando adverte que os textos sempre dizem respeito a algo da facticidade e de que não há como separar o texto da realidade normativa que o cerca – daí a impossibilidade de se cindir os atos de “interpretação” e “aplicação”.¹⁴⁷

Para o jurista gaúcho, a aplicação silogística de verbetes, enunciados e ementas – para além de guardar raízes no positivismo jurídico – tem por função metafísica camuflar a facticidade do caso concreto:

Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de *adaptação darwiniana do positivismo jurídico* ante a crescente judicialização do direito, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Estes deveria superar o modelo discricionário do positivismo, mas *passaram a ser anulados por conceitualizações*, que

¹⁴⁶ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49-50.

¹⁴⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219.

acabaram por transformá-los em “regras” ou “protorregras” (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas, etc.). E tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito. Daí a inevitável pergunta: que importância tem, no plano da “fundamentação” de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes do tipo “prova para condenar tem que ser robusta”, “a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais” [...]? Afinal, o que é prova “robusta”? Em que circunstâncias a palavra da vítima tem valor plenipotenciário e em que circunstâncias não tem valor algum? [...] Na verdade – e venho fazendo essa denúncia desde a primeira edição de *Hermenêutica jurídica e(m) crise* – a utilização desses “conceitos”, no interior desse “positivismo da causalidade”, tem a função (metafísica) de “esconder” o “caso concreto” (não deixá-lo se revelar, porque sua revelação representa a facticidade e o mundo prático).¹⁴⁸

Portanto, a adequada aplicação dos provimentos vinculantes pressupõe sua utilização numa perspectiva hermenêutica, isto é, interligada com a facticidade inerente a todo caso concreto. E outras palavras: um tratamento que se pretenda científico dos provimentos vinculantes deve, necessariamente, reconhecer o elemento hermenêutico que perpassa o fenômeno jurídico¹⁴⁹, inclusive no que se refere à vinculação das decisões¹⁵⁰, cuja natureza histórico-concreta no *common law* é praticamente ignorada por aqueles que invocam as estruturas e institutos daquela tradição jurídica para justificar a vinculação legal em nosso sistema jurídico existente.

O método silogístico na aplicação dos provimentos vinculantes de um lado e o cada vez maior distanciamento da facticidade no julgamento de casos concretos de outro impõe a discussão sobre o quarto aspecto relacionado à crítica aos “precedentes obrigatórios”: a imprescindibilidade de se conferir coerência e integridade à atividade jurisprudencial.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 224. (grifo do autor)

¹⁴⁹ “A hermenêutica jurídica [...] não procura compreender textos dados, já que é uma medida auxiliar da práxis jurídica e inclina-se a sanar certas deficiências e casos excepcionais no sistema da dogmática jurídica. [...] A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 482-489.

¹⁵⁰ “A vinculação normativa – no modo como estamos falando e que é a maneira pela qual a comunidade jurídica brasileira quer ‘assegurar’ o sistema – é aquela que se pretende fazer a partir da superfície que acaba por desconsiderar a *indepassabilidade* da linguagem e a radicalidade do elemento hermenêutico que perpassa a experiência jurídica. De algum modo, desconsidera-se aquilo que se pode chamar de dupla estrutura da linguagem: entre o apofântico e o hermenêutico, essa vinculação normativa se perde no apofântico, jogando para debaixo do tapete todo o excesso de significância e possibilidades de sentido que emerge da dimensão profunda, hermenêutica.” ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

A novel codificação processual civil buscou – ao menos no plano legislativo – impor aos operadores do direito a obrigação de contribuir para a formação e consolidação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Com efeito o CPC/2015 926 dispõe expressamente que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Diante da leitura deste dispositivo, a pergunta que logo exsurge é a seguinte: o que vem a ser uma jurisprudência “estável, íntegra e coerente”?

Para responder a esta pergunta é necessário ter em mente que não há grau zero na interpretação. Isto significa, de um lado, que não existe um sentido “pré-concebido” do texto jurídico que o intérprete tem de levar em consideração ao fazer sua interpretação.¹⁵¹ De outro lado, significa que o texto jurídico não é uma folha em branco que o intérprete pode colorir da forma como ele bem entender. Ao intérprete não é lícito atribuir qualquer sentido ao texto, uma vez que o “[...] sujeito interpretante está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição; somente compreendendo é que se pode interpretar.”¹⁵²

Conforme se referiu no primeiro capítulo¹⁵³, a compreensão do fenômeno jurídico é impossível fora da linguagem, de modo que o significado dos textos se insere dentro de uma totalidade de significados de que o intérprete já dispõe, a saber, seus pré-juízos (*Vorurteilen*), que formam sua pré-compreensão (*Vorverständnis*), assim entendida como a relação vital do sujeito compreendente com a coisa a ser entendida, sem a qual a possibilidade da compreensão sequer poderia ser fundamentada.¹⁵⁴

Transpondo este conceito às decisões judiciais, é possível afirmar que, ao se defrontar com a tarefa de solucionar um caso concreto, o juiz deve ser cômico de que a decisão por ele proferida não é a “primeira solução” ao caso. Pelo contrário: o magistrado – e a interpretação por ele realizada no caso concreto – encontra-se inserido num mundo histórico, na esteira do que leciona Maurício Ramires:

¹⁵¹ “Acredita-se, ao mesmo tempo e sob variações teóricas, no legislador como sendo uma espécie de onomatopéia platônica e que o Direito permite verdades apofânticas. Como veremos a seguir, há uma constante busca do ‘correto sentido da norma’ (em um análise autossuficiente, que prescinde da diferença ontológica), um sentido ‘dado’, um ‘sentido-em-si’, enfim, uma espécie de ‘sentido-primevo-fundante’.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 114.

¹⁵² *Ibid.*, p. 289.

¹⁵³ Neste ponto remete-se o leitor à seção 1.3 deste trabalho.

¹⁵⁴ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 60-61.

[...] a compreensão da resposta a um caso concreto não é uma “primeira palavra”, que se dá no vazio. Cada interpretação está inserida no mundo histórico. Quando o intérprete se vê diante da tarefa de compreender algo, ele não pode atribuir sentidos aleatoriamente, como se nada estivesse a guiá-lo, como se a história se iniciasse e terminasse com suas palavras.¹⁵⁵

A percepção de que não há grau zero de interpretação – tanto no ato de formação quanto no ato de interpretar a decisão judicial – relaciona-se diretamente com as ideias de coerência e integridade.

Foi Ronald Dworkin, jusfilósofo norte-americano, quem melhor desenvolveu as concepções de coerência e integridade no direito.¹⁵⁶ Para Dworkin, o direito como integridade exige que os juízes, ao julgarem os casos a partir de uma base coesa de princípios, devem fazê-lo de maneira coerente (isto é, aplicar os mesmos princípios para solução de casos semelhantes):

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Decidir se o direito vai assegurar à Sra. McLoughlin uma indenização pelos prejuízos sofridos, por exemplo, equivale a decidir se vemos a prática jurídica sob sua melhor luz a partir do momento em que supomos que a comunidade jurídica aceitou o princípio de que as pessoas na situação dela têm direito de ser indenizadas.¹⁵⁷

A partir desta ideia central – isto é, de que a integridade pressupõe o julgamento por princípios de maneira coerente – o jusfilósofo norte-americano lança mão de uma metáfora para exemplificar de que maneira a manutenção da coerência e da integridade se dá. Trata-se da famosa metáfora do romance em cadeia (*chain novel*), nestes termos apresentada pelo próprio autor:

Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então

¹⁵⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

¹⁵⁶ Para uma análise mais profunda da teoria de Dworkin, vide o excelente trabalho de Marcelo Cattoni: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 368-390, 2013.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. p. 271-272.

acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.¹⁵⁸

No exercício literário idealizado por Dworkin o romance em constante desenvolvimento somente será íntegro e coerente se cada um dos autores tiver a consciência de que se trata de uma obra única (isto é, como se fosse de um único escritor) e não produto de inúmeros escritores.

Transportando a metáfora literária do romance em cadeia para o ambiente decisional, cada juiz, ao julgar um novo caso concreto, deve ter a consciência de que faz parte de um complexo empreendimento em cadeia, do qual inúmeras decisões passadas, estruturas consolidadas, práticas e convenções arraigadas são a história – que deve ser “continuada” pelo magistrado, levando-se em conta todo o arcabouço normativo-principiológico existente.¹⁵⁹

As ideias de coerência e integridade no âmbito decisional conferem não somente tratamento isonômico na aplicação normativa e principiológica do direito em casos semelhantes, mas também salvaguarda contra arbitrariedades interpretativas (a exemplo de decisões judiciais *ad hoc*, como aquelas em que o tribunal, ciente da existência de um entendimento já consolidado, resolve adotar um outro entendimento por variadas razões circunstanciais). Até porque “[...] uma exceção *ad hoc* não se justifica se não puder ser estendida a todos os casos similares – ou, visto por outro ângulo, se mais tarde tiver de ser objeto de distinções-sem-diferença –, e também não sustenta outras exceções *ad hoc* feitas e seu nome”.¹⁶⁰

A busca por estabilidade, coerência e integridade a que faz alusão o CPC/2015 926, portanto, não implica no ato mecânico, simplista e acrítico de provimentos vinculantes, mas impõe respeito à associação de concretude do caso ao direito. Ou, como bem pontuam Dierle Nunes e Aline Ladeira, “[...] a integridade e coerência em Ronald Dworkin [...] não guardam

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. p. 275-276.

¹⁵⁹ “Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, o juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo 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 faz 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. 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.” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

¹⁶⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 151-152.

relação com a obediência irrestrita e servil das orientações firmadas em discursos de fundamentação prévios verbalizados pelos Tribunais Superiores.”¹⁶¹

Diante deste contexto, a leitura constitucionalmente adequada do CPC/2015 926 pressupõe, inexoravelmente, não somente uma depuração de nomenclatura (o CPC/2015, tal qual o CPC/1973, insiste no uso da expressão “precedente”), mas principalmente da superação do método silogístico na utilização de provimentos vinculantes, circunstância que certamente contribuirá para uma maior estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência brasileira.

¹⁶¹ NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil *versus* a busca de coerência e integridade: uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 87, p. 90, jul./set. 2014.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou, na medida do possível, realizar uma crítica à indevida, acientífica, atécnica e – em algumas hipóteses – equivocada importação e incorporação de determinados conceitos e institutos com origem e desenvolvimento no *common law* ao sistema processual brasileiro. Para tanto, buscou-se delinear uma estrutura argumentativa e uma linha de raciocínio coesa e didática com os propósitos que o estudo procurou atingir.

Em um primeiro momento, com fundamento na ideia de quadro referencial teórico, assentou-se as premissas conceituas e metodológicas que nortearam todo o trabalho: a necessidade de superação do paradigma positivista e o reconhecimento de que o direito é fenômeno que somente pode ser compreendido na e por meio da linguagem; a delinação das bases estruturantes do paradigma pós-positivista, demonstrando suas particularidades e diferenças relativamente ao movimento político-jurídico do neoconstitucionalismo; a apresentação da teoria estruturante de Friedrich Müller que, *grosso modo*, desenvolveu uma nova teoria da norma jurídica; e, por fim, a demonstração de que o sistema jurídico brasileiro funda-se na centralidade da lei como principal fonte do direito e na supremacia da Constituição.

Em um segundo momento, o trabalho voltou-se para a análise das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental, quais sejam, o *common law* e o *civil law*. Verificou-se, no entanto, a necessidade de se diferenciar as ideias de “tradição jurídica” (mais ampla) de “sistemas jurídicos” (mais estrita), uma vez que consubstanciam-se em conceitos distintos e que, portanto, retratam diferentes manifestações da realidade. Logo em seguida traçou-se um panorama político-histórico da tradição romano-germânica evidenciando-se suas principais particularidades. Do mesmo modo procedeu-se com relação à tradição anglo-saxônica, explicitando-se suas características predominantes. Assim, após ter delimitado os conceitos de “tradição jurídica” e “sistema jurídico” bem como individualizado as nuances inerentes ao *civil law* e ao *common law*, já se nos afigurava possível realizar uma análise sobre a tradição jurídica do direito brasileiro. Após cotejar as particularidades do sistema jurídico brasileiro – inclusive refutando-se as teses de “aproximação teórica” e “convergência” de ambas as tradições jurídicas – chegou-se à conclusão de que o direito nacional filia-se ao *civil law* (supremacia da lei escrita, ausência de produção judicial do direito, importância da produção doutrinária e relevante papel das universidades).

Em um terceiro momento, o foco voltou-se à doutrina dos precedentes judiciais própria da tradição anglo-saxônica. Ao apresentar o conceito e o modo de formação do

precedente judicial, objetivou-se demonstrar que aquilo que em nosso sistema jurídico é denominado ingenuamente de “precedente”, não corresponde a um instituto cujo nascimento e desenvolvimento deu-se ao longo de mais de oitocentos anos de história. Com efeito, conceituou-se o precedente judicial como a questão jurídica oriunda de uma prévia decisão judicial caracterizada por três condicionantes, quais sejam, o fator histórico, o fator hermenêutico e o fator democrático. Neste sentido, o precedente judicial guarda íntima relação com a própria história evolutiva do *common law*, em especial com a doutrina do “*like cases should be treated alike*” (casos semelhantes devem ser julgados igualmente) e com a teoria do *stare decisis*. Esta última, em especial, consubstancia-se em técnica que permite extrair da decisão a parte vinculante para a solução de casos futuros (*ratio decidendi* ou *holding*) daquelas que servem como mera argumentação de apoio (*obiter dicta*). Não se deixou se fazer, ao final, breve menção às técnicas de superação e revogação do precedente: o *overruling* e o *overriding*.

Por fim, em um quarto momento, escancarou-se a enorme confusão conceitual que se dá no sistema jurídico brasileiro no que se refere à indevida e por vezes equivocada utilização de conceitos jurídicos estrangeiros, notadamente aqueles oriundos do *common law*. Optou-se por dividir este quarto momento em três pontos. O primeiro expôs a diferença entre os conceitos de “precedente judicial”, “enunciado sumular”, “jurisprudência” e “efeito vinculante”. O segundo realizou análise crítica de determinados institutos do sistema processual civil brasileiro denominados por parcela da doutrina de “precedentes obrigatórios”. O terceiro e último ponto realizou uma crítica à aplicação dos “precedentes” (*rectius*: provimentos vinculantes) no ordenamento processual, inclusive tomando-se como parâmetro o CPC/2015 atualmente em período de *vacatio legis*.

Verifica-se, portanto, que todos os quatro “momentos” do trabalho – didaticamente separados na forma de capítulos – encontram-se intimamente interligados e inter-relacionados: um é pressuposto para a adequada compreensão do outro.

E, após a exposição de todo este arcabouço teórico, bem como tendo-se em vista o caráter dogmático deste trabalho (isto é, trata de questões finitas), é possível pontuar, resumidamente, algumas conclusões específicas:

1. Muito mais do que uma depuração terminológica – que é desejável e, porque não, necessária – é preciso uma mudança de paradigma na prática jurídica brasileira. Afigura-se imperioso abandonar as posturas positivistas (em especial as que acarretam na indeterminabilidade do direito e na discricionariedade judicial) para adotar os postulados do

pós-positivismo (compreendendo a norma jurídica como produto de um complexo processo de concretização a partir da problematização do caso concreto com o texto de lei).

2. A mudança de paradigma também pressupõe a compreensão de que o limite da *norma* jurídica é o *texto* jurídico, de modo que não se afigura possível atribuição de sentidos para além dos limites semânticos do texto legal.

3. Tanto o particular, quanto o Poder Público encontram limites de atuação na lei e, em especial, na Constituição. Neste sentido, a produção legislativa, a interpretação do texto legal, a concretização da norma jurídica e o processo de decisão judicial submetem-se, necessariamente, à supremacia da Constituição.

4. Tradição jurídica é conceito amplo, que se relaciona com aspectos culturais e historicamente sedimentados a respeito da natureza da norma, da função do direito e da forma como é criado, aplicado e estudado em determinada comunidade. Sistema jurídico, por outro lado, é conceito mais restrito, consubstanciado em um corpo diretivo de instituições, procedimentos e normas jurídicas. Os sistemas jurídicos encontram-se inseridos dentro de tradições jurídicas.

5. Não se pode afirmar que o sistema jurídico brasileiro esteja filiado a uma tradição jurídica peculiar, supostamente caracterizada pela convergência de aspectos presentes no *civil law* e no *common law*. Isto porque nosso sistema jurídico filia-se à tradição romano-germânica, principalmente em função da ausência de mecanismos de criação judicial do direito (como, por exemplo, um sistema de precedentes tal qual aqueles existentes no *common law*).

6. O precedente judicial do *common law* constitui-se na questão jurídica de uma prévia decisão judicial condicionada por três fatores, quais sejam, o fator histórico (assenta-se na tradição, como resultado de um método experimental de casos); o fator hermenêutico (o precedente não cabe no texto que lhe dá suporte, não podendo ser desvinculado dos fatos); e o fator democrático (o precedente tem suas balizas delineadas na decisão judicial do juiz singular).

7. Há uma evidente confusão conceitual no sistema jurídico brasileiro em torno do uso da expressão “precedente”, como se ela representasse aquilo que representa na tradição do *common law*. Daí porque não se pode aglutinar sob a rubrica de “precedentes obrigatórios” institutos tais como súmula, súmula vinculante, jurisprudência e efeito vinculante. Para além de diferentes entre si, todos eles divergem, em maior ou menor grau, do conceito do *legal precedent*.

8. Em momento algum se nega a importância de se respeitar as decisões dos tribunais superiores, em especial dos provimentos dotados de efeito vinculante, tais como aqueles proferidos pelo STJ em sede de recursos repetitivos ou pelo STF no âmbito do processo constitucional.

9. Do mesmo modo, não se nega a alta litigiosidade existente no País e o enorme volume de processos existentes, circunstância que certamente contribui para a indesejável morosidade da prestação jurisdicional.

10. O que não se admite, todavia, é a busca pela racionalização do julgamento dos processos a todo custo, em especial por meio da instituição de mecanismos e técnicas jurídicas que se encontrem em desacordo com sistema processual ou com a Constituição Federal.

11. É preciso – e a isto não nos opomos – a estruturação de um sistema que confira estabilidade, integridade e coerência aos provimentos vinculantes, tal como almeja o CPC/2015 926.

12. Por coerência e integridade, na linha do pensamento dworkiano, deve-se compreender a aplicação de provimentos vinculantes não de maneira mecânica, simplista e acrítica, mas com respeito à associação de concretude do caso ao direito, levando-se em consideração as inúmeras decisões passadas, estruturas consolidadas, práticas e convenções arraigadas historicamente (narrativa em cadeia).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

_____.; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____.; NERY JUNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 53, p. 11-20, jan. 2013.

_____.; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AGUIAR, Ana Lucia de. *História dos sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Pillares, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALGERO, Mary Garvey. The sources of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 65, n. 2, p. 775-822, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no direito processual civil. *Revista Justitia do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, n. 74, p. 115-143, jul./set. 1971.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 189, p. 9-52, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 58, p. 129-173, jan. 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006b.

_____. *Law and revolution: the impact of the protestant reformations on the western legal traditions*. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2006a.

_____; REID JUNIOR, Charles J. The transformation of english legal science: from Hale to Blackstone. *Emory Law Journal*, Emory, n. 45, v. 2, p. 437-522, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942. Seção 1. p. 1.

_____. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 243, 18 dez. 1998. Seção 1. p. 1-2.

_____. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 28, 8 fev. 2006. Seção 1. p. 2.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 243, 20 dez. 2006. Seção 1. p. 1-2.

_____. Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 88, 9 maio 2008. Seção 1. p. 11.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: _____.; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. Cap. 2. p. 154-155. .

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Gestão estratégica: metas*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

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

DEUTSCHLAND. Grundgesetz. 23 Mai 1949. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. *Bundesanzeiger*. Berlin, [23 mai 1949]. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDDEY, Keith. *The english legal system*. 3rd. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1982.

EDLIN, Douglas E. (Ed.). *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.

EISENBERG, Melvin A. The principles of legal reasoning in common law. In: EDLIN, Douglas E. *Common law theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.

ESKRIDGE Jr., William N. *Overruling statutory precedents*. Yale: Yale Law School, 1988. (Faculty Scholarship Series, 3825).

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *O conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

FUX, Luiz et al. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GLENN, Patrick H. Doin' the transsystemic: legal systems and legal traditions. *McGill Law Journal*, Montreal, v. 50, p. 863-898, 2005.

_____. *Legal traditions of the world*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, v. 40, n. 2, p. 161-183, 1930.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

JOHN, Hanna. The role of precedent in judicial decision. *Villanova University Law Review*. Pennsylvania, v. 3, n. 3, p. 367-384, 1957.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, n. 25, p. 47-67, jul. 1982.
- LEITE, Maria Oderlânia Torquato. O efeito vinculante no constitucionalismo brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 8, p. 5719-5740, 2014.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMBACH, Jutta. The concept of the supremacy of the constitution. *The Modern Law Review*, Oxford, n. 1, v. 64, p. 1-10, jan. 2001.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MAGALHÃES, Breno Baía. Efeito vinculante: o que ele não é, *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, n. 104, p. 707-730, out. 2012/jan. 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 175-232, 2009.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik – Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. In: CARAZZA, Roque Antonio; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

_____. *Princípios do processo na constituição federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Recursos no processo civil: princípios fundamentais e teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____.; _____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____.; _____. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

NUNES, Dierle; LADEIRA, Aline Hadad. Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil *versus* a busca de coerência e integridade: uma primeira impressão das premissas dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 87, p. 77-99, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 368-390, 2013.

PLUCKNETT, Theodore F. T., *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

PUNTEL, Lorenz Bruno. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2008.

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

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 39, n. 1, p. 1-34, 1991.

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

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. 2006. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre)dominante. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

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

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Rio Grande do Sul, n. 5, p. 162-185, out./dez. 2008.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

TAVARES, Willie Cunha Mendes. Efeitos do contrato em relação a terceiros. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, n. 45, p. 234-250, jul./2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*. 3rd. ed. New York: Foundation Press, 2000.

UNITED KINGDOM. *Intellectual Property Office*: O-330-05: Trade Marks Act 1994: in the matter of an application under no. 81862 By Dennis woodman for a declaration of invalidity in respect of Trade Mark No. 2184549 in the name of French Connection Limited. Dec. 2005. Disponível em: <<https://www.ipo.gov.uk/t-challenge-decision-results/o33005.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.html>>. Acesso em: 11 jun. 2014

VONG, David. Binding precedent and English judicial law-making. *Jura Falconis*, Lovaina, v. 21, n. 3, p. 318-346, 1985.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2nd. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1984.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 100, p. 81-87, out/dez. 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.