



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

JOSÉ VILTON DE JESUS JUNIOR

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE E
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SÃO CRISTÓVÃO-SE

2025

JOSÉ VILTON DE JESUS JUNIOR

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE E
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS), para fins de obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto.

SÃO CRISTÓVÃO-SE

2025

FICHA CATALOGRÁFICA
BIBLIOTECA CENTRAL - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

A large, empty rectangular box with a thin black border, occupying the central portion of the page. It is intended for the entry of cataloging data.

JOSÉ VILTON DE JESUS JUNIOR

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE E
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca
examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Bruno Wanderlei Junior
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação - PRODIR/UFS

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto
Orientador

SÃO CRISTÓVÃO-SE

2025

À minha mãe pelo exemplo de perseverança como educadora há mais de 35 anos.

À minha amada mulher - Raquel Teles, por toda paciência, apoio, incentivo e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, cuja presença me sustentou em cada momento desta jornada, renovando minhas forças nos dias difíceis e me inspirando a seguir adiante.

À minha família, minha base. À minha esposa, Raquel Teles, minha companheira de vida, por seu amor, paciência e pela dedicação que nunca faltaram, mesmo nos momentos mais difíceis. Você é e sempre será a minha maior inspiração, e nada do que escrevo aqui será capaz de expressar plenamente minha gratidão.

À minha mãe, exemplo de integridade, amor e cuidado. Sua dedicação à nossa educação e formação, significado de perseverança e coragem.

Ao meu irmão, Marcos Vinícios, cujo apoio sempre esteve presente, em cada vitória e em cada desafio. Obrigado por sempre acreditar em mim.

Ao professor Ubirajara Coelho Neto, que não foi apenas um orientador, mas um exemplo de ombridade, ética e persistência. Sua orientação ultrapassou as barreiras acadêmicas, marcando profundamente minha trajetória pessoal e profissional.

Ao meu sócio e amigo, Hugo Luiz, por sua parceria inestimável e pelo apoio constante em cada projeto e desafio. Esta conquista é nossa, e agradeço por dividir essa caminhada comigo.

Aos amigos do mestrado e de toda a vida, que compartilharam comigo não apenas desafios, mas também risos, conselhos e momentos inesquecíveis. Cada um de vocês tem um lugar especial neste marco da minha vida.

A todos, meu mais profundo e sincero agradecimento.

“O verdadeiro saber está em aceitar que não somos conhecedores de todas as verdades do mundo. Ter a humildade de reconhecer a ignorância é um grande gesto de sabedoria.”
(Confúcio).

RESUMO

A presente dissertação buscou analisar a correlação entre precedentes judiciais, legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais, partindo de uma investigação sobre os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, e compreendendo suas raízes históricas e evoluções. Ao longo do estudo, foi demonstrado como o *civil law*, estruturado na codificação e na primazia da lei, foi se aproximando do *common law*, que tem como principal característica a construção progressiva do direito por meio da jurisprudência. O direito brasileiro, influenciado por esse movimento, passou a adotar precedentes vinculantes, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, visando à uniformização da jurisprudência e à segurança jurídica. No decorrer da pesquisa, foi apresentado os critérios de existência de um sistema jurídico na doutrina de Hans Kelsen, Niklas Luhmann e Joseph Raz. A dissertação seguiu analisando os precedentes judiciais como mecanismos que conferem estabilidade e previsibilidade ao ordenamento, permitindo que decisões passadas orientem casos futuros e promovam maior coerência ao sistema jurídico. Em seguida, o estudo passou a examinar a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, abordando como o sistema nacional foi sendo influenciado pelo modelo do *common law* e pelo constitucionalismo contemporâneo. Com isso, observou-se a característica de atribuir efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores, em controle difuso, consolidando o papel da Corte como protagonista na definição da interpretação constitucional. Esse movimento foi sendo impulsionado pela necessidade de reduzir a sobrecarga do Judiciário e conferir maior estabilidade às relações jurídicas, evitando decisões contraditórias entre os tribunais. Dando continuidade à pesquisa, foi demonstrado que, embora os precedentes sejam instrumentos essenciais para a segurança jurídica, sua aplicação no Brasil ainda enfrenta desafios práticos. Magistrados, muitas vezes sobrecarregados com o volume excessivo de processos, acabam aplicando precedentes de forma mecânica, sem uma análise aprofundada dos fundamentos jurídicos da *ratio decidendi*. Além disso, verificou-se que os próprios tribunais superiores, em algumas situações, divergem quanto à interpretação de precedentes, gerando insegurança jurídica. Por fim, foi sendo evidenciado que o uso adequado dos precedentes vinculantes pode funcionar como um mecanismo de controle do ativismo judicial, na medida em que delimita padrões decisórios e reduz o arbítrio na interpretação das normas. A dissertação concluiu afirmando que os precedentes desempenham um papel crucial na legitimação do Poder Judiciário, promovendo a previsibilidade das decisões, fortalecendo a isonomia entre os jurisdicionados e reafirmando o compromisso do Estado Democrático de Direito com a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Direitos Fundamentais; Segurança Jurídica; Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

This dissertation sought to analyze the correlation between judicial precedents, legitimacy, and effectiveness of fundamental rights, starting from an investigation into the civil law and common law legal systems, and understanding their historical roots and evolution. Throughout the study, it was demonstrated how civil law, structured on the codification and primacy of the law, was approaching common law, whose main characteristic is the progressive construction of law through case law. Brazilian law, influenced by this movement, began to adopt binding precedents, especially after the entry into force of the 2015 Code of Civil Procedure, aiming at the standardization of case law and legal certainty. During the research, the criteria for the existence of a legal system in the doctrine of Hans Kelsen, Niklas Luhmann, and Joseph Raz were presented. The dissertation continued by analyzing judicial precedents as mechanisms that confer stability and predictability to the legal system, allowing past decisions to guide future cases and promote greater coherence to the legal system. The study then went on to examine the evolution of constitutional control in Brazil, addressing how the national system was influenced by the common law model and contemporary constitutionalism. This led to the observation that decisions of the Higher Courts have a binding effect, in diffuse control, consolidating the Court's role as a protagonist in defining constitutional interpretation. This movement was driven by the need to reduce the burden on the Judiciary and to provide greater stability to legal relations, avoiding contradictory decisions between the courts. Continuing the research, it was demonstrated that, although precedents are essential instruments for legal certainty, their application in Brazil still faces practical challenges. Judges, often overwhelmed by the excessive volume of cases, end up applying precedents mechanically, without an in-depth analysis of the legal foundations of the *ratio decidendi*. In addition, it was found that the higher courts themselves, in some situations, diverge in the interpretation of precedents, generating legal uncertainty. Finally, it was shown that the appropriate use of binding precedents can function as a mechanism to control judicial activism, as it defines decision-making standards and reduces arbitrariness in the interpretation of norms. The dissertation concluded by stating that precedents play a crucial role in the legitimization of the Judiciary, promoting the predictability of decisions, strengthening equality among those under its jurisdiction and reaffirming the commitment of the Democratic State of Law to the stability and coherence of the legal system.

Keywords: Judicial Precedents; Fundamental Rights; Legal Certainty; Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>.....	15
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	15
2.2 AS PRINCIPAIS CARACTÍSTICAS DOS SISTEMAS DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	22
2.3 CAUSAS DE APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DO <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	26
3. O CRITÉRIOS DE EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA JURÍDICO.....	38
3.1 O CONCEITO DE SISTEMA DE NORMAS DE HANS KELSEN.....	38
3.2 A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....	42
3.3 O SISTEMA JURÍDICO SEGUNDO JOSEPH RAZ.....	46
3.4 O CONSTITUCIONALISMO E OS PRECEDENTES VINCULANTES.....	50
4. OS PRECEDENTES VINCULANTES E SUAS DIFICULDADES COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	59
4.1 A CRISE NUMÉRICA DE PROCESSOS E OS PRECEDENTES VINCULANTES.....	59
4.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO MECANISMO DE REDUÇÃO NUMÉRICA DE PROCESSOS.....	66
4.3 CRÍTICAS AOS SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES.....	68
5. OS PRECEDENTES VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL.....	78
5.1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL	78
5.2 O ATIVISMO JUDICIAL E A OMISSÃO LEGISLATIVA.....	79
5.3 OS PRECEDENTES VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL.....	84
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo central analisar a correção entre os precedentes judiciais e legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais. Com tal desiderato, começa-se com a investigação dos sistemas jurídicos (ou famílias, tradições) do *civil law* e *common law* e suas raízes, que possuem diferentes realidades históricas e culturais. O *civil law*, influenciado pelo Direito Romano, foi solidificado pela codificação napoleônica, a qual conferiu uma forte ênfase à legislação, restringindo a atuação dos juízes à aplicação da lei. A Revolução Francesa desempenhou um papel fundamental nesse processo, ao restringir o poder do judiciário e promover a primazia do Legislativo, guiado por princípios de igualdade e segurança jurídica.

Por outro lado, o *common law*, originado na Inglaterra medieval, destaca a jurisprudência como sua principal fonte de Direito, priorizando a resolução prática de conflitos através de precedentes. Essa tradição inglesa é caracterizada por um papel mais inovador e interpretativo do judiciário, que extrai normas a partir de casos concretos. Dessa forma, enquanto o *civil law* busca estabilidade por meio de códigos rigorosos, o *common law* proporciona flexibilidade e capacidade de adaptação às transformações sociais.

Embora existam distinções históricas e estruturais, os dois sistemas jurídicos têm se aproximado em razão do constitucionalismo e da globalização do Direito. O *civil law*, influenciado pela prática do controle de constitucionalidade, conferiu maior autonomia aos juízes, alinhando-os ao modelo interpretativo característico do *common law*. Por sua vez, o *common law* passou a adotar elementos legislativos mais organizados, valorizando cada vez mais a função dos códigos em seus sistemas. A introdução de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e precedentes vinculantes no *civil law*, como ilustrado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, exemplifica essa convergência. Em ambos os sistemas, a legislação atual visa não apenas a regulação, mas também a promoção de valores sociais, exigindo uma atuação mais criativa por parte dos juízes. Dessa forma, percebe-se um movimento de integração (aproximação) gradual entre as tradições jurídicas ocidentais, destacando o dinamismo e a evolução conjunta do Direito.

No capítulo 3, aborda-se os critérios de definição do que seria um sistema jurídico e quais seus elementos e características. A começar pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que propõe que todo sistema jurídico depende de uma a norma fundamental (pressuposta). Essa norma é como um ponto de partida que não pode ser questionado, mas serve para dar sentido e validade a todas as outras normas. Ela organiza o sistema jurídico de maneira hierárquica, garantindo que cada norma esteja conectada a outra de forma lógica. Isso faz com que o Direito funcione como um todo coeso, sem contradições aparentes. A norma fundamental não determina o conteúdo das leis, mas sim a estrutura que garante sua legitimidade, sempre ligada à Constituição de cada sociedade.

Um ponto relevante da Teoria Pura do Direito de Kelsen é a função que os juízes exercem na implementação do Direito. Segundo sua perspectiva, os juízes não se limitam a interpretar as normas, mas exercem um papel na formação do sistema jurídico. Cada sentença é um ato de criatividade, que ajusta as regras gerais às circunstâncias específicas, conferindo ao Direito uma natureza dinâmica que permite a adaptação às transformações sociais. Kelsen ressalta, ainda, que mesmo que uma norma não seja aplicada em todas as situações, ela continua a ser válida enquanto integrar a estrutura do sistema jurídico.

Aborda-se ainda o conceito de precedentes segundo Kelsen, que vai afirmar que precedentes são decisões judiciais que orientam casos futuros semelhantes. Ele entende que essas decisões refletem a capacidade do sistema de aprender e evoluir. Ao seguir precedentes, os juízes garantem previsibilidade e coerência nas decisões, fortalecendo a confiança das pessoas no sistema jurídico.

A dissertação enfrenta, ainda que de forma panorâmica, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que desenvolveu uma forma de compreender a sociedade moderna, marcada pela complexidade, pela incerteza e pela necessidade de ordem. Ele propôs que cada sistema social, como o Direito, funciona de maneira independente, criando e sustentando seus próprios elementos de forma autorreferente e autopoietica. Isso significa que o sistema jurídico, por exemplo, interpreta e resolve problemas utilizando suas próprias regras internas, sem depender diretamente de fatores externos, como pressões sociais ou políticas.

Luhmann também destacou que o Direito tem a função de simplificar a complexidade da sociedade. Ao criar normas claras e previsíveis, ele reduz a desordem e torna possível o funcionamento ordenado das relações sociais. Além disso, analisa-se os precedentes jurídicos como um possível mecanismo de autocriação, pois conectam decisões passadas a casos futuros, garantindo coerência e estabilidade. O sistema jurídico, ao adotar os precedentes vinculantes, segue uma lógica de autorregulação, onde cria normas que orientam as decisões e reforçam sua autonomia e funcionalidade.

Outro teórico também debatido é Joseph Raz que conceituou o sistema jurídico sob a perspectiva das razões normativas, que ele divide em duas categorias: razões para agir (de primeira ordem) e razões para não agir de maneira contrária (de segunda ordem). Para ele, as normas jurídicas não apenas indicam como agir, mas também excluem justificativas conflitantes, servindo como um guia claro para as ações individuais e coletivas. O Direito, segundo Raz, é uma ferramenta de coordenação social, que organiza a convivência ao estabelecer padrões amplamente aceitos.

Dando continuidade ao trabalho, debate-se a o papel central do Poder Judiciário nas democracias modernas e o fortalecimento da Constituição como norma superior. Konrad Hesse, em sua defesa da força normativa da Constituição, argumenta que ela não é apenas um texto, mas uma norma viva que interage diretamente com a realidade social, política e econômica. Ele critica a visão de que a Constituição seria um "mero pedaço de papel" e reforça que sua eficácia depende de uma relação equilibrada entre o mundo real e os princípios que ela estabelece. Assim, a Constituição se torna a base para todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e garantindo a legitimidade das normas e decisões.

O sistema de precedentes vinculantes no Brasil é um exemplo de como os princípios constitucionais têm moldado o Direito. Embora inspirado no *common law*, o uso de precedentes no Brasil ganhou força especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, que buscou uniformizar a jurisprudência e promover estabilidade e coerência nas decisões judiciais. O art. 927 do CPC estabelece que casos semelhantes devem ser tratados de forma igual, reforçando o princípio da isonomia. Contudo, para que isso funcione de maneira eficaz, é necessário que os juízes e tribunais respeitem e apliquem corretamente os precedentes, analisando seus fundamentos (*ratio decidendi*) e ajustando-os ao caso concreto.

Embora o sistema de precedentes signifique um avanço, sua aplicação ainda enfrenta muitos obstáculos no dia a dia. Muitos magistrados, sobrecarregados com o elevado número de processos, lidando com uma estrutura insuficiente, acabam aplicando os precedentes de forma automática, muitas vezes sem analisar o caso particular. Assim, é um grande desafio tornar as Cortes Supremas como protagonistas de um sistema que seja coerente, coeso e estável.

No capítulo 4, enfrenta-se as dificuldades que os precedentes vinculantes encontram no ordenamento jurídico brasileiro. A começar pela crise numérica processual e a lógica da redução quantitativa de processos, o *modus operandi* de enfrentamento da “questão judiciária” tem focado na consequência, qual seja, o excessivo número de processos. A durabilidade, o curto operacional dos processos e a cultura demandista da população são fatores que contribuem para toda essa complexidade. Diante deste cenário, os precedentes judiciais obrigatórios se tornaram um meio de reduzir essa crise numérica de processos, muitas vezes numa ótica *quantitativa*, em detrimento de uma perspectiva *qualitativa*. Acontece que esse “sistema” de precedentes vinculantes se mal aplicado e sem critérios pode trazer sérios problemas à segurança jurídica e à estabilidade, valores políticos indispensáveis ao ordenamento jurídico.

Infelizmente, no Brasil, ainda boa parte dos juízes de primeiro grau (dos Tribunais de Justiça e dos Regimes Federais) não respeitam os precedentes do STJ, e sequer argumentam porque não os utilizam. O próprio STJ possui entendimentos diferentes a respeito de casos iguais - e isso ocorre não somente entre Turmas diferentes, mas uma única Turma, não raras vezes, possui decisões diversas nos julgamentos de casos idênticos.

Analise-se doutrinadores que vão criticar toda a lógica de precedentes e seus institutos específicos, com a *ratio decidendi* e a própria dificuldade de sua definição, além de temas como a interpretação de precedentes, separação dos poderes e os limites judiciais em respeito ao princípio democrático.

Já no capítulo 5, enfrenta-se a correção entre precedentes vinculantes e o que se denominou chamar de ativismo judicial. A começar por esse conceito, de difícil definição. Em seguida, discute-se como a omissão legislativa interfere (ou não) numa postura mais ativista do Poder Judiciário, analisando-se uma possível desconfiança nas instituições majoritárias, aliada à previsão dos direitos fundamentais no sistema jurídico e ao reconhecimento da força

normativa das constituições atualmente. O trabalho vai apresentar que todo esse cenário intensificou o protagonismo do Poder Judiciário. Por fim, vai abordar como os precedentes podem ser instrumentos de controle do ativismo judicial, na medida em que uniformiza suas jurisprudências, mantendo-as íntegras e coerentes dentro da lógica de garantia da isonomia e da segurança jurídica, ao delimitar padrões decisórios e vinculantes para os casos futuros semelhantes, contendo, desta forma, os limites de atuação do juiz.

Ao final, conclui-se que ao adotar precedentes vinculantes, o sistema jurídico, com a participação de destaque do Poder Judiciário, fortalece a previsibilidade das decisões e promove a confiança da sociedade no sistema de justiça. Essa legitimidade está intimamente ligada à capacidade das instituições judiciais de assegurar a coerência e a estabilidade na interpretação das normas, evitando decisões contraditórias que possam comprometer a credibilidade do sistema.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

O *civil law* teve grande expressão na França pré-revolucionária. Esse período se caracteriza pela manutenção da estrutura social e econômica do feudalismo, que detinha o apoio da monarquia absolutista e mantinha os privilégios à aristocracia feudal. A burguesia, classe em ascensão, sedenta por poder e participação política, articula a Revolução Francesa de 1789, que teve como um de seus alvos os juízes franceses que compunham um grupo aristocrático, cujos interesses convergiam aos interesses dos senhores feudais (Ataíde Junior, 2011).

Neste sentido, João Luiz Rocha do Nascimento (2018, p. 4) esclarece:

De fato, na França, isso é público e notório, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra e nos EUA, os juízes foram um dos alvos da Revolução Francesa, não só pelo fato de que se identificavam com o velho regime e a aristocracia rural, mas também pela confusão que faziam entre aplicar e produzir direito, razão pela qual Montesquieu desenvolveu a teoria de que a única maneira segura de prevenir esse tipo de abuso seria, inicialmente, separar os poderes e, em seguida, “regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo” (Nascimento, 2018, p. 4).

A ideologia liberal ligada aos valores burgueses deu substrato a Revolução Francesa com o fim de criar um Direito que limitasse o poder estatal, assegurando a liberdade individual perante o Estado e a separação dos poderes (Montesquieu), impondo uma clara distinção entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com rígida limitação deste, cuja função seria a de mera declaração da lei (Ataíde Junior, 2011).

Destarte, com a Revolução Francesa, há uma supremacia do parlamento, criador do Direito, cabendo aos juízes tão somente aplicá-las. O judiciário francês, constituído por uma classe aristocrática, mantinha relações e interesses espúrios com a aristocracia feudal. Sobre esse ponto, adverte Marinoni (2009, p. 196): “Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais”.

O sistema do *civil law* também teve origem na história jurídico-política inglesa. Com um viés, entretanto, bastante diverso daquele ocorrido em terras francesas. Com a Revolução Gloriosa de 1688, é instituída a doutrina da “*supremacy of the parliament*”, que serviu ao Reino Inglês controlar os atos das suas colônias. Estas, regidas por suas Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês (Marinoni, 2009).

No entanto, o princípio da “*supremacy of the English parliament*” teve como principal objetivo a supremacia do direito sobre o monarca, mas sem o propósito de aferir onipotência da lei - como se deu na conjuntura da Revolução Francesa em que se defendia a supremacia da lei. Portanto, tal princípio assume um significado completamente distinto ao da supremacia do Legislativo e ao princípio da legalidade, germinado na Revolução Francesa (Marinoni, 2009).

A Revolução inglesa caracterizou-se pela submissão do poder do monarca ao ordenamento. Adquire substancial destaque o celebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, em que Guilherme de Orange para assumir o trono, a ele precisou se submeter. Entre seus princípios fundamentais temos a proteção da pessoa, da propriedade privada, garantias processuais e liberdades políticas, mas em especial a submissão do rei à lei (Marinoni, 2009).

Neste sentido:

Na tradição da Europa continental a luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia Soberana, ao passo que, na Inglaterra, a batalha contra o absolutismo consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento. Assim, enquanto na França o parlamento revestiu-se do absolutismo por meio da produção da lei, na Inglaterra a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do *common law* (Marinoni, 2009, p. 27).

Percebe-se, portanto, que os contextos francês e inglês têm pontos de interseção - luta contra o poder absolutista, garantia de direitos fundamentais a exemplo da propriedade privada, participação política e supremacia da Lei - e pontos que os diferenciam sobremaneira, em especial os limites de atuação do juiz nos dois sistemas. No francês, os juízes eram limitados a afirmar a lei e a prestação judicial deveria se restringir à mera declaração do texto legal. Marinoni (2009, p. 30) ensina que “a realização dos escopos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam a sua

confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la”.

Neste sentido, Marryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 40-41):

Antes da Revolução Francesa os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades que poderiam ser compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um desses cargos, ocupou por uma década e depois o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiavam aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média, além de se opor à centralização do poder governamental em Paris. Quando a revolução chegou a aristocracia foi derrubada e com ela caiu aristocracia de toga (Marryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 40-41).

O judiciário inglês, por sua vez, possui uma maior liberdade de interpretação, “os princípios da Revolução inglesa davam-lhe condição para controlar os atos legislativos a partir do *common law*”. Desta forma, percebe-se diferentes contextos, valores e formatações entre o poder judicial no *common law* e a história do direito continental europeu, em especial o direito francês pós-revolução (Marinoni, 2009, p. 29).

O sistema do *common law*, por sua vez, também conhecido como sistema anglo-saxão, remonta a tempos antigos. Os estudiosos indicam sua existência há mais de mil anos, a partir do século XII, ganhando força e destaque com o surgimento da *Magna Charta libertatum*, no ano de 1215, cujo principal objetivo era limitar os poderes absolutos do Rei João Sem Terra (Mollica; Oliveira, 2018).

Sobre o tema, Mollica e Oliveira discorrem:

Entre os atos odiosos praticados à época pelo Rei João Sem Terra destacavam -se o aumento de impostos em desfavor dos barões com fins de financiamentos bélicos e a recusa em receber representantes do clero, o que resultou em sua excomunhão da Igreja. Tais fatos, somados a muitas outras arbitrariedades, foram suficientes para que nobreza e clero se unissem para redigir uma grande carta (*Magna Charta*) que limitava seus poderes arbitrários. No ano seguinte ao da assinatura da *Magna Charta Libertatum* o rei João Sem Terra foi morto em batalha. Contudo, o documento jurídico foi muito importante para as liberdades civis e para o devido processo legal, além de servir de inspiração para movimentos constitucionalistas futuros (Mollica; Oliveira, 2018, p. 6).

Desta forma, no sistema anglo-saxão a fonte principal é a jurisprudência, em que juízes e tribunais utilizam-se principalmente de costumes, isto é, consuetudinário, formando um direito pragmático e pouco preocupado com as leis. E por muito tempo foi assim que o sistema *common law* vigorou (Donizetti, 2020).

Tem-se, aqui, uma ressalva, um direito advindo dos costumes, mas num sentido especial, “onde os costumes que, são fonte desse direito, não nascem do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes” (Ataíde Junior, 2011).

Além disso, não há como se confundir o *common law* com *stare decisis*. Isto é, o *common law*, entendido como os costumes gerais, foi criado e se perpetuou por muito tempo sem a noção de *stare decisis* e *rules of precedent*. Assim, muito embora o sistema do *common law* seja milenar, a “força vinculante” dos precedentes com a ideia de vincular os demais juízes só adveio num período muito posterior, mais precisamente a partir do século XIX (Mollica; Oliveira, 2018).

Sobre esse ponto, Marinoni (2009, p. 17) também ensina que:

[...] qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi* (Marinoni, 2009, p. 17).

Portanto, é importante perceber que o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, muito diferente do *common law* em sua versão antiga, que iniciou sem se falar em *stare decisis* (Marinoni, 2009).

Destarte, somente a partir do século XIX que os julgados do sistema anglo-saxão passaram a vincular os juízes e tribunais em julgamentos futuros, cuja decisão pode constituir-se um precedente para julgamento de casos. Neste ponto, Donizetti (2020) ensina que “esse respeito ao passado é inerente à teoria declaratória do Direito e é dela que se extrai a ideia de precedente judicial”. Mas, conforme visto, apenas muito tempo depois.

Das duas tradições, a mais antiga é certamente a *civil law*, cuja origem remonta a 450 a.C, com a lei das Doze Tábuas em Roma. Em termos de território, compreende a Europa Continental, América Latina inteira e parte dos continentes asiático e africano. E em termos de formação e desenvolvimento de elementos históricos, políticos e jurídicos, pode-se afirmar

que a *civil law* é o resultado do predomínio do antigo direito romano, das ideias esclarecidas, da Revolução Francesa e de seus principais fundamentos.

O direito romano foi constituído sob a base da *civil law* quando, no século VI d.C, Justiniano codifica o *Corpus Juris Civilis*. Com a queda do Império Romano no Ocidente, o direito romano também decaiu e como os invasores trouxeram com eles o seu direito, deu-se uma fusão entre o direito germânico e o romano, produzindo o que ficou conhecido como direito romano barbarizado (Nascimento, 2018).

O ressurgimento do direito romano se dá no século XI, em Bolonha, à época, o principal centro jurídico do mundo ocidental, aonde surge a primeira universidade europeia moderna, onde o direito estudado era o *Corpus Juris Civilis*, o que explica o fato de vir a se constituir na base da *civil law*. Com essa influência a se expandir pela Europa e com a ascensão dos Estados-Nação, em especial no século XIX, inicia-se as codificações na maioria dos Estados Europeus. O Código de Napoleão de 1804, na França, torna-se o principal modelo e fonte de inspiração para tantos outros. De se destacar que o conteúdo do código napoleônico era semelhante aos três livros das Institutas de Justiniano, cuja fonte primária é o velho direito romano, daí se dizer que se constituíram na parte mais antiga e basilar da tradição *civil law* (Nascimento, 2018).

Um das principais contribuições do pensamento dos Estados-Nação foi a concepção da separação dos poderes. Com a influência de intelectuais como Montesquieu, essa divisão era essencial para assegurar o equilíbrio e a independência entre eles. O propósito principal desse pensamento era evitar que o poder judiciário interferisse em funções que deveriam ser exclusivas dos outros dois poderes. A defesa da separação dos poderes está profundamente ligada à desconfiança dos iluministas em relação ao papel dos juízes durante o Antigo Regime (Nascimento, 2018).

Neste sentido:

A França do período pré-revolucionário, apesar da efervescência do racionalismo, do liberalismo, do poder econômico da burguesia, persistiu em manter a ordem econômica do feudalismo, a ordem política do absolutismo monárquico e uma ordem jurídica que tentava a todo custo manter o status quo privilegiando uma aristocracia feudal, em detrimento da burguesia (Ataíde Junior, 2011, p. 19).

É bem verdade que o perfil do juiz da *civil law* vai mudar com o surgimento das constituições rígidas e com a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis em alguns países da tradição continental. Trata-se de um processo que, como se sabe, ganha força a partir do final da Segunda Guerra mundial, quando emerge outro direito, aumenta-se os poderes do Judiciário e reduz-se o protagonismo do legislador.

Mas ainda falando da fase de formação do *civil law*, o positivismo estatal é fruto da soberania absoluta interna e externa do Estado, resultado do monopólio do processo legislativo. Além disso, a estrita separação dos poderes exige, à época, que a lei o direito sejam sinônimos.

Sobre a formação do *civil law*, João Luiz Rocha do Nascimento (2018, p. 13) destaca:

À vista do exposto, pode-se listar como fatores que contribuíram para a formação da Civil Law: a) a compilação de Justiniano; b) o fim da unidade em torno da aceitação unânime do jus commune, que prevaleceu durante o feudalismo e até início da era moderna c) a ideologia da revolução francesa, que se vê realizada na codificação; c) o surgimento do Estado-Nação, como principal e única fonte da lei (direito) (Nascimento, p. 13)

Dessa forma, a formação do *civil law* foi marcada por uma série de transformações históricas e jurídicas que influenciaram a tradição jurídica ocidental. Desde a compilação de Justiniano até a ruptura com o jus commune (característico do feudalismo), aliada ao surgimento do Estado-Nação contribuíram para a consolidação de um modelo jurídico baseado na centralidade da lei escrita.

A formação do *common law* na Inglaterra dar-se entre os anos 1066 e 1485 com domínio pelos normandos. Com a conquistas destes, a época tribal sucumbe e o feudalismo é instaurado na Inglaterra. Até então não havia um direito comum a toda a Inglaterra¹ (David, 2002). Neste período, cria-se um sistema de direito novo, comum a todo o reino, e que substitui os costumes locais (David, 2002).

¹ Tecnicamente falando, o direito inglês está limitado, no seu domínio de aplicação, à Inglaterra e ao País de Gales. Não é nem o direito do Reino Unido, nem mesmo o da Grã-Bretanha, visto que a Irlanda do Norte, por um lado, a Escócia, as Ilhas do Canal da Mancha e a Ilha de Man, por outro, não estão submetidas ao direito "inglês" (David, 2002, p. 353).

Segundo René David (2002) o feudalismo na Inglaterra é muito diferente daquele que ocorreu na França, na Alemanha ou na Itália. Deu-se de forma organizada e disciplinada de forma que o controle e o poder permaneceram com o rei. Neste sentido, o autor ensina:

E como um exército acampado na Inglaterra; o espírito de organização e de disciplina manifesta-se na redação, a partir de 1086, do *Domesday*, documento em que são referenciados os 15.000 domínios (*manurs*) e os 200.000 lares então existentes na Inglaterra. Este caráter militar, organizado, do feudalismo inglês é um dos elementos que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law* (David, 2002, p. 358).

O *common law* - que na antigamente se chamava *comune ley* (*Law French*), língua falada pelos juristas ingleses até o século XVII - é o direito inglês e comum a toda a Inglaterra. Os Tribunais Reais de Justiça, conhecidos como Tribunais de Westminster, cujo nome se dá por estarem localizados em Westminster, um distrito de Londres, desempenharam um papel crucial no desenvolvimento do sistema jurídico inglês, sobretudo na formação e consolidação do *common law* (David, 2002).

A grande diferença que separa o direito romano-germânico da família do *common law* encontra-se na própria estrutura. No *common law* não há a formação de categorias e conceitos. Ou seja, não há a classificação entre direito público e direito privado; direito civil e direito comercial; ou ainda direito administrativo. E como também não há a definição de conceitos jurídicos como se vê no direito romano-germânico, a exemplo de poder paternal, ou o de reconhecimento de filhos naturais, nem o de usufruto. Trata-se de uma estrutura completamente diferente daquela que se observa nos países continentais. E em especial, quanto ao que se entende como fontes do direito. “O direito inglês, proveniente dos processos do *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*)” (David, 2002, p. 408).

René David (2002) ensina que:

Muito diferente é, como se sabe, a situação nos direitos do continente europeu: direitos que não se tecem a partir de decisões de jurisprudência, mas cujos princípios foram elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito de Justiniano (David, 2002, p. 409).

Na visão dos juristas ingleses, as regras gerais dos códigos da família romano-germânica destinam-se mais a ser preceitos morais do que regras de direito propriamente. Ou

seja, a direito inglês parte da casuística para a resolução do litígio e não de uma regra geral e abstrata que definirá a solução dos casos futuros (David, 2002).

Outro aspecto muito importante para se compreender o *common law* inglês, são os conceitos de sistema aberto e fechado. Ao passo que os sistemas jurídicos da família romano-germânica - aqueles encontrados na maioria dos países da Europa continental, são descritos como “sistemas fechados. Vale dizer: os códigos e as leis escritas cobrem uma ampla gama de situações, permitindo que quase todas as situações, ao menos teoricamente, são resolvidas pela interpretação de uma regra jurídica existente. Por sua vez, o direito inglês não parte da ideia de interpretar códigos e leis escritos previamente. Isso significa que, em vez de aplicar regras fixas a todas as circunstâncias, os tribunais ingleses analisam os fatos específicos de cada caso, chegando em muitas das vezes, a criarem uma regra nova para a nova situação apresentada, diferente dos casos passados. A uma nova situação, deve corresponder, segundo o jurista inglês, uma nova regra. Dada essas características, é considerado um “sistema aberto” (David, 2002, p. 410-411).

Contudo, a situação está nos nossos dias modificada em larga medida. Na Inglaterra de hoje, a lei e os regulamentos (*de lege teci legislation, subordinate legislation*) já não podem ser considerados como tendo uma função secundária. A sua função é, com efeito, igual àquela que essas fontes do direito desempenham no continente europeu. No entanto, por razões de ordem histórica, essa função exerce-se de um modo diferente (David, 2002, p. 415).

Nota-se então formações históricas profundamente distintas, moldadas por suas respectivas tradições culturais e sociais. Enquanto o *civil law* tem origem na codificação do direito romano, e depois reafirmado com a Revolução Francesa, tendo como principal contribuição teórica a separação dos poderes, o *common law* se desenvolveu de maneira mais pragmática e baseada em precedentes judiciais.

2.2 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

O surgimento e desenvolvimento das tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* são muito distintas. Os juízes franceses foram alvo da Revolução de 1789, pois constituíam um grupo aristocrata que apoiava a aristocracia feudal, em detrimento dos camponeses, da classe média trabalhadora e da própria burguesia. Além disso, não conseguiam distinguir aplicação e a criação

da lei, o que frequentemente frustravam as intenções de seus elaboradores. Consequentemente, na França, a ideologia liberal ligada aos valores burgueses instalou uma crise social e econômica ao ponto de impulsionar uma nova ordem política e jurídica, superando o antigo regime feudal, com a derrubada da monarquia absoluta (e das togas). O parlamento assume o centro do poder e cria um sistema jurídico completamente novo (Ataíde Junior, 2011).

A Revolução Francesa procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições deixadas pelos povos antigos. O direito nacional tinha de ser claro e completo sem permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento, já que não havia como confiar nos juízes que até então protegiam e privilegiavam os senhores feudais e a monarquia. Além disso, havia um grande *déficit* democrático, tendo em vista que as leis criadas pelos representantes do povo não eram cumpridas, dada as interferências dos magistrados (Marinoni, 2009).

Marryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 40) aduzem:

Uma das principais forças intelectuais que impulsionaram a revolução foi o que passou a ser chamado de direito natural secular. Era um pensamento revolucionário vigorosamente antirreligioso e anticlerical. Tal concepção se baseava em certas ideias sobre a natureza do homem que encontraram expressão na Declaração de Independência dos americanos e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França. O fundamento principal desse movimento era de que todos os homens nascem iguais e têm certos direitos naturais como o direito à propriedade, à liberdade e a vida. A função do governo é justamente reconhecer e assegurar esses direitos bem como garantir um tratamento igual perante a lei. O governo deveria ser constituído por representantes eleitos. E assim por diante (Marryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 40).

Assim, a grande bandeira levantada pela Revolução Francesa de 1789 foi a luta contra o absolutismo, a substituição do rei por um outro poder absoluto, a Assembleia Soberana. O parlamento assume o centro do poder, com a competência exclusiva de criar o direito, de forma a neutralizar a atividade dos juízes, que deveriam pura e simplesmente declarar a lei. Para tanto a nova sociedade avoca usar argumentos de Montesquieu: a separação dos poderes e uma clara distinção entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, uma limitação e subordinação do Judiciário ao Parlamento, cuja composição é de representantes do povo (Marinoni, 2009).

Sobre esse ponto, Marryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 40-41) ensinam:

Um grande objetivo da Revolução Francesa foi prevenir a intromissão do judiciário em áreas reservadas aos outros poderes. Essa atitude em relação ao poder judiciário não existia nos Estados Unidos, nem antes, nem depois da Revolução Americana. O sistema de freios e contrapesos que surgiu nos Estados Unidos não enfatiza de forma especial o isolamento do judiciário, pois se origina de uma filosofia diferente daquela que produziu a rigorosa separação dos poderes costumeiramente encontrada no mundo da *civil law*. (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 41).

Na Inglaterra, diferentemente do que ocorreu na França, os juízes constituíam uma força progressiva, preocupada em proteger o indivíduo frente ao poder monárquico. Os juízes ingleses com base no direito ancestral e tradicional da nação contribuíram para a unificação do Poder e implantação da nova ordem econômica. Na Inglaterra, o *common law* se desenvolveu de forma contínua e gradativa (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009).

Neste sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 18):

Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo (Marinoni, 2009, p. 18).

O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*. Ao se afirmar que o juiz do *common law* cria o direito, não se pretende com isso equiparar sua decisão com a lei elaborada pelo Legislativo. Porém, a um só tempo, é possível argumentar que, pelo fato de a decisão ter força obrigatória, constitui direito.

Nesse ponto, Marinoni (2009, p. 22) ensina que:

O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo (Marinoni, 2009, p. 22).

Ressaltando que o fato de o precedente ser reconhecido como fonte de direito está longe de indicar que o juiz cria o direito com base em sua própria vontade.

No *civil law*, quando se dizia que cabia ao juiz apenas declarar as leis ditadas pelo legislador, o direito era compreendido exclusivamente como lei. Cabendo ao Judiciário apenas a tradução das normas gerais. A evolução do *civil law*, em especial devido a influência do

constitucionalismo, deu ao juiz um poder semelhante ao do juiz inglês submetido ao *common law* e ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. O juiz deixa de ser um serviçal da lei, assumindo um dever de aplicá-la na implementação de direitos positivados na Constituição. Na verdade, o juiz brasileiro, hoje, tem um “poder criativo” maior que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes (Marinoni, 2009).

Inclusive, quando os ordenamentos jurídicos da Europa Constitucional adotaram os “tribunais constitucionais” - a exemplo da Alemanha, Itália, Espanha e Áustria - buscava-se reafirmar a regra da separação dos poderes, deixando-se claro que o controle de constitucionalidade não era de competência, nem função do judiciário ordinariamente, mas tão somente por um corpo formado por membros especial e especificamente selecionados (Marinoni, 2009).

Acontece que, a concepção dogmática de que o direito seria tão somente o produto do Legislativo - calcada na ideologia da Revolução de 1789, em especial no dogma da separação dos poderes - com o surgimento do constitucionalismo, desenvolve-se uma nova espécie de fonte do direito no *civil law*: ao permitir que o juiz invalide uma lei em conflito com a constituição, supera-se o dogma da separação dos poderes e possibilita que o juiz também participe da criação do direito (Brito; De oliveira, 2008).

Um direito muito diferente daquele que defendeu Montesquieu (2000, p. 130):

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor (Montesquieu, 2000, p. 130).

Assim, caberia apenas ao Legislativo o poder de criar o direito. A prestação jurisdicional se resumiria à mera declaração da lei, e por sua vez, o executivo incumbido de executar as decisões judiciais. Para tal desiderato, “a legislação deveria ser clara e capaz de dar regulação a todas as situações conflitivas. Os Códigos deveriam ser claros, coerentes e completos”. Outra característica deste pensamento é o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio (Marinoni, 2009, p.33).

A codificação, por si só, não é capaz de explicar a diferença entre o *common law* e o *civil law*. Não se pode assumir que o *civil law* se define pelos Códigos e pela tentativa de criar uma legislação completa, enquanto o *common law* seria o oposto. No *common law*, há também uma grande produção legislativa e a presença de vários Códigos. A verdadeira distinção entre os “sistemas” está no significado dado aos Códigos e na função que os juízes desempenham ao utilizá-los (Brito; De oliveira, 2008).

No *common law*, os Códigos não buscam limitar o raciocínio do juiz; por isso, não têm a preocupação de incluir todas as regras para resolver conflitos. Isso se deve ao fato de que, no *common law*, nunca se acreditou ou houve necessidade de acreditar em um Código que eliminasse a possibilidade de interpretação judicial, aceitando-se que os juízes no *common law* têm o poder de interpretar a lei. Assim, a principal diferença em relação aos Códigos entre o *civil law* e o *common law* está no valor e na ideologia subjacentes a eles. É fundamental observar a diferença entre a história do poder judicial no *common law* e a história do direito no continente europeu, especialmente os fundamentos do direito francês pós-revolução. Na Inglaterra, ao contrário da França, os juízes não apenas atuaram como uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e limitar os abusos do governo, mas também desempenharam um papel crucial na centralização do poder e na superação do feudalismo (Marinoni, 2009; Brito; De oliveira, 2008).

É possível concluir que Inglaterra e França possuem características próprias. Como foi possível conferir, na Inglaterra, os juízes tinham uma confiança e credibilidade, e contribuíram para a criação de um sistema jurídico fortalecido. Já na França, a Revolução Francesa buscou uma ruptura com a ordem social, jurídica e económica do antigo regime (feudalismo).

2.3 CAUSAS DE APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Segundo o ideário revolucionário francês, a lei seria imprescindível para o exercício da liberdade e da igualdade. Por esse motivo, a certeza jurídica seria indispensável às decisões judiciais. Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. O próprio Montesquieu advertia que se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei (Montesquieu, 2000).

O temor de um “gouvernement des juges” pairava como uma sombra sobre as reformas francesas pós-revolucionárias, lançando seus matizes sobre o processo de codificação. A ênfase na completa separação dos poderes, com todo o processo legislativo alocado na legislatura eleita, foi uma forma de assegurar que ao judiciário seria negado o poder de elaborar o direito. A experiência com as cortes do período pré-revolucionário provocara nos franceses preocupações de que os juízes pudessem ditar o direito sob o disfarce da interpretação jurídica. Em razão disto, alguns autores argumentavam que se deveria negar aos juízes até mesmo o poder de interpretar a legislação (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 56).

Na história moderna, Frederico, o Grande, na Prússia, teve a pretensão de criar leis que previssem toda e qualquer situação do cotidiano e, no final do século XVIII, criou um código com mais de 17.000 artigos (o Código Napoleônico obteve 2.281 artigos). O objetivo era de que tal código fosse um catálogo completo de soluções, disponíveis aos juízes para que estes pudessem enfrentar qualquer caso perante sua alçada, sem a necessidade ou possibilidade de interpretação por parte dos juízes. Em caso de dúvida, eles deveriam recorrer a uma comissão especial de consulta. Tal pretensão de Frederico foi considerada um fracasso (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009).

A legalidade estrita, geral e abstrata, tão professada na Revolução Francesa, fruto dos ideais de democracia e da absoluta separação dos poderes, não sobreviveu às intempéries dos acontecimentos históricos. A ideologia revolucionária pressupunha que a legislação sistematizada seria clara completa e coerente ao ponto de ser capaz de prevê todo e qualquer situação, proibindo o juiz de qualquer ato de interpretar (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009).

Se somente o legislativo podia fazer as leis e apenas judiciário poderia aplicá-las, a legislação tinha de ser completa, coerente e clara. Se os juízes eram chamados a decidir um caso para o qual não havia previsão legislativa, eles iriam na prática produzir o direito e em consequência violar o princípio da separação dos poderes. Por isso a necessidade de o legislativo produzir um código sem lacunas. Da mesma forma se houvesse disposições contraditórias no código os juízes iriam produzir o direito ao escolher um dispositivo em detrimento de outro para aplicar a determinado caso, e por isso não poderia haver dispositivos conflitantes. Finalmente, se aos juízes fosse permitido decidir qual significado atribuir a disposições ambíguas ou obscuras, eles estariam novamente produzindo direito. Esta é a razão pela qual código tinha de ser claro. (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009).

Ainda segundo Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 73-74):

O dogma de que um código pode ser completo e coerente não resiste a uma rápida consulta à jurisprudência (o termo utilizado nos países da civil Law para designar o conjunto de decisões judiciais). Os compêndios estão cheios de decisões nas quais as cortes têm que preencher vazios legislativos e conciliar estatutos legais aparentemente conflitantes. Embora o texto de uma norma legal permaneça inalterado, o seu significado e aplicação com frequência mudam em resposta às pressões sociais, e novos problemas surgem sem que sequer tenham sido tangenciados pela legislação preexistente. O ideal de certeza da lei se torna intangível diante do fato de que existe incerteza na vida real, onde a determinação dos direitos das partes frequentemente depende dos resultados do litígio. A necessidade que os juízes têm em interpretar e aplicar as leis não é facilitada por uma legislação clara, completa, coerente e previdente. Assim como ocorre com os juízes da common law, eles estão engajados em um processo vital, complexo e difícil. Eles devem aplicar normas legais que raramente, ou nunca, são claras no contexto do caso, a despeito de parecerem claras em abstrato. Eles precisam preencher lacunas e resolver conflitos do arcabouço legislativo. Eles devem adaptar a lei a condições cambiantes (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009, p. 73-74).

A distinção entre os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law* é um dos conceitos mais utilizados no discurso jurídico. Ao redor do mundo, as alegadas diferenças entre *common law* e *civil law* são usadas para promover ou se opor a reformas jurídicas. A atenção a esse tema é compreensível, considerando tudo o que se acredita que a distinção entre *common* e *civil law* representa (Spamann, 2024).

Diante da impossibilidade de previsão absoluta e completa de todas as situações possíveis, a concepção dogmática sobre norma jurídica foi fortemente impactada pelo constitucionalismo cuja principal característica consiste na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. Além disso, na medida em que um juiz ou tribunal pode decidir que uma norma legal é nula porque está em conflito com a constituição, o dogma da escrita separação dos poderes legislativo e judicial é relativizado (Merryman; Pérez-Perdomo, 2009).

A Constituição, dotada de eficácia normativa, assume o centro do ordenamento, e as leis passam a se subordinar a ela. A legislação, agora, encontra seus limites e contornos nos princípios constitucionais, o que implica sua legitimação não apenas formal, mas também substancialmente vinculada aos direitos positivados na Constituição. Nesse contexto, a visão anterior que delimitava os direitos através da legislação, cede espaço para a compreensão de que as leis devem, imperativamente, estar alinhadas aos direitos fundamentais (Marinoni, 2009; Brito; De Oliveira, 2008).

Neste sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (2011, p. 39-40) acrescenta:

O constitucionalismo provocou profundas transformações no civil law, aproximando-o bastante do common law. É que, a partir do momento em que a lei perdeu a supremacia, submetendo-se à Constituição, a atividade do juiz das famílias romano-germânicas se tornou bem parecida à dos seus colegas ingleses e norte-americanos, que controlam a lei a partir do Common Law e da Constituição, respectivamente (Ataíde Junior, 2011, p. 39-40).

A Constituição relativizou os dogmas da supremacia da lei e da estrita separação dos poderes. Ao estabelecer critérios para a avaliação da validade das leis, a Constituição promoveu uma mudança significativa na interpretação e aplicação do direito. Este novo paradigma é essencial para a compreensão da função dos diversos atores jurídicos e políticos no cenário contemporâneo (Bobbio, 2020).

O constitucionalismo impôs uma releitura dos dogmas da Revolução Francesa. Em particular, as mudanças e impactos gerados pela adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade acabaram por aproximar as duas grandes famílias do direito. Esse fenômeno é significativo, pois o sistema de controle difuso trouxe desafios que impulsionaram uma reavaliação das tradições jurídicas predominantes, promovendo uma maior integração entre o *civil law* e o *common law*. A harmonização das práticas jurídicas e a adoção de mecanismos comuns de controle de constitucionalidade são resultados dessa convergência, refletindo uma evolução contínua do constitucionalismo e a superação de barreiras históricas, fortalecendo o diálogo entre distintas tradições jurídicas (Ataíde Junior, 2011; Bobbio, 2020).

Os sistemas de controle de constitucionalidade das leis são amplamente conhecidos e podem ser classificados em dois principais modelos: o sistema difuso cujo controle é atribuição de todos os órgãos judiciais exercendo de forma incidental. E o controle concentrado em que a análise de compatibilidade se concentra em um único órgão (Cappelletti, 1992; Canotilho, 1998).

O sistema de controle de constitucionalidade difuso está diretamente associado ao modelo adotado nos Estados Unidos, enquanto o sistema concentrado tem suas origens no modelo austríaco, que foi desenvolvido com a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, fruto de um projeto elaborado pelo jurista Hans Kelsen, da Escola Jurídica de Viena, a pedido do governo. Sistema que mais tarde foi restaurado na Áustria com a Emenda Constitucional de 1929 (Cappelletti, 1992).

Ainda segundo Cappelletti (1992), o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (difuso) muito influenciou países tanto do continente europeu, como das Américas do Norte e do Sul, da África, da Ásia e da Oceania. O mais interessante é que muitos desses países pertenciam à tradição romano-germânica. Na Europa, pode-se mencionar, como países que sofreram influência do sistema de controle difuso norte-americano, a Suíça, a Noruega, a Dinamarca e, no que mais interessa aos fins do presente estudo, a Alemanha, na época da Constituição de Weimar, e a Itália, nos anos de 1948 a 1956. Para além do velho continente, como influenciados pelo sistema norte-americano, citam-se as ex-colônias inglesas (Canadá, Austrália e Índia), o Japão e o Brasil, em sua Constituição de 1891.

Depois da queda dos regimes autoritários no século XX, a exemplo da Itália, acolheu-se uma Constituição que proclama as liberdades civis e os direitos sociais, além de garantir independência aos juízes para, além da rígida aplicação literal da lei, implementarem programas sociais previstos na Constituição. Outra observação é o fato de que nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se particularmente lento, obstruído e pesado, forçando, por consequência, o aumento do grau de criatividade da função judiciária. (Cappelletti, 1993; Canotilho, 1998).

Neste sentido, Marinoni (2009, p. 42):

O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no civil law. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à “magistratura ordinária”, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos (Marinoni, 2009, p. 42).

Importante destacar ainda que quando se tratar de julgamento em sede de tribunal, deve-se respeitar a regra da reserva de plenário constituída no art. 97 da Constituição Federal de 1988, que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Assim, um juiz singular pode afastar a aplicabilidade de uma lei ao considerá-la inconstitucional. Diferentemente do que ocorre com os órgãos fracionários do tribunal (por exemplo, uma turma), que somente pelo tribunal pleno ou órgão especial, com a exceção de já existir decisão desses ou do plenário do STF, conforme previsto no parágrafo único do art.

949, do CPC: os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Ainda quanto ao procedimento, no controle difuso, o professor Elpídio Donizetti (2020) traz outro ponto importante:

No controle difuso, o pronunciamento do plenário ou do órgão especial irá se restringir à análise da inconstitucionalidade da lei em tese, sendo o julgamento do caso concreto feito pelo órgão fracionário, que ficará vinculado àquele pronunciamento. Neste caso, ocorre uma divisão horizontal de competência funcional entre plenário (ou órgão especial), a quem cabe decidir a questão da inconstitucionalidade em decisão irrecorrível, e órgão fracionário, responsável pelo julgamento da causa. Esse procedimento é denominado pela doutrina de cisão funcional de competência. (Donizetti, 2020, p. 1.130).

Quando aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, eles podem ser *ultra partes* ou *erga omnes*. Quando a inconstitucionalidade é apreciada em sede de recurso extraordinário pelo STF - isto é, não se trata de ação direta, mas de arguição incidental, difusa - o art. 52, inciso X, prevê uma comunicação ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. E uma vez “suspensa” a decisão - que neste caso teria efeitos apenas entre as partes - passa a ter efeitos *erga omnes*.

Acontece que desta suspensão da execução da lei pelo Senado Federal surgiu uma tese de “objetivização do controle subjetivo” ou “abstrativização do controle difuso”, ou seja, dando-se uma nova interpretação à regra esculpida no art. 52, X, da Constituição Federal, o papel do Senado Federal limitar-se-ia a conferir publicidade à decisão proferida em sede de controle difuso, de certo que, a própria decisão do STF, mesmo em âmbito de controle incidental, passaria a ter eficácia vinculante geral (*erga omnes*).

Neste toar:

[...] se o STF, em sede de controle incidental, declarar, em definitivo, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá, por si só, efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa apenas para que se publique a decisão no Diário do Congresso (Donizetti, 2020, p. 1.132).

Esse mesmo autor ensina ainda que o que ocorreu com o art. 52, X, da Constituição Federal foi uma “mutação constitucional”, fenômeno que consiste no processo informal de alteração da constituição, sem mudança textual, em que a mudança ocorre no campo da semântica (da interpretação) do texto, em decorrência de fatores sociais, históricos e valorativos. A tese da “do controle difuso” tem sido debatida pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem consenso, na medida em que se admite a possibilidade de atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes em controle incidental de constitucionalidade, atribuindo-se o papel do Senado Federal, fazendo valer o inciso X, do art. 52, de mera publicidade (Donizetti, 2020).

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015, em seu § 5º, do art. 535 reforça ainda mais essa tese:

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

O ordenamento jurídico brasileiro não para por aí, ainda permite as técnicas da “interpretação conforme a constituição” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, a disposição do Poder Judiciário, conforme prevê o parágrafo único do art. 28, da lei 9.868 de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Decerto, os sistemas de controle de constitucionalidade - seja o difuso, concentrado ou misto - provocaram uma grande aproximação entre as famílias do *civil law* e do *common law*. O Estado Social (*Welfare State*), as Constituições Programáticas e a intensa produção legislativa tornaram-se campo fértil ao “direito judiciário” e à aproximação dos dois grandes sistemas - *Common Law* e *Civil Law* (Ataíde Junior, 2011).

O fato é que, apesar das diferentes origens, os sistemas contemporâneos *common law* e *civil law* atualmente compartilham mais semelhanças que diferenças. O uso do precedente não é exclusivo do *common law*. Muitas jurisdições de *civil law* também utilizam precedentes e elementos daquele sistema (Spamann, 2024).

Mas sem deixar de ressaltar que a comparação entre os sistemas do *common law* e do *civil law* enfrenta muitos desafios metodológicos. Uma dificuldade principal é a complexidade e diversidade interna de cada sistema jurídico, além das mudanças que ocorrem ao longo do tempo. Outro ponto de dificuldade são as categorias frequentemente utilizadas para distinguir os sistemas as quais nem sempre são claras e facilmente observáveis (Spamann, 2024).

A importância do precedente é evidente em países de *civil law*, como França ou Alemanha. O precedente é uma parte indispensável e significativa do direito nesses países, a ponto de ser impensável para os profissionais ignorá-lo. Em particular, os tribunais inferiores seguem as decisões dos tribunais superiores praticamente sem exceção. Nas decisões dos tribunais superiores, as citações a precedentes foram consideradas tão frequentes na Alemanha quanto na Inglaterra ou nos Estados Unidos (Spamann, 2024).

Cappelletti (1993) neste ponto aduz que:

O próprio Bentham, na verdade, era consciente que nem mesmo a completa codificação teria eliminado inteiramente do caminho o direito judiciário. Mas o que ele nunca poderia talvez prever foi que, paradoxalmente, justamente na época que se lhe seguiu, e especialmente no século XX, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo - ocorrido tanto nos países de "Common Law" quanto nos de "Civil Law" - , constituiu, como veremos, uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou "jurisdicional" e, assim, do papel criativo dos juízes (Cappelletti, 1993, p. 18).

Isso porque mesmo as leis mais claras permitem, invariavelmente, uma margem para a interpretação por parte dos juízes. Esse espaço para interpretação torna-se ainda mais suscetível com a expansão desordenada da legislação, além do surgimento de normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. O estado do bem-estar social (*Welfare State*) se apresenta como um "estado legislativo", evoluindo para um "estado administrativo" ou "estado burocrático" (Cappelletti, 1993).

O precedente é essencial para o desenvolvimento estável do direito, uma vez que o direito em geral, e os estatutos em particular, são necessariamente incompletos (Spamann, 2024).

Nesse sentido os ensinamentos de Cappelletti (1993, p. 133):

Com referência a essas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação à seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas (Cappelletti, 1993, p. 133).

A legislação de *welfare* com finalidade social também é outro ponto de convergência entre os sistemas, segundo Cappelletti. O caráter dessa legislação é de produzir transformações sociais. Muito diferentes das leis mais antigas que tinham uma técnica legislativa tradicional. Agora, as leis não só trazem regras de conduta, como também dispõem da criação de entes sociais e instituições. Com essa característica e a intensidade das intervenções públicas, a atividade legislativa ganham essa posição de protagonismo, que fez emergir um novo tipo de legislação: leis que indicam finalidades e princípios com uma margem de maleabilidade (Cappelletti, 1993).

E essa é uma realidade que a legislação social ou de *welfare* impõe ao estado superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser um “gendarme” ou “*night watchman*”. Muito do contrário, o estado social deve promover a técnica de controle social, que os cientistas políticos chamam de *promocional*, com prescrição de programas de desenvolvimentos futuros, ao invés de escolher, como é típico da legislação clássica, entre certo e errado (Cappelletti, 1993).

Sobre essa característica e falando da experiência na Itália, mais exatamente entre 1948 e 1956, nos anos da entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional, Cappelletti ensina (1993, p. 42):

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar (Cappelletti, 1993, p. 42).

É neste contexto que se propicia a atuação criativa dos juízes na interpretação e aplicação dos direitos sociais. Intensifica-se a atividade judiciária, com elevado grau de discricionariedade e criatividade, pelo fato de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço para a discricionariedade nas decisões judiciais. “Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (Cappelletti, 1993, p. 42).

Outro fator que influencia na aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law* é a existência de cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

E é importante lembrar que vigorava no *civil law* o *princípio da tipicidade das formas processuais*. Mas as cláusulas gerais surgem na Alemanha no período pós-Primeira Guerra. Aqui, Ataíde Junior (2011, p. 49) apresenta importante registro histórico:

Nesse período, como é de amplo conhecimento²⁵, uma elevadíssima inflação assolou a Alemanha, causando imensuráveis prejuízos aos credores de contratos a preço certo, tendo em vista a considerável defasagem da moeda. Foi nesse contexto que o Judiciário, chamado a intervir com vistas a equilibrar as situações iníquas advindas da crise econômica, encontrou a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais, com base em apenas três artigos (arts. 138, 242 e 826) - quase não utilizados - do Código Civil Alemão (BGB) de 1896, que mais tarde ficaram conhecidos como famous three (Ataíde Junior, 2011, p. 49).

Judith Martins-Costa (2018, p. 303) apresenta uma noção de cláusula geral, do ponto de vista de técnica legislativa, em que esta se constitui “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”.

De acordo com Humberto Ávila (2018), o silogismo subsuntivo, próprio da Modernidade e do Positivismo jurídico do século XIX, onde vigorava o dogma da estrita aplicação da lei, é imprestável para se lidar com cláusulas gerais, que exigem uma construção de sentido diante do caso concreto.

Marcus Firmino Santiago (2012, p. 232) ensina que:

Hoje já se tornou lugar comum falar na mudança paradigmática sofrida pelo Direito ao longo do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, momento de marcante transformação para o pensamento jurídico do mundo ocidental. Alterações legislativas profundas - tanto constitucionais quanto infraconstitucionais,

tanto internas quanto internacionais - vieram na esteira de uma nova forma de pensar o Direito, enxergando-o a partir do ser humano, seu objeto central de preocupação (Santiago, 2012, p. 232).

A positivação na Constituição dos valores sociais confere e enumera os direitos fundamentais, em especial destaque o metaprincípio: a dignidade da pessoa humana. E a irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico coloca o intérprete diante do dever de assegurar a plena expressão daqueles, pelo que se vê compelido, naturalmente, a reler os textos legislativos buscando adequá-los à realidade constitucional. Neste papel de aperfeiçoar o diálogo entre o sistema jurídico infraconstitucional e as normas constitucionais, o intérprete desenvolve a “atividade criadora” dos aplicadores do Direito. Essa transição decorre da mudança de compreensão do Positivismo Jurídico, mudando-se a compreensão da normativa jurídica (Ávila, 2018).

Desta forma, a atividade hermenêutica traz consigo a tarefa de busca pelos valores que devem ser concretizados, cabendo ao intérprete identificar os sentidos mais adequados que podem ser conferidos aos textos legais, capazes, assim, de viabilizar a plena expressão daqueles (Ávila, 2018; Cappelletti, 1993).

Neste contexto não é mais suficiente o resultado do *legislador histórico*. Incumbe ao intérprete dialogar com os textos jurídicos, com a finalidade de conciliar dispositivos legais com valores constitucionais e assim dar vida às normas jurídicas constitucionais. Noutros termos, a hermenêutica deixa de ser mero espaço de reprodução e assume a tarefa de construir os sentidos possíveis dos textos legais.

Não há um sentido imanente à lei, pois isto seria admitir um sentido-em-si-mesmo dos textos jurídicos. Ou seja, a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto legislativo. As normas jurídicas não se colocam perante os intérpretes como projetos prontos e acabados. É do diálogo entre o intérprete e texto, de onde emerge, então, a norma jurídica concretizada (Streck, 2014).

Ainda segundo Lenio Streck (2014, p. 195):

Mesmo quando o juiz aplica ‘literalmente’ a lei, estará interpretando, uma vez que, primeiro, estará em pleno exercício da jurisdição constitucional, porque, ao aplicar a

lei, o faz eis que esta passou pelo filtro da Constituição; segundo, porque em face do texto legal há sempre um contexto (Streck, 2004, p. 195).

Desta forma, é possível concluir que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo do juiz, na medida em que é provocado a intervir na construção do sentido da norma. Advertindo, apenas que quando do tratamento de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados possa encontrar um ponto de equilíbrio, a fim de que o juiz construa o sentido da norma diante do caso concreto e, a um só tempo, garanta segurança, previsibilidade e isonomia.

Os países de civil law, a exemplo do Brasil, vêm adotando amplamente a técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Seus juízes estão exercendo funções bem próximas às dos juízes do *common law*, de forma que a presença de cláusulas gerais nos sistemas de *civil law* constitui-se em mais uma importante justificativa para a adoção da doutrina do *stare decisis* (Ataíde Junior, 2011).

Assim, é possível perceber que mesmo em se tratando de tradições distintas, o *civil law* e o *common law* não estão isolados um do outro e como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas (Spamann, 2024).

O processo de valorização da jurisprudência e das decisões judiciais, de um modo geral, é uma das formas de demonstração da aproximação entre as tradições *civil law* e *common law*. O Brasil está passando por um processo de *commonlização* do direito, sendo o CPC de 2015 a prova mais acabada desse processo, a julgar pela redação do artigo 927, que introduz um sistema de precedentes no direito brasileiro (Barroso, 2016).

A criação do sistema de precedentes é o resultado da ascensão do Judiciário na CF/88, do acesso à justiça, da jurisdição de massa, da evolução da jurisprudência e sua valorização por meio de normas infraconstitucionais, aliado ao avanço do controle de constitucionalidade e da indiscutível aproximação entre as duas tradições jurídicas ocidentais, que, de um lado produz cada vez mais legislação (*common law*) e de outro valoriza cada vez mais as decisões judiciais (*civil law*).

3. CRITÉRIOS DE EXISTÊNCIA DE UM SISTEMA JURÍDICO

3.1 O CONCEITO DE SISTEMA DE NORMAS DE HANS KELSEN

Em seu livro *Teoria pura do Direito*, Kelsen investiga os elementos que constituem o Direito e os elementos de validade do ordenamento jurídico. O conceito principal de sua teoria é que a norma que serve como fundamento de validade para outra norma é uma norma superior. No entanto, a busca pelo fundamento de validade de uma norma não pode se estender indefinidamente. Logo, a norma mais elevada tem de ser *pressuposta*, e não pode ser posta. Desta forma, a sua validade não deriva de uma norma e, portanto, sua validade é inquestionável. Essa norma pressuposta é designada como norma fundamental (Kelsen, 1998; Bobbio 2016).

Em suas palavras,

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (Kelsen, 1998, p. 136).

Essa norma, considerada como norma fundamental, não apenas estabelece o fundamento de validade, mas também determina o conteúdo de validade das normas que dela derivam por meio de uma operação lógica. Um conjunto de normas cujo fundamento e conteúdo de validade são deduzidos dessa norma pressuposta (Bobbio, 2016).

Ademais, a norma fundamental limita-se a fixa a regra de conformidade com a qual as demais normas deste sistema devem ser criadas. “A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica” (Kelsen, 1998, p. 138).

A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade do sistema e das normas inferiores. Uma norma jurídica não possui validade devido ao seu conteúdo específico, ou seja, não é válida porque seu conteúdo pode ser constituído logicamente. Sua validade decorre do fato

de ter sido criada segundo uma forma determinada por uma norma fundamental pressuposta. Esse é o motivo pelo qual essa norma integra a ordem jurídica. Para compreender a norma fundamental, é preciso reconhecer sua ligação com uma Constituição específica, estabelecida de forma efetiva por costume ou estatuto, e dotada de eficácia geral (Kelsen, 1998).

A unidade lógica da ordem jurídica também é um elemento central da teoria de Kelsen. Se a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a determinada ordem jurídica, ela constitui a *unidade* na pluralidade destas normas, pressupondo-se que tal ordem não possui contradições e no caso de conflitos de normas devem ser resolvidos pela via da interpretação (Kelsen, 1998).

A validade e a eficácia também são temas de atenção da teoria de Kelsen. A norma jurídica encontra sua validade não apenas na sua eficácia prática, mas na relação intrínseca entre o deve-ser e a realidade. Kelsen vai afirmar que embora uma ordem jurídica deva ser eficaz para manter sua validade, a eficácia por si só não é suficiente para justificar a existência do Direito. A norma fundamental, como fundamento principal do sistema jurídico, é o elemento de validade das normas derivadas e que estabelece a estrutura formal que confere legitimidade às normas jurídicas, as quais devem ter compatibilidade com uma Constituição afetiva e eficaz (Kelsen, 1998; Bobbio, 2016).

Também é neste sentido: “para Kelsen, a obrigatoriedade da ordem jurídica deriva de um pressuposto lógico-transcendental (que chama de Norma Hipotética Fundamental). Esse pressuposto é a base do ordenamento jurídico, mas não pertence a ele” (Machado, 2005, p. 25).

Nas palavras do próprio Kelsen (1998, p. 148-149):

No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão (Kelsen, 1998, p. 148-149).

É importante destacar que a validade de uma norma jurídica não é imediatamente comprometida pela falta e aplicação em casos isolados. Uma norma jurídica é considerada

válida quando suas normas são observadas e aplicadas. No entanto, se uma norma permanece por muito tempo sem aplicabilidade prática ou não é respeitada por muito tempo, perde-se a validade por desuso (*desuetudo*). “A *desuetudo* é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente”. Apesar da eficácia ser uma condição necessária, ela não deve ser confundida com a própria validade jurídica. É possível haver normas válidas e mesmo assim serem ineficazes (Kelsen, 1998, p. 149).

Assim, segundo Kelsen, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais, ligadas entre si, cuja criação de toda e qualquer norma pertence a esse sistema, que por sua vez tem validade na norma fundamental pressuposta, uma vez que uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é concebida em conformidade com uma outra norma superior desta mesma ordem jurídica (Bobbio, 2016).

No que se refere a jurisprudência, a Teoria Pura do Direito de Kelsen atribui à decisão judicial um caráter constitutivo. Kelsen (1998, p. 165-166) aduz que:

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente (Kelsen, 1998, p. 165-166).

Para Kelsen, uma decisão judicial não possui um caráter meramente declaratório. O juiz não se limita a identificar e declara o Direito já existente. A função do tribunal vai além de uma simples descoberta do Direito. A tarefa do juiz envolve determinar a norma geral que deve ser aplicada ao caso concreto. No entanto, tal definição não é uma tarefa simplesmente declaratória. Trata-se de um ato constitutivo, que cria e concretiza a norma jurídica em determinado contexto específico, através da decisão judicial. Portanto, o papel do magistrado ao interpretar o Direito e adaptá-lo ao caso concreto exerce o papel de criador do Direito (Kelsen, 1998).

Essa natureza constitutiva reflete a dinâmica da atividade judicial, na medida em que o Direito não é apenas declarado, mas moldado e efetivado de acordo com as particularidades do caso. A decisão judicial contribui para o desenvolvimento do ordenamento jurídico e construção do Direito, indo além da mera aplicação de normas já existentes.

Partindo da ideia de completude do ordenamento jurídico, Kelsen defende que não haveria, necessariamente, lacunas no Direito. Caso não haja uma norma geral específica que regule expressa e positivamente uma conduta específica, tal conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente. “O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido” (Kelsen, 1998, p. 169).

Ainda segundo a Teoria Pura do Direito de Kelsen, é possível encontrar a ideia de que um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, tenha a competência de criar normas gerais por meio de precedentes vinculantes - quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão do de casos idênticos. Ele chega a afirmar que “o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, tal-qualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar” (Kelsen, 1998, p. 175).

O conceito de *ratio decidendi* como se entende atualmente, também foi apresentado por Kelsen quando ele afirma que:

Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a “igualdade” de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais - tal como, na verdade, também dois fatos que representam o mesmo delito não coincidem em todos os pontos mas apenas em alguns pontos essenciais. Porém, a questão de saber em que pontos têm de coincidir para serem considerados como “iguais” apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal (Tatbestand), fixando os seus elementos essenciais (Kelsen, 1998, p. 175).

Portanto é com a identificação daquilo que ele chamou de “hipótese legal” prevista no precedente que se pode constatar que dois casos são iguais, e que conseqüentemente a decisão do precedente possa ser vinculante para os demais casos “iguais”.

Assim, a função criadora do Direito dos Tribunais existe quando ele recebe competência para produzir normas gerais através de decisões com força de precedentes vinculantes conferindo um alargamento da função criadora do Direito. E se aos tribunais é conferido o poder de criar normas gerais (com o uso dos precedentes vinculantes) em concorrência com o órgão legislativo tem-se o que Kelsen chamou de “descentralização da função legislativa” (Kelsen, 1998, p. 175).

Ele ainda arremata,

Os tribunais criam Direito, a saber - em regra - Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica (Kelsen, 1998, p. 178).

Portanto, é possível concluir que a Teoria Pura do Direito de Kelsen foi importante para o ensino jurídico na medida em que desenvolve uma teoria de um sistema normativo autônomo e com cientificidade, estruturado em um conjunto de normas organizadas hierarquicamente, cuja validade se fundamenta na norma fundamental, pressuposta. Em que a validade do Direito não está ligada à moralidade, mas a conformidade com as regras e processos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico. Além disso, a função do intérprete, como juízes e tribunais, é central na Teoria de Kelsen quando reconhece o papel criativo do Direito ao adaptar a norma geral ao caso concreto. Assim é evidente a sua contribuição teórica que continua a influenciar o pensamento jurídico contemporâneo.

3.2. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann pretende ser universal, capaz de abarcar tudo o que existe, tornando-se uma teoria geral da sociedade. Para tanto, mostra-se complexa e abstrata, mas que existe um encadeamento de ideias capazes de construir uma estrutura aplicável a toda sociedade. Luhmann utilizou conceitos decorrentes de outras áreas do conhecimento como a ciência, biologia, tecnologias inovadoras, como a cibernética e a neurofisiologia (Kunzler, 2007). Neste sentido, Oliveira (2021, p. 12),

Para compor sua própria teoria, Luhmann estudou os teóricos que tratavam dos sistemas, não apenas no âmbito da sociologia, mas de outras áreas de conhecimento com a física, a biologia e a cibernética, utilizando-se assim de um verdadeiro método interdisciplinar (Oliveira, 2021, p. 12).

Para ele os tradicionais conceitos da sociologia não mais conseguiam resolver os problemas da sociedade contemporânea. Precisaria de novos conceitos para explicar a complexidade da sociedade moderna, que tem como características o indeterminismo, a entropia, a imprevisibilidade, a incerteza e as possibilidades, tendo como consequência o caos

(Castells, 2013). Assim, preocupada com a complexidade do mundo, a teoria sistêmica tenta explicar que é possível nascer a ordem do caos (Kunzler, 2007).

Neste mesmo sentido,

A proposta teórica de Luhmann não denota aquela leitura do sistema como um elemento de unicidade e estabilidade, muito do contrário, o próprio sociólogo aponta a complexidade e a contingência como elementos indissociáveis do sistema social, presentes no contexto da sociedade contemporânea, para além dos desafios da soberania interna dos estados (Oliveira, 2021, p. 13).

E um sistema pode ser considerado complexo quando contém mais possibilidades do que pode realizar num dado momento. As possibilidades são tamanhas que o sistema se vê obrigado a selecionar algumas delas, para que possa continuar em operação. E à medida que gera novas possibilidades de relações, a complexidade proporcionalmente também aumenta. Mas não mais que o ambiente, que é sempre mais complexo por conter maior número de elementos. E diferentemente deste, o sistema pode fixar seus próprios limites, limitando suas possibilidades no seu interior (Kunzler, 2007).

Ainda segundo essa doutrina,

Todavia, a tendência é de que num ambiente mais complexo o sistema também se torne mais complexo, ainda que não na mesma proporção. Sob um outro ângulo, pode-se concluir que o aumento da complexidade de um sistema estimula o aumento da complexidade de outros sistemas que o observam, quando aquele estiver na condição de entorno destes. É importante considerar que a complexidade do sistema é uma construção sua que, em hipótese alguma, pode ser considerada um mero reflexo do ambiente, pois, se assim fosse, haveria uma dissolução dos seus limites e, com isso, a morte do próprio sistema (Kunzler, 2007, p. 125).

Isto é, o ambiente apresenta para o sistema inúmeras possibilidades, que surgem outras, o que aumenta a desordem e a contingência. O sistema, por sua vez, seleciona apenas algumas dessas possibilidades, cria seu próprio código/signo, produzindo a si mesmo (autopoiéticos), tonando o ambiente menos complexo, segundo sua própria perspectiva. “Se selecionasse todas elas, não sobreviveria. Deve simplificar a complexidade para conseguir se manter no ambiente”. Ou seja, o Direito, por exemplo, analisa todos os fenômenos como se fossem exclusivamente jurídicos (Kunzler, 2007, p.125).

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann destaca os sistemas autopoieticos, sistemas vivos, psíquicos e sociais, com uma atenção especial para esse último, cujo objetivo foi desenvolver uma teoria que explicasse toda a sociedade. Esses sistemas se autossustentam e são autorreferentes e operam de forma fechada em relação ao ambiente externo, que pode irritar o sistema, obrigando-o a autorreproduzir-se. A própria irritação faz parte do sistema.

A comunicação ocorre quando a informação, mensagem e compreensão são identificados. Salientando que a comunicação pode ocorrer ainda que a informação selecionada não seja identificada com exatidão (ruído). “Tem-se a comunicação ainda que a informação selecionada não corresponda à informação emitida; em outras palavras, ainda que haja um mal-entendido, o importante é que se compreenda algo” (Kunzler, 2007, p. 131).

O sistema reelabora suas estruturas a partir de estímulos da comunicação. No ambiente as informações fazem referências ao entorno (heteroreferência, já os sistemas as mensagens fazem referência a ele mesmo (autoreferência). Neste sentido,

As comunicações estão sujeitas a serem aceitas ou recusadas. Cada evento comunicativo contém uma bifurcação que apresenta as possibilidades de aceitação ou recusa, abrindo ou fechando o sistema. A autopoiese do sistema social se dá a medida em que comunicações conectam-se a novas comunicações. Se não houvesse a produção sucessiva de comunicações, os sistemas sociais não existiriam. É curioso que esse tipo de sistema mantenha-se e, inclusive, multiplique-se, uma vez que a comunicação é um acontecimento improvável, tendo em vista três ordens de impedimentos que ocorrem quando: a) não há a compreensão, b) a mensagem não chega ao interlocutor e c) a comunicação não é aceita. Tais impedimentos são combatidos com a ajuda de alguns media, que são a linguagem que facilita a compreensão, os meios de difusão que aumentam a probabilidade da mensagem chegar aos interlocutores e aos meios de comunicação generalizados simbolicamente que aumentam as chances de aceitação do evento comunicativo (Kunzler, 2007, p. 132).

A função de todo e qualquer sistema social é reduzir a complexidade do ambiente. Diferente do que se possa crer, um Estado não é sinônimo de sistema político, mas sim um subsistema de um único sistema político existente no sistema social global. À medida que o sistema de autorreferencia sua complexidade interna aumenta. Os temas não selecionados pelo sistema são ruídos para ele. Cada sistema possui seu código (Kunzler, 2007). O do sistema político pode ser assim definido,

O código do sistema político é governo/oposição. O governo representa quem detém cargos políticos e governa, quem exerce o poder e, através dele, emite decisões coletivamente vinculantes. A oposição representa quem não detém, mas almeja, cargos políticos e o poder, e para isso estabelece estratégias diversas das

implementadas pelo governo. A distinção entre governo e oposição é o fundamento da democracia (Kunzler, 2007, p. 133).

A principal função dos sistemas sociais é reduzir a complexidade em que operam. No sistema político, tal complexidade é comparada com a figura do leviatã, de Thomas Hobbes, cuja lei mestra é a de todos contra todos, conduzida pelas paixões humanas e marcadas pelo caos. Os indivíduos renunciam a parte de seus poderes em favor de uma ordem maior, chamada Estado, cujo sistema político atua como um regulador da complexidade social. Assim, é possível afirmar que seu principal objetivo é tomar decisões coletivas de caráter vinculante. O sistema político se utiliza de seu próprio código, qual seja: o poder (Kunzler, 2007).

E partindo da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, existem pontos de interseção que podem ser explorados utilizando-se de conceitos centrais de autopoiese, autorreferência e fechamento operacional aplicando-os ao sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Luhmann, os sistemas autopoieticos possuem a capacidade de produzir e reproduzir seus próprios elementos, que são autorreferentes e independentes. O ordenamento jurídico brasileiro ao adotar o sistema de precedentes vinculantes, de acordo com a teoria Luhmann, adota uma estrutura autopoietica, a partir do momento que cria normas e parâmetros que vinculam as instâncias inferiores, tornando aquele entendimento vinculativo para casos futuros. Assim, os precedentes, ou mais precisamente a *ratio decidendi*, seria o elemento criado pelo próprio sistema para reduzir a complexidade do ambiente (Kunzler, 2007) e, garantir coerência e previsibilidade ao ordenamento jurídico. “Luhmann preocupou-se com a complexidade do mundo e a teoria sistêmica propõe sua redução, ao tentar explicar de que forma é possível nascer a ordem do caos” (Kunzler, 2007, p. 124).

Luhmann argumenta que os sistemas são operacionalmente fechados, isto é, operam de maneira autônoma e utilizam de seus próprios códigos internos. No caso do direito, o código lícito/ilícito orienta a tomada de decisões. A criação e utilização de precedentes vinculantes no Brasil adota essa lógica, utilizando-se de critérios internos ao próprio sistema jurídico sem depender de influências externas, como pressões sociais ou políticas.

Ainda com base na teoria dos sistemas, no que diz respeito à autorreferência, o sistema jurídico interpreta e aplica os precedentes vinculantes com base em seus próprios critérios e estruturas internas. Assim, a doutrina de Luhmann ajuda a entender que a vinculação ao entendimento defendido no precedente pode ser entendida como uma reconstrução normativa que busca a unidade e funcionalidade do sistema jurídico. A adoção de precedentes vinculantes no Brasil tem como objetivo dar unidade ao direito, reduzindo a incerteza e garantindo maior uniformidade, além de promover confiança no sistema jurídico e uma maior legitimidade das decisões judiciais.

Assim, a teoria dos sistemas de Luhmann fornece uma base teórica sólida para compreender o funcionamento e os impactos dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. A interconexão entre autopoiese, fechamento operacional e autorreferência explica como o direito se organiza para preservar sua autonomia, garantir sua funcionalidade e responder de forma consistente às demandas da sociedade.

3.3 O SISTEMA JURÍDICO SEGUNDO JOSEPH RAZ

Joseph Raz desenvolve a noção de sistema jurídico com sendo um sistema de razões para a ação, fundamentando-se na racionalidade prática e nas razões normativas. Raz constrói uma teoria de sistema jurídico que defende que existem razões de primeira ordem para fazer algo e razões excludentes para não agir de maneira conflitante com essas normas (Enríquez, 2018).

O sistema jurídico de Joseph Raz se relaciona com conceito de que as normas legais não só determinam comportamentos, mas excluem razões conflitantes. Isso significa dizer que elas são, a um só tempo, justificativas para agir de acordo com as leis como motivos por não terem causas contrárias. Desta forma, o sistema jurídico torna-se um mecanismo de coordenação social que usa razões normativas para obter a obediência legal de todos. Desta forma, segundo Raz, são as razões normativas que orientam e justificam as ações. Tais razões podem ser “protegidas”, sejam as de razões de primeira ordem (razões para agir), sejam as razões excludentes de segunda ordem (razões para não agir de modo conflitante com as normas (Enríquez, 2018).

A teoria de Raz faz uma diferença entre autoridade legítima e autoridade de fato. Ele vai defender que a autoridade legítima é aquela que se utiliza de “razões protegidas”. Para ser legítima, a autoridade se fundamenta em valores sociais já compartilhados pela coletividade. Isto é, a autoridade utiliza suas ordens em razões que já são aplicáveis aos indivíduos, em normas jurídicas cujas razões já são aceitas pela sociedade. Essa tese reforça a ideia de que o direito não cria razões arbitrariamente, mas organiza e coordena razões já reconhecidas (Enríquez, 2018).

Mas é importante ressaltar que Raz é um positivista excludente, vale dizer: a moral não pode ser incluída como critério de identificação do que é direito. Para o positivismo excludente, a validade das normas não está atrelada ao conceito de moral. A norma é válida quando um agente público as declara parte do sistema jurídico ou não. Neste ponto, Enríquez (2018, p. 42),

[...] o direito não é mera convenção social, mas o produto daquilo que foi determinado pela autoridade. No entanto, também é equivocado associar o direito a um simples uso da força no qual a autoridade tem poder de vida e morte sobre os indivíduos do grupo social (pelo menos em sociedades minimamente democráticas). A questão que se coloca, então, é determinar como o direito pode controlar o poder ao mesmo tempo em que permite à autoridade materializar anseios da comunidade (Enríquez, 2018, p. 42).

O conteúdo dos sistemas jurídicos pode ser determinado com base em fatos sociais, sem recorrer a argumentos morais (Raz, 1979).

No que diz respeito aos fatos sociais e a produção jurisprudencial - mais precisamente os precedentes -, Raz apresenta alguns problemas relacionados as práticas jurídicas e a autoconsciência judicial (Raz, 1979). Os problemas que serão apresentados a seguir se refere a doutrina do precedente no direito inglês, embora se espere que partes da análise possam ser relevantes para outros sistemas jurídicos também (Raz, 1979).

Os juízes ingleses tendem a dar pouca atenção ao trabalho de acadêmicos do direito. A maioria dos debates ocorre entre juízes e com juízes. O judiciário inglês é pequeno e altamente centralizado. O judiciário é recrutado exclusivamente entre os advogados (um grupo também pequeno), oriundos de um contexto social mais ou menos homogêneo, e é unificado por fortes laços profissionais e sociais, formando um grupo social relativamente coeso, onde a autoridade

pessoal frequentemente tem mais peso do que quaisquer regras formais de precedentes. É esse fato que complica e pode muito bem frustrar qualquer tentativa de fornecer uma descrição normativa das regras e práticas relacionadas aos precedentes (Raz, 1979).

Raz faz uma distinção entre os casos regulamentados e os não regulamentados. Casos regulamentados são aqueles que se enquadram em uma regra de direito comum ou estatutária que não exige discricionariedade judicial para a resolução da disputa. Não há discricionariedade para o julgador. Os casos não regulamentados, por sua vez, são aquelas questões que não possuem uma resposta jurídica definida. Nas disputas não regulamentadas apresenta-se lacunas, nenhuma solução específica para a disputa é exigida pela lei, embora esta possa excluir várias soluções como inadequadas e oferecer alguma orientação geral sobre a escolha entre algumas ou todas as soluções restantes possíveis (Raz, 1979).

As disputas não regulamentadas são parcialmente regulamentadas. Isto é, o tribunal deve tanto aplicar o direito existente, quanto criar normas jurídicas. Mas, como, por definição, em uma disputa não regulamentada a lei contém uma lacuna - ou seja, falha em fornecer uma solução para o caso -, o tribunal pode criar normas jurídicas sem alterar as leis existentes. Ele cria o direito preenchendo as lacunas (Raz, 1979).

Isso não quer dizer que as disputas não regulamentadas são mais difíceis ou mais complexas. Neste sentido, Raz (1979, p. 182, tradução nossa),

[...] Casos regulamentados podem ser complexos e mais difíceis de decidir do que casos não regulamentados. A dificuldade em resolver um problema tributário complexo de acordo com a lei pode ser muito maior do que a de resolver um problema de justiça natural com base em princípios morais. A diferença entre uma disputa regulamentada e uma não regulamentada não está no fato de que apenas a segunda exige o exercício do julgamento pelo tribunal. Tampouco está no fato de que, em disputas regulamentadas, os tribunais utilizam seu julgamento jurídico para aplicar a lei, enquanto em disputas não regulamentadas eles utilizam julgamento moral para criar a lei (Raz, 1979, p. 182, tradução nossa).

Existem ainda - e de grande importância para o objeto de nosso estudo - as disputas que são regulamentadas por regras regidas por precedentes vinculantes. Raz já advertia da dificuldade de conciliar essa interpretação com a considerável liberdade de ação vivenciada e exercida pelos tribunais (especialmente os tribunais de apelação e a Câmara dos Lordes), mesmo diante de um precedente vinculante. Mesmo com a identificação da *ratio decidendi* de

um caso, tem-se na prática a dificuldade de reconciliar a força vinculante dos precedentes com a ampla discricionariedade que os juízes frequentemente possuem (Raz, 1979).

Ele defende ainda que não se trata da dificuldade de se identificar a *ratio*. a *ratio* é a(s) razão(ões) pelas quais o tribunal justifica sua decisão. Estabelecer a *ratio* é, em parte, uma questão de interpretação de um documento. No entanto, de modo geral, a identificação da *ratio* de um caso é relativamente direta. A dificuldade está de fato na extensa flexibilidade judicial. “Como muitas outras regras moldadas e remodeladas pelas mãos de juízes em todas as épocas e ao longo de muitos anos, seus limites estão longe de serem fixos” (Raz, 1979, p. 185, tradução nossa).

Em relação ao *distinguishing* - distinguir um precedente vinculante, sua *ratio* não se aplica ao caso em questão - a obrigação do tribunal é adotar apenas a modificação que melhorará a regra. Assim, o problema real do tribunal geralmente se limita a julgar os méritos relativos de algumas poucas modificações. Muitas vezes, nenhuma será aceita, e o tribunal terá de seguir a regra original. Isso ocorrerá não apenas quando o tribunal estiver plenamente satisfeito com a regra, mas também quando ele preferiria uma regra completamente diferente, mas não encontrar nenhuma melhoria nas modificações que está autorizado a fazer dentro dos limites estreitos da regra de *distinguishing* (Raz, 1979).

Neste sentido Enríquez (2018, p. 50),

Na sua concepção, todavia, a solução para o problema a respeito dessa compatibilidade reside no papel do *distinguishing*, no qual o ato de distinguir ao mesmo tempo permite a manutenção de aspectos básicos da cadeia de decisões anteriormente desenvolvidas e adiciona novos elementos no intuito de modernização e atualização. Nesse sentido, apenas as decisões vinculantes podem ser distinguidas, pois, no funcionamento da doutrina do precedente do common law, uma regra que não se aplica ao caso não lhe pode ser imposta. Todavia, quando se descobrem elementos adicionais aplicáveis ao caso, a lógica básica da equidade do common law (casos semelhantes merecem decisões semelhantes e casos diferentes, decisões diferentes) faz com que mudanças sejam necessárias (Enríquez, 2018, p. 50).

No entanto, isso nem sempre acontece, os tribunais podem, e frequentemente são, um pouco descuidados ao formular regras. O poder de distinguir reflete essa dependência do contexto. A *ratio* é vinculante em sua lógica básica e em sua aplicação ao contexto original. No entanto, os tribunais podem modificar sua aplicação a contextos diferentes, desde que preservem sua lógica fundamental (Raz, 1979).

Ao seguir precedentes vinculantes, o juiz reforça a importância de garantir à sociedade um senso de estabilidade e pertencimento coletivo. Ao mesmo tempo, com a distinção permite-se a individualização de cada caso, de acordo com seu contexto específico.

Sobre esse ponto Enríquez (2018, p. 51) arremata,

Nessa empreitada coletiva, Raz acredita que as atividades desempenhadas por legisladores e os julgadores, intérpretes autoritativos, são complementares, por terem natureza e alcances distintos. A existência de ambiguidades, instabilidades e incertezas na legislação permite aos intérpretes atuarem complementando a legislação original e legitimando sua produção normativa de forma diversa. Conquanto a autoridade, por meio da escolha democrática representativa, seja sempre preponderante - daí a ideia de soberania do parlamento, onipresente no common law -, as cortes também reivindicam autoridade e se legitimam (Enríquez, 2018, p. 51).

Assim, a atuação de legisladores e juízes é interdependente e necessária para o funcionamento do sistema jurídico, embora tenham funções e papéis distintos. As imprecisões das leis permitem que os juízes complementem e interpretem as normas, tornando-as aplicáveis na prática. O equilíbrio entre tais poderes é essencial para o sistema jurídico. Enquanto os legisladores estabelecem as normas por meio de um processo legislativo legal, os julgadores exercem a função de interpretar e adaptar essas normas às complexidades e mudanças sociais.

3.4 O CONSTITUCIONALISMO E OS PRECEDENTES VINCULANTES

O protagonismo do Poder Judiciário é resultado, dentre outros fatores, da força normativa da constituição. Konrad Hesse, em 1956, em uma conferência intitulada “A força normativa da Constituição” contrapôs-se à teoria de Ferdinand Lassale, que defendia que a constituição seria somente um “mero pedado de papel”. Para este, as questões constitucionais não eram jurídicas, mas sim políticas (Hesse, 1991, p. 9).

Para se contrapor a essa teoria, Hesse adverte que é preciso superar o isolamento entre norma e realidade que, segundo ele, foi muito comum no positivismo sociológico de Carl Schmidt (Hesse, 1991).

Neste ponto Konrad Hesse (1991) ensina que:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. [...] essa

separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento de realidade, de outro (Hesse, 1991, p. 14).

No pensamento de Hesse a norma constitucional não pode existir sem uma interrelação com a realidade. Trata-se, na verdade, da sua vigência, que não pode ser separada das condições históricas de sua realidade, que, por sua vez, leva em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais (Hesse, 1991; Coelho, 2004).

Como já visto antes, às origens dos sistemas *civil law* e *common law*, tais modelos surgem em contextos histórico-político, social e econômico muito distintos e por isso com características particulares. Não há como se confundir o *common law* com *stare decisis*. Isto é, o *common law*, entendido como os costumes gerais, foi criado e se perpetuou por muito tempo sem a noção de *stare decisis* e *rules of precedent*. (Marinoni, 2009).

Já o sistema do *civil law*, por sua vez, surge, como já dito alhures, em outras circunstâncias. Na França em seu período pré-revolucionário vigiam uma ordem econômica do feudalismo, com uma ordem política monárquica alicerçadas em uma ordem jurídica que tentava a todo custo manter o *status quo*, com os privilégios à aristocracia feudal (Bonavides, 2017).

A ideologia liberal ligada aos valores burgueses deu substrato a Revolução Francesa com o fim de criar um Direito que limitasse o poder estatal, assegurando a liberdade individual perante o Estado e a separação dos poderes, conforme o pensamento de Montesquieu, impondo uma clara distinção entre os poderes Legislativo e Judiciário, com rígida limitação deste, cuja função seria a mera declaração da lei (Bonavides, 2017).

Com a Revolução Francesa há uma supremacia do parlamento, cabendo aos juízes tão somente aplicar o direito. O Judiciário Francês, formado por uma classe aristocrática, que possuía relações e interesses espúrios com a aristocracia feudal. Sobre esse ponto, Marinoni (2009, p. 28) aduz: “Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais”.

Outro ponto de destaque e que importa salientar é que, com um viés bastante diverso daquele ocorrido em terras francesas e sua Revolução, com a Revolução Gloriosa, de 1688, criou-se a doutrina da “*supremacy of the parliament*”, que serviu ao Reino Inglês controlar os atos das suas colônias. Estas, regidas por suas Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. No entanto, o princípio da “*supremacy of the English parliament*” teve como principal objetivo a supremacia do direito sobre o monarca, mas sem o propósito de aferir onipotência da lei - como se deu na conjuntura da Revolução Francesa em que se defendia a supremacia da lei. Portanto, tal princípio assume um significado completamente distinto ao da supremacia do Legislativo e ao princípio da legalidade, germinado na Revolução Francesa (Marinoni, 2009).

No Brasil, apesar de o sistema de *civil law*, ao menos teoricamente, exigir uma postura de autocontenção por parte do magistrado e o rigor cumprimento da lei, o Poder Judiciário ganhou destaque após a Constituição Federal de 1988, devido ao vasto conjunto de direitos nela previstos e a necessidade de colocá-los em prática. Como consequência, os processos interpretativos se tornaram mais amplos e a interpretação da Constituição passou a ser mais flexível, extraindo-se as normas além do texto estrito da lei (Rocha; Barbosa, 2015).

A separação abrupta e utópica entre os poderes legislativo e judiciário defendida com a Revolução Francesa não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Tornou-se necessário compreender a lei em seu aspecto não apenas formal, mas também substancial. Os princípios foram substancialmente contidos nas Constituições, tornando-as não passíveis de modificação pela legislação infraconstitucional. Com isso, a Constituição assume o centro do ordenamento, ganha plena eficácia normativa e, dada sua supremacia, irradia por todo o sistema (Marinoni, 2009).

O precedente não é uma exclusividade dos sistemas do *common law*, como também as leis não são prerrogativa única dos sistemas do *civil law*. Em ambas as famílias, tradições ou sistemas essas fontes coexistem, cada uma com suas variantes em influência e importância de acordo com cada momento histórico, político e social (Legale, 2016; Cruz e Tucci, 2004; Marinoni, 2009).

A percepção de norma é o resultado da interpretação e que as decisões judiciais (ou ao menos, boa tarde delas) não é somente um meio de solução de determinado caso, mas

instrumento de promoção da unidade do direito. Noutros termos, o princípio da legalidade significa, na verdade, “respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente a tanto encarregados” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 648-649).

Por essa razão, o Código de Processo Civil de 2015 aduz que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, texto legal do art. 926, *caput*. E para tanto cabe salientar a necessidade do emprego adequado dos termos “jurisprudência”, “súmula” e “precedentes”, que são conceitos e institutos distintos, mas que o próprio legislador se confunde aos os equiparar em muitas passagens (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 651).

O art. 927 do atual Código de Processo Civil prevê o instituto do *stare decisis* horizontal, reformando, ao menos teoricamente, o princípio da isonomia aplicando-se uma decisão judicial idêntica para casos semelhantes. Mas para tanto, há uma primeira condição: para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões é necessário que as Cortes Supremas respeitem seus próprios precedentes. “Do ponto de vista da administração da justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 654).

A doutrina de Mitidiero (2013) assim adverte:

(...) a violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade no Estado Constitucional. E isso não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito - a um só tempo viola-se autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal (Mitidiero, 2013, p. 96-97).

Portanto, é neste contexto que o *stare decisis* ou a vinculação aos precedentes judiciais propõe efetivar o princípio da igualdade no sentido de que onde existirem as mesmas razões, devem receber as mesmas respostas do Judiciário.

O trabalho do juiz ao estabelecer um precedente precisa ter um certo caráter para que possa servir como base de precedentes e, mais ainda, como fundamento para as expectativas

das pessoas em relação a decisões jurídicas futuras. Esse enfoque não apenas preserva a confiança no sistema jurídico, mas também assegura que as decisões futuras tenham uma base sólida e previsível. (Waldron, 1987).

Neste sentido:

O que vincula nas decisões e que geram precedentes são as razões de justificação ou fundamentos determinantes. A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 661-662).

Ou seja, a *ratio* é uma *razão necessária e suficiente* para resolver uma *questão relevante* constante no caso. A proposição é necessária quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É suficiente quando basta para resolução da questão. Ou seja, nem tudo que se encontra na justificação é aproveitado para formação do precedente. Há diversas proposições que não são necessárias para a solução do caso e, por isso, não possui o força vinculante (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019).

Neves (2020) neste mesmo sentido descreve:

A *ratio decidendi* (chamada de holding no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obiter dicta*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento. São argumentos jurídicos ou considerações feitas apenas de passagem, de forma paralela e prescindível para o julgamento, como ocorre com as manifestações alheias ao objeto do julgamento, apenas hipoteticamente consideradas. Justamente por não serem essenciais ao resultado do precedente os fundamentos *obiter dicta* não vinculam (Neves, 2020, p. 1402).

Por sua vez, o conceito de *obiter dictum* seria aqueles argumentos ou considerações marginais que não vinculam os casos futuros. Neste sentido,

O *obiter dictum* é qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto, ou seja, considerações marginais, dissensos de votos, argumentos divergentes, teses não acolhidas etc. Essas manifestações não têm força vinculante sobre os casos futuros, possuindo somente eficácia persuasiva ou, eventualmente, uma importância crítica ou reflexiva. No STF, não têm sido raros os casos com argumentos laterais, de modo que é preciso estimular criticamente a sua redução, quando tiverem pouca importância reflexiva ou crítica por tornar o número de páginas do acórdão excessivo e de difícil compreensão, mesmo por profissionais do direito, comprometendo a identificação do que foi decidido quanto ao mérito do caso (Legale, 2016, p. 825).

Diante de tais conceitos e definições, nota-se que a própria utilização do precedente depende de interpretação para ser percebido com tal pelo órgão judicial. Essa é a razão pela qual o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil aduz que a decisão judicial não pode se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

O legislador brasileiro preocupado com efetiva fundamentação menciona no § 1º do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 que: juízes e tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. Isso porque a fundamentação adequada é o único meio capaz de assegurar o princípio do contraditório (Marinoni, 2009).

Lamentavelmente, na prática do dia a dia dos fóruns brasileiros não é essa a realidade que encontramos. O absurdo volume de trabalho, aliado à constante falta de estrutura adequada vem fazendo com que os juízes se valham dos precedentes dos tribunais superiores de forma mecânica. Sem qualquer preocupação na identificação do caso concreto. Faz-se necessário uma mudança cultural, sempre difícil e traumática, que realmente seja capaz de órgãos, juízes e tribunais interpretem, identifiquem e apliquem a *ratio decidendi* dos precedentes. (Neves, 2020).

Assim, é possível defender que o sistema judiciário avance para uma postura mais analítica e criteriosa no uso de precedentes. Essa mudança cultural é vital para a integridade das decisões judiciais e para o fortalecimento da confiança no (do) Poder Judiciário.

Adotar um sistema de precedentes pressupõe levar a sério as consequências normativas, e ainda que se defenda o uso de tal sistema, não se nega a existência da necessidade de aprimoramentos, ou ainda que em alguns casos, existam indesejadas injustiças (Legale, 2016).

Os principais fundamentos teóricos para se adotar os precedentes vinculantes são a isonomia, a segurança jurídica e a eficiência - casos similares devem ser tratados da mesma forma. Neste sentido,

Nos últimos anos tem-se verificado a saudável tendência, no direito brasileiro, de valorização dos precedentes judiciais. A atitude geral de observância da

jurisprudência é positiva por promover valores relevantes, como segurança jurídica, isonomia e eficiência. Disso, naturalmente, não deve resultar a vedação de afastar eventualmente o precedente existente, nem tampouco a impossibilidade de alterar a jurisprudência. Mas a ascensão doutrinária e normativa do precedente impõe maior deferência e cautela na sua superação. Quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados (Barroso, 2016, 73-74).

A interpretação jurídica está longe de ser uma interpretação literal dos textos legislativos. Especialmente diante de termos polissêmicos, de conceitos jurídicos indeterminados ou de princípios gerais. Nestes casos, o intérprete atua como coparticipante do processo de criação do Direito, na medida que dar sentido aos atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades dentro do ordenamento (Barroso, 2016; Cruz e Tucci, 2004).

Com isso, a importância da estabilidade, o respeito às expectativas consolidadas, a eficiência decisória, o desenvolvimento ordenado do direito, a justiça formal e material, a equidade, a noção de comunidade, a integridade, a relevância moral de tratar casos semelhantes de maneira semelhante, e o desejo político de disciplinar nossos juízes e limitar oportunidades de ativismo judicial são baluartes em defesa do sistema de precedentes (Waldron, 1987).

Assim, neste ambiente de interpretação e definição de enunciado normativo e norma, surge a necessidade de que os diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados em parâmetros que propiciem isonomia e coerência (Barroso, 2016).

Até os defensores do sistema de precedentes vinculantes reconhecem as dificuldades e desafios. Luis Roberto Barroso, por exemplo, reconhece a crítica político-ideológica de que a expansão da jurisdição constitucional fere a legitimidade democrática. Em suas palavras,

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária (Barroso, 2016, p. 233).

Outro ponto crítico levantado por este autor, é quanto a capacidade técnico-institucional. “Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade

podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico” (Barroso, 2016, p. 233-234).

Daí a importância da jurisdição constitucional para o constitucionalismo democrático. A jurisdição constitucional torna-se um espaço de legitimação discursiva e argumentativa da efetividade dos direitos fundamentais na medida em que os demais poderes não exercem suas funções a contento. Especialmente, em países de redemocratização, com o Brasil, com uma clara fragilidade do sistema representativo (Barroso, 2016; Cruz e Tucci, 2004).

O caráter político das cortes constitucionais é outro aspecto que não passa despercebido. Como qualquer outra instituição política, elas não operam em um vácuo institucional ou ideológico (Legale, 2016). Neste sentido,

O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional (Barroso, 2016, p. 246).

Decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos sociais, políticos e econômicos. Órgãos, entidades e pessoas influenciam e são influenciados. E as cortes constitucionais não vivem fora do contexto político-institucional no qual estão inseridas.

Sobre a interferência da política nas decisões judiciais, Legale (2016, p. 832) faz uma observação importante,

A política não se faz só no Parlamento, mas também das Cortes,³² embora de outra forma e com outros procedimentos, razão pela qual, de forma comedida e considerando as capacidades institucionais do tribunal, as metas coletivas e os argumentos sociopolíticos e econômicos devem ser considerados na tomada de decisões estratégicas (Legale, 2016, p. 832).

A questão é determinar o grau de influência política que contém na decisão judicial e quais os argumentos utilizados. Por mais que a jurisdição constitucional almeje um ideal de imparcialidade da política, haverá sempre algum grau de influência. “Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo

contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito” (Barroso, 2016, p. 229).

Apesar de todas essas dificuldades, o uso dos precedentes vinculantes contribui para a construção de um sistema jurídico mais sólido e confiável, na medida que apresenta uma resposta mesmo quando não há uma regra explícita para o caso específico, por exemplo. A ausência de regra exige que o juiz atue com base em princípios mais amplos, utilizando sua capacidade de interpretar, articular e justificar a decisão de forma que se alinhe com as noções de legalidade, consistência e integridade esperadas de um sistema jurídico. O foco não é apenas resolver o caso em questão, mas fazê-lo de maneira que respeite e fortaleça o arcabouço normativo que sustenta a ordem legal (Waldron, 1987).

O uso dos precedentes tem como um dos principais objetivos manter uma conexão sólida com o direito e por que ele deve tentar encontrar uma resposta jurídica para o problema, mesmo quando o direito não oferece uma solução direta ou explícita. Assim, tal estrutura reforça a integridade do sistema jurídico, garante previsibilidade para futuras decisões e respeita as expectativas legítimas das partes envolvidas e da sociedade como um todo (Waldron, 1987).

Outro aspecto muito importante é no campo legislativo, tem-se a obrigação de generalidade, baseada no Estado de Direito. Assim, a generalidade também deve ser um princípio que oriente os tribunais, quando da criação de decisões que transcendam o caso específico e contribuam para a construção de normas mais amplas e universais, garantindo clareza, racionalidade e previsibilidade para a sociedade. (Waldron, 1987).

Apesar dos desafios e das complexidades inerentes à aplicação dos precedentes vinculantes, seu uso busca por maior segurança jurídica, isonomia e uniformidade nas decisões judiciais, além da eficiência na prestação jurisdicional. O sistema jurídico ao incorporá-los fomenta a previsibilidade e a estabilidade das interpretações judiciais.

4. OS PRECEDENTES VINCULANTES E SUAS DIFICULDADES COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A CRISE NUMÉRICA DE PROCESSOS E OS PRECEDENTES VINCULANTES

Os números do Poder Judiciário brasileiro são, particularmente, únicos no mundo. Conforme a “Justiça em números 2024”, o sistema conta com 80,5 milhões de processos em andamento, sob a responsabilidade de pouco mais de 18.000 mil juízes. Trata-se de uma média de mais de 4 mil processos por juiz.

Esses números representam, num panorama geral, o acesso à justiça abordado pelos escritos no Projeto de Florença, na década de 1970, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que em um primeiro enfoque entendeu-se como um “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos” e “igualmente acessível para todos”, dada a mudança de paradigma individualista para uma “atuação positiva do Estado” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 7-11).

Assim, o acesso à justiça desde aquela época passou a ser encarado com um requisito fundamental (o mais básico dos direitos humanos) de um sistema jurídico. A história bem-sucedida do Brasil, neste quesito, decorre de alguns fatores, em especial, o barateamento do processo para o cidadão comum, as concessões de assistência judiciária gratuita - basta dizer que, entre os anos de 2021 e 2022, 2.366 processos foram arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes, o número de advogados privados a custo relativamente baixo, a grande quantidade de profissionais formados e a elevada quantidade de faculdades de Direito. Além disso, quanto às pessoas incapazes de custear o serviço privado, o Estado disponibiliza defensorias públicas, cujo serviço é gratuito (considerando o assistido individualmente).

Cappelletti e Garth (1988, p. 16) já trazia que “os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constitui uma importante barreira ao acesso à justiça”. Acontece que, apesar de todos esses fatores que contribuíram para um maior acesso à justiça, tem-se como consequência um elevado custo operacional do Poder Judiciário que sempre foi um fator central de análise quando o assunto é a resolução formal de litígios nos tribunais.

No ano de 2023, o valor gasto com o Poder Judiciário soma mais de 132 bilhões de reais, sendo deste valor, mais de 90% gasto com despesas com recursos humanos. Ainda dentro

desse contexto, deve-se levar em consideração outro elemento central: o tempo de resposta. Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal exemplo de morosidade do Poder Judiciário. O processo de execução fiscal chega ao Judiciário após uma série de tentativas de recuperação de crédito tributário na via administrativa. Dessa forma o processo judicial acaba por repetir etapas e providências já realizadas pelas autoridades fazendárias no processo administrativo, que chegam ao Judiciário com títulos de dívidas antigas e com pouca probabilidade de recuperação.

Cappelletti e Garth (1988, p. 18) quanto ao tempo de duração do processo já advertia que:

Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (Cappelletti; Garth, 1988, p. 18).

Diante de todos esses números, é possível afirmar que aquela primeira onda de assistência para os pobres, do Projeto de Florença, foi, ao menos no critério de quantidade de processo, atendida.

Acontece que toda essa crescente e acirrada conflituosidade social, com um “demandismo judiciário” sem precedentes tem provocado no Estado um formato de judiciário mais focado no obsessivo propósito de eliminar processo, do que, propriamente, em lidar com eles e resolvê-los mediante uma resposta de qualidade. Diante deste cenário, Mancuso adverte que é preciso se atentar para essa opção, que uma vez desacompanhada das devidas cautelas, induz ao risco de se trocar um problema por outro: a morosidade processual, pela injustiça célere (Mancuso, 2011).

À medida que a sociedade brasileira cresceu em tamanho e complexidade, a partir do momento em que as relações assumiram, cada vez mais, caráter coletivo o julgamento em bloco ou por amostragem (art. 1.036 a 1.041, CPC) ganha ainda mais aceitação teórica e prática, mas que requer um olhar atento aos efeitos sobre esse tipo gerenciamento massivo de processo, e até que ponto facilita ou dificultada uma resposta de qualidade do Poder Judiciário.

A par disso de todos esses números, segundo Mancuso (2011) a expressão *acesso à Justiça* vem passando por uma renovação, inicialmente informada como monopólio estatal,

mas que ora vai cedendo espaço a novas ideias e propostas, o que tem se definido como a *desjudicialização dos conflitos*. E aqui há inúmeras demonstrações desse fenômeno. A começar pela Resolução nº 125 do CNJ que afirma que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa. Aduz ainda que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação (Mancuso, 2011).

Quando ao conceito de acesso à justiça, adverte Mancuso (2011, p. 24),

o conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções - que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas - atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, [...] aderente a uma leitura desmesurada da 'facilitação do acesso', dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em dever de ação (Mancuso, 2011, 24).

Daí a importância de institucionalização pelo CNJ de política pública de criar estímulos em âmbito nacional, para o desenvolvimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também e principalmente entre os próprios jurisdicionados, de soluções negociadas e amigáveis dos conflitos.

Essa necessária - e urgente - releitura do que hoje se há de entender por acesso à Justiça, passa por uma reflexão sobre o sentido atual da própria matriz dos direitos e obrigações, a qual, nos termos do inc. II do art. 5.º da CF/1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” tendo em vista a notória expansão e prestígio de outra fonte - que outrora um meio subsidiário ou complementar - a jurisprudência, que mormente, com igual força normativa (Mancuso, 2011).

Noutros termos, a produção das normas não mais se restringe ao Legislativo, mas se estende por tantas outras maneiras, a exemplo das Medidas Provisórias editadas pelo Executivo, seja pelo produto do Judiciário, a jurisprudência, que passou a desempenhar um papel criativo. O art. 927, do CPC reafirma esse contexto, que sobreleva a força normativa das decisões em controle concentrado de constitucionalidade; dos enunciados de súmulas

vinculantes; dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, dentre outros.

Acontece que a política judiciária atualmente praticada tem como mote principal o foco obsessivo no tratamento massificado dos conflitos, em especial destaque com o uso da técnica de julgamento dos recursos repetitivos; as crescentes compactações nos procedimentos, dando azo a cognições parciais e sumárias em detrimento da desejável jurisdição integral. Como demonstração dessa política tem-se os requisitos processuais de óbices e barreiras aos Tribunais Superiores: a “repercussão geral”, no recurso extraordinário ao STF; a “transcendência da questão” na revista trabalhista; o “filtro de relevância”, incluído na Constituição pela Emenda Constitucional 125/2022, no Recurso Especial ao STJ (Mancuso, 2011).

E sobre esses “filtros”, Mancuso (2011, p. 26-27) adverte que,

Tais filtros, barreiras ou elementos de contenção vêm sendo positivados sem uma indagação mais profunda e cabal quanto à legitimidade, à eficiência e à consistência técnico-jurídica dessas inserções de cunho restritivo, e sem uma preocupação maior com a questão de fundo que está à base do problema, a saber: a irrefreada formação de uma cultura demandista ou judiciarista ao interno da coletividade, difundindo a (equivocada e nefasta) percepção de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve, de pronto, ser repassado à Justiça estatal, numa ligação direta que acaba por insuflar a contenciosidade social e desestimular a verdadeira cidadania, que sinaliza, num primeiro momento, para uma aproximação entre os contraditores, em ordem a uma possível resolução consensual da pendência (Mancuso, 2015, 26-27).

Para esse autor, o *modus operandi* de enfrentamento da “questão judiciária” tem focado na consequência, qual seja, o excessivo número de processos, conforme visto os dados em “Justiça em Números”, do CNJ, sem enfrentar a causa, que segundo ele, seria a cultura demandista. E diante disso, constata-se diversos efeitos colaterais,

[...] duração excessiva dos feitos; exasperação das partes, ante a demora, os custos e a imprevisibilidade dos julgamentos; distribuição desigual dos ônus e encargos entre os litigantes habituais e os eventuais; tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados, ante a excessiva dispersão jurisprudencial; crescente desconfiança da população na função judicial do Estado; atritos institucionais entre o Judiciário e os outros Poderes: com o Executivo, por conta das sucessivas requisições de novos e maiores aportes orçamentários; com o Legislativo, melindrado por um excessivo ativismo judiciário, em matérias sujeitas à reserva legal (Mancuso, 2011, p. 27).

E diante da cifra astronômica do atual acervo processual questiona-se que talvez, hoje, o mais problemático seja sair da Justiça do que nela entrar. Essa é a reflexão de Mancuso (2011, p. 32) ao citar José Eduardo Carreira Alvim:

[...]o problema do acesso à Justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida. Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para a formação de uma onda de ‘descenso’ (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na entrada, mas também mais racional e humano na saída (Mancuso, 2011 apud Carreira Alvim, p. 32).

Portanto, a análise do fenômeno do acesso à justiça e a questão judiciária, nas palavras de Mancuso, não deve se deixar seduzir pelos brilhos efêmeros de uma singela lógica de resultados, de julgamentos em massa de recursos repetitivos, pelo propósito único e obsessivo de redução da “crise numérica” de processos. Deixando-se levar por dados numéricos da *performance* judiciária. Tendo em vista que o Estado avoca a distribuição da justiça, tem o dever de ofertar uma resposta de qualidade (Mancuso, 2011).

O cidadão comum, principal destinatário da prestação jurisdicional do estado, tem o direito subjetivo de acesso aos dados referentes à estrutura, organização, custeio e resultado do Poder Judiciário - o que vem ocorrendo em certa medida com a implantação de projetos como “Justiça em números” do CNJ e “Relatório Supremo em Números” - em nome da transparência que deve permear o serviço público. A eficiência é também um princípio a ser observado como critério de avaliação de desempenho (*accountability*) com uma resposta de qualidade (justa, jurídica, tempestiva, econômica, razoavelmente previsível e que assegure a tutelas de direitos constitucionalmente elencados) (Mancuso, 2011).

Ainda segundo este mesmo autor,

Não se nega, por certo, validade e utilidade às cifras e estatísticas reveladoras do fluxo crescente dos processos judiciais, movimentação de resto necessária à aferição da *accountability* da função judiciária estatal, mas, aqui, pretende-se ressaltar que a avaliação de desempenho de uma política judiciária não pode ser feita apenas por critério numérico, que induz à coisificação do processo judicial, relegando a segundo

plano o dado mais relevante, a saber, o fato de que, subjacente a cada processo, encontram-se pessoas físicas e jurídicas, com seus direitos, projetos, anseios, temores, reivindicações, valendo aqui lembrar que o processo existe em função do jurisdicionado, e não o contrário (Mancuso, 2011, p. 38-39).

E diante de todo esse contexto, a lide judicializada é encarada como a questão central, sem muitas das vezes se questionar se a matriz dessa crise no sistema judicial brasileiro não teria outras concausas - na política, na economia, na sociedade, na cultura de um povo, que refletem no jurídico, o qual, por sua vez, retorna seus influxos, tornando-se num perverso círculo vicioso. “Na complexa sociedade contemporânea, conflitiva e massificada, vai se tornando cada vez mais difícil configurar-se uma lide judicial exclusivamente jurídica” (Mancuso, 2011, p. 48).

A crise numérica de processos da Justiça brasileira não pode ser analisada somente sob o enfoque jurídico, porque não é um fenômeno isolado, mas que tem influências de outras crises e insatisfações do tecido social e que fomenta a contenciosidade. Trata-se de problema de largo espectro, multifacetado. Nesse passo, há outros fatores que operam como concausas ao excesso de demanda da (na) Justiça estatal.

A exagerada judicialização da vida em sociedade, ou a cultura demandista ou judiciarista da coletividade brasileira é apontado como um desses fatores. Uma forte propensão em delegar ao Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os próprios conflitos, fazendo do Poder Judiciário um guichê universal de reclamações, intolerâncias e insatisfações, ainda que de pequena monta, propiciando a difusão da ideia de que o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito configura manifestação de cidadania (Mancuso, 2011).

E apesar de um maior incentivo atualmente de outros meios, auto e heterocomposição de conflitos, fora e além da justiça estatal, ainda se registra uma forte “preferência” pela Justiça estatal. Paralelo a “cultura demandista”, há ainda “uma política judiciária equivocada, calcada na óptica quantitativa de ofertar mais do mesmo, ou seja: mais processos, mais fóruns, juízes, serventuários e investimentos em informatização. O aumento da oferta acaba por retroalimentar a demanda (Mancuso, 2011).

Outra concausa da crise da questão judiciária é a maciça produção legislativa na “tendência a ‘resolver’ problemas com (mais) normas. A começar que a “solução normativa” é imediatista. “O

papel aceita tudo”. Até mesmo porque o verdadeiro enfrentamento do problema requer a disposição de diversos riscos, com custos econômicos e políticos, não raros desestimulando as instâncias de governo, que se orienta pelos interesses das bases onde se situa o seu eleitorado. Então, a emissão e divulgação do texto normativo é utilizada como uma espeda de regulação do problema e administração da crise, e passando a percepção de que as providencias foram tomadas ou que algo está sendo feito. Sem esquecer o desolador aforisma: “já se viu sociedade que mudou lei, mas ainda não se viu lei que mudou a sociedade (...)” (Mancuso, 2011, p. 68).

E atualmente, há um exemplo dessa supervalorização de normatização desmensurada que se projeta em direção ao Judiciário, como o grande (e quase absoluto) protagonista competente a interpretar os textos e aplicá-los ao caso concreto com a “tarefa de completar” a norma, tornando-se mais um órgão - e isto não é de hoje - autorizado a produzir o Direito, com a influência de valores outros (sociopolíticos, econômicos e culturais) e não propriamente, ou exclusivamente, jurídicos.

Essa função criadora da resposta jurisdicional tem se avantajado na experiência contemporânea brasileira cuja potencialização ocorre pelo notável crescimento - e incentivo - da eficácia *endo e panprocessual* da jurisprudência. O STJ, por exemplo, desde a sua criação no início da década de 90 do século passado, já emitiu até o presente (janeiro/2025) 676 súmulas, enquanto o STF, 736 súmulas, além das 62 súmulas vinculantes. Sem esquecer ainda a infinidades dos precedentes obrigatórios e vinculantes dessas Cortes Superiores.

E sobre esse ponto Rodolfo Mancuso (2011, p. 106) adverte:

Tem-se a preocupação com o que chama ‘dispersão excessiva da jurisprudência’, como se colhe [...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade (Mancuso, 2011, p. 106).

Nota-se, portanto, que a crise numérica de processos não pode ser avaliada como consequência de um único fator isolado, mas se conecta a outras crises e insatisfações diversas que acabam fomentando a litigiosidade. A ineficiência das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) acaba desaguando no Poder Judiciário.

4.2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS COMO MECANISMOS DE REDUÇÃO NÚMÉRICA DE PROCESSOS

Desde o final do século XX, as sucessivas intervenções na lei processual têm o propósito de diminuir a qualquer custo a crescente crise numérica de processos, sem haver o igual empenho em enfrentar as reais concausas da crise judiciária que foram abordadas no tópico anterior. Além de não haver uma clara e bem definida política de incentivo e fomento dos meios de auto e heterocompositivos fora da estrutura judiciária estatal (Mancuso, 2011).

Assim, sem se ater às reais causas do vertiginoso aumento de demandas, numa sociedade massificada, tendencialmente conflituosa e comprimida num mundo globalizada, o Judiciário foi sendo induzido a uma política de perfil quantitativo (mais processos equivale a mais fóruns, mais juízes, mais servidores, mais informática, enfim, mais custeio), e a adotar técnicas de manejo processual que priorizam a padronização das respostas e a celeridade a qualquer custo (Mancuso, 2011).

Destarte, como mecanismo de administrar esse número quase que infundável de processos, os precedentes vinculantes são utilizados com argumentos de justificar seu uso, vinculando as instâncias inferiores como meio de desafogar as prateleiras dos tribunais superiores. Ou seja, busca-se uma efetividade meramente quantitativa.

A relação entre processo e a Constituição dar-se na conformação dos institutos processuais com os comandos constitucionais, visto que a Constituição é o fundamento material e formal de validade das normas de direito processual (art.1º, CPC). Já que o direito constitucional é a matriz na qual os diversos ramos do direito buscam a orientação e a fonte que serão especificadas nas normas sejam abstratas, sejam concretas. Assim, o direito processual depende dessa matriz (Zaneti Júnior, 2022).

E dentro dessa perspectiva constitucional, a segurança jurídica ganha especial destaque no ordenamento atual. E como uma de suas formas de manifestação, tem-se a busca pela unidade do direito, que por sua vez, justifica ou fundamenta a utilização dos precedentes vinculantes como instrumento capaz, ao menos teoricamente, de “uniformizar” o direito.

Neste sentido:

As ações parlamentares do Legislativo, inequivocamente, geram esse sentimento de confiança e previsibilidade protegida pelo Direito. Mas não devemos restringir essa realidade apenas aos atos normativos emanados do Parlamento ou mesmo do Poder Executivo. É preciso ampliar a percepção comum para compreender como inseridas diretamente nesse contexto também as decisões e deliberações reiteradas das cortes, enunciando, anunciando ou “esclarecendo” o Direito em vigor. Nesse sentido, uma das principais tarefas de qualquer Corte - especialmente uma tarefa do STF, no Brasil - é exatamente trazer (ou prezar pela manutenção da) segurança jurídica (Tavares, 2021).

E esse mesmo autor ainda continua: “Segurança jurídica não equivale, pois, a imutabilidade do Direito, nem mesmo à imutabilidade da jurisprudência consolidada. Ninguém deseja um direito fossilizado, desatento às novas realidades, às novas tecnologias e às novas demandas sociais” (Tavares, 2021).

Os precedentes vinculantes seriam, em tese, uma interpretação operativa que está sendo acrescida ao ordenamento jurídico e uma vez decidida a questão pela corte competente as mesmas razões se apresentam para todos os casos futuros que apresentem as mesmas circunstâncias de fato. Sem importar a concordância ou não do julgador futuro com as boas razões da decisão do caso-precedente (Zaneti Júnior, 2022).

Assim, os precedentes vinculantes das Cortes Supremas desempenhariam assim uma dupla função: decidir o caso em julgamento; e, enriquecer a oferta de normas jurídicas no ordenamento. Além de se reconhecer aos precedentes o papel de fonte normativa formal e material do direito.

Neste sentido:

Formal porque os precedentes foram expressamente positivados a partir do Código de Processo Civil de 2015 como fontes formais do direito (art. 927, CPC); material porque estabelecidas as condições institucionais de sua vinculação horizontal (art. 926, CPC), e de normatividade (art. 926, § 2º e art. 489, § 1º, V e VI), que formam um núcleo do modelo de precedentes como fonte primária do direito em nosso ordenamento. O Código terá um papel reflexivo na mudança da cultura em curso (Zaneti Júnior, 2022, n.p.).

Por essa razão, parte da doutrina ao interpretar o Código de Processo Civil de 2015 aduz que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, texto legal do art. 926, *caput*. E a começar por um primeiro ponto que essa mesma doutrina

adverte é o emprego adequado dos termos “jurisprudência”, “súmula” e “precedentes” que são conceitos e institutos distintos, mas que o próprio legislador equivocou-se, em muitas passagens, ao os equiparar (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 651).

O art. 927 do atual Código de Processo Civil instituiu, ainda segundo essa doutrina, o *stare decisis* horizontal, reformando, ao menos teoricamente, o princípio da isonomia aplicando-se uma decisão judicial idêntica para casos semelhantes. Mas para tanto, há uma primeira condição: para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões é necessário que as Cortes Supremas respeitem seus próprios precedentes. “Do ponto de vista da administração da justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 654).

Acontece que em um sistema processual sobrecarregado como o nosso, a introdução de precedentes obrigatórios, associada a uma ideologia de agilidade e eficiência na prestação jurisdicional pode acarretar um viés cognitivo nos julgadores a tomar decisões de improcedência dos pedidos apresentados repetitivamente à justiça, dificultando, conseqüentemente o acesso à justiça - direito fundamental que tem o cidadão de uma resposta constitucionalmente adequada. O raciocínio se apresentaria da seguinte forma: se eu conceder esse direito aqui nesta demanda, receberei amanhã mais demanda. Se por outro lado, negar o direito, além de revolver a lide atual, inibo mais proposituras de novos e futuros processos (Mancuso, 2011).

A transformação das funções das Cortes Supremas e dos precedentes, com deslocamento da resolução do conflito para a uso de padrões de decisão, requer uma preocupação com o adequado funcionamento deste sistema, cujos tribunais precisam uniformizar suas jurisprudências e mantê-la estável, íntegra e coerente. A estabilidade, a integridade e a coerência dessas decisões são fundamentais para reforçar a previsibilidade e a confiança no ordenamento jurídico. Portanto, a definição de precedentes vinculantes claros e consistentes deve ser uma preocupação central para a consolidação do sistema jurídico.

4.3 CRÍTICAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Atualmente, o modelo de julgamento está ligado à função pública de definição do sentido do direito (em forma de precedentes) e, por isso, estimula-se o debate mais aprofundado

em torno das soluções interpretativas na elaboração do precedente, cujo entendimento fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros. E se a Corte tem a função de desenvolver o direito, “deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas nas *rationes decidendi* dos precedentes (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 664).

Diante das considerações já apresentadas até o momento, é possível afirmar que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 parte da doutrina processual civil passou a levantar a bandeira de que temos agora um “sistema de precedentes” aqui no Brasil, capaz de resolver o problema da insegurança jurídica - que conforme abordado antes numa *performance* judiciária, sob a ótica prioritariamente *quantitativa*, em detrimento da análise *qualitativa*, dentro de um Estado que se avoca a distribuir a “justiça” e deveria oferta uma resposta de *qualidade* - mediante a criação de instrumentos de vinculação e julgamento em blocos: súmula vinculante, atribuição de efeito vinculante para jurisprudências dos tribunais superiores, objetivação do controle de constitucionalidade e até mesmo objetivação do julgamento da lide pelo STJ e pelo STF (Streck, 2016; Bonsaglia, 2017).

Acontece que esse “sistema” de precedentes vinculantes se mal aplicado e sem critérios pode trazer sérios problemas à segurança jurídica e à estabilidade, valores políticos indispensáveis ao ordenamento jurídico. Essa é a advertência que Bruno Torrano e Lenio Luiz Streck (2016, n. p) fazem ao comentar o julgamento na sistemática de repercussão geral no RE 655.265/DF (Tema 509):

[...] corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo. Simples assim. E grave. É a tese de que um “precedente” vale por sua autoridade e não por seu conteúdo. É a velha *auctoritas non veritas facit legis*, bastando substituir “*legis*” por “precedente” (Torrano; Streck, 2016, n. p).

Assim, as Cortes de Vértices criam direito. E na criação do direito, afastam-se dos próprios casos; atuam, desse modo, como se legisladores fossem. E os demais tribunais e juízes devem seguir tais precedentes ao modo textualista (positivismo do século XIX), como uma espécie de “juiz boca dos precedentes” (Torrano; Streck, 2016; Grau, 2021).

Dessa forma, é uma ilusão acreditar que juízes e Tribunais de Justiça se submeterão a serem "boca dos precedentes". Aliás, se funcionasse o "sistema", não haveria tantas queixas do STJ. E os processos já teriam diminuído (afinal, o sistema de vinculação precedentalista não tem essa intenção?). Tem-se a impressão de que no Brasil uma lei só vale depois que for "jurisprudencializada" (Streck, 2023; Bonsaglia, 2017).

No Brasil, ainda boa parte dos juízes de primeiro grau (dos Tribunais de Justiça e dos Reginsais Federais) não respeitam os precedentes do STJ, e sequer argumentam porque não os utilizam. O próprio STJ possui entendimentos diferentes a respeito de casos iguais - e isso ocorre não somente entre Turmas diferentes, mas uma única Turma, não raras vezes, possui decisões diversas nos julgamentos de casos idênticos. Na verdade, o STJ funciona, ainda nos dias de hoje, como "uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários" (Marinoni, 2019, p. 70-71).

No Brasil, há muitos juízes que decidem a seu bel-prazer, como se a Constituição lhes admitisse tamanho poder, e assim julgar sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de compreensão institucional. Por detrás da falta de respeito aos precedentes encontra-se justificativas retóricas, valores culturais e interesses num sistema judicial incoerente. Não por acaso, precedentes, tornaram-se, no Brasil, teses construídas a partir do caso concreto com a pretensão vinculante para o futuro, como se fossem produtos legislativos, numa espécie de subversão do princípio da separação dos poderes (Grau, 2021).

O precedente - decisão passada a ser seguida em casos posteriores, seja no *common law*, seja em sua tentativa brasileira, envolve o domínio dos conceitos de *obiter dicta* e *ratio decidendi*. Aqueles são argumentos utilizados pelos juízes "de passagem", prescindíveis. Esta, por sua vez, constitui a essência da tese jurídica para decidir o caso concreto. O que se percebe é que, no Brasil, há uma problemática instaurada ao tentar criar um sistema *sui generis* de mecanismos vinculantes (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 320).

E até aqueles que defendem a teoria dos precedentes obrigatórios aqui no Brasil - a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni - reconhece a distinção entre a *ratio decidendi*, no âmbito do *common law*, e a tese jurídica formada pelas Cortes responsáveis por formar um precedente aqui no Brasil. Mas que, insistem em equiparar tais institutos um tanto quanto distintos (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 324).

Acontece que a identificação da *ratio decidendi* no próprio *common law* é um problema antigo, que muitas das vezes de difícil separação do que é *dictum*, ou ainda da dificuldade de simplesmente identificá-la (Streck; Raatz; Morbach, 2019).

Precedentes geralmente incorporam razões, e segui-los frequentemente é uma maneira eficiente de evitar "reinventar a roda" (Duxbury, 2008). A busca pela *ratio* requer a sua distinção da *dictum* (questão secundária que pode ser retirada de uma decisão ou ter seu significado invertido sem alterar a decisão em si). Um *obiter dictum*, literalmente, é um "comentário de passagem". E embora necessária, tal diferenciação seja necessária não é facilmente identificável. Há uma dificuldade intrínseca de estabelecer critérios claros para distinguir o núcleo vinculante de uma decisão de seus aspectos secundários ou periféricos. Em algumas decisões, será impossível identificá-la, muito menos separá-la dos *obiter dicta*. Isso ocorre porque nem todos os casos apresentam uma *ratio*. (Duxbury, 2008).

No direito anglo-saxão, a identificação da *ratio decidendi* se estabelece posteriormente quando, os tribunais mediante interpretação a identificam. Ou seja, nenhuma decisão da Suprema Corte é precedente no dia que é proferida. O que a torna precedente é o fato de ser reconhecida e aceita em casos futuros quando do momento da interpretação e julgamento do caso futuro. “Logo, no *common law*, uma decisão judicial não nasce já com o selo de precedente; é o futuro que dirá a respeito da sua força vinculante; da sua *precedential significance*”. Sem esquecer ainda que, mesmo no *common law*, não está livre de críticas a identificação da própria *ratio*, isto é, a própria ideia de precedente será interpretada de forma diferente por diferentes autores (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 325).

Por outro lado, um “precedente à brasileira” já *nasce* assim. Motivo pelo qual parte da doutrina critica duramente, como o faz Streck, Raatz e Morbach (2019, p. 328):

[...] a ideia de um sistema brasileiro de precedentes: o estabelecimento de teses, aprioristicamente, não tem o condão de vincular de antemão o tribunal que segue - do contrário, teríamos que admitir que juízes e Tribunais exercem função legislativa, algo que por óbvio exigiria, no mínimo, uma profunda reforma constitucional (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 328).

O que se nota, portanto, é que a tese precedentalista, ao defender que o Brasil teria adotado um sistema de precedentes vinculantes, não considera todas as nuances e peculiaridades de um debate que se desenvolve(u) no âmbito do *common law* até os dias

atuais. Assim, as teses vinculantes gerais e abstratas que vêm se desenvolvendo no Direito Brasileiro muito pouco se aproximam do precedente legítimo do *common law* (Streck; Raatz; Morbach, 2019; Bonsaglia, 2017).

E as críticas não param por aí. Ao atribuir ao precedente um peso similar ao da lei em um ordenamento jurídico no *civil law* - como o nosso -, a tese precedentalista brasileira parece caminhar, justamente, e uma vez mais, na direção contrária à do *common law*, no qual a legislação se sobrepõe ao precedente. “O sistema brasileiro de ‘teses’ seria, pois, uma anomalia em qualquer país do *common law*” (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 335).

No Brasil, tem-se construído um sistema recursal que impede as partes de rediscutir as decisões vinculantes das Supremas Cortes. Quando sequer “no *common law* a Corte age como se legislatura fosse determinando regras generalizáveis e prospectivas; fosse assim, correr-se-ia o risco de uma passagem do *rule of law* para uma espécie de *law of precedentes*” (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 335).

O problema de se criar essa cultura é que, no Brasil, até agora, não se enfrentou o problema sobre o que é um precedente. Sobre como decisões vinculam. Sobre como precedentes não nascem precedentes, não são para futuro e abstratos (Streck, 2016).

O que nos leva à reflexão final: até que ponto o sistema de “precedentes obrigatórios” que tem sido aplicado no Brasil tem contribuído com o acesso à justiça? Será que a promessa de uniformizar a jurisprudência “e mantê-la estável, íntegra e coerente”, por parte das Supremas Cortes, tem contribuído para um maior acesso à justiça, no sentido de adequada resposta justa e individualizada ao caso concreto? A impressão que fica é que, aqui no Brasil, ainda nem sequer sabe-se exatamente o que é um precedente e o que vincula num precedente, e já se fala em “cultura de precedente” (Streck, 2016).

Atualmente no Brasil, o apego ao efeito vinculante tornou-se, para parcela da doutrina, um fetiche. Além disso, a introdução de um possível sistema de precedentes “é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes”. E no afã de implantar o tal “sistema” suprimimos

direitos. E aumentamos o Poder Judiciário. Sem ao menos, definir com exatidão o que é de fato precedentes, *ratio decidendi*, qual a teoria adotada como instrumento de implantação, numa tentativa incansável de equiparação com institutos bem distintos do *common law*.

O fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*, que, aliás, neste sistema (o *common law*), sequer o precedente se sobrepõe à legislação. Com isso, o CPC de 2015 passaria a elencar determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passam a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. “Contudo, para que essa contribuição não seja feita às custas das garantias constitucionais do jurisdicionado, o CPC deve ser lido conforme à Constituição - não o contrário” (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 335).

É preciso ter cuidado com decisões judiciais, muitas vezes, advindas de uma forma discricionária de produção de decisões e quando argumentamos que o CPC criou um sistema de precedentes “fica parecendo que o andar de cima do Judiciário brasileiro sempre decide bem e que o problema é como vincular/amarrar o andar de baixo”. E não raras vezes, nos deparamos com decisões judiciais dos tribunais superiores, que desconsideram o texto legal, sem realizar o controle de constitucionalidade (Streck, 2016).

Lenio Streck e Igor Raatz (2016) ao criticar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirma que eles, defensores da teoria dos precedentes obrigatórios no Brasil, partem de preocupações legítimas: a falta de coerência na jurisprudência, a insegurança jurídica decorrente desta incoerência e a necessidade de promover decisões iguais para casos semelhantes. Preocupações estas com as quais Streck e Raatz concordam. No entanto segundo estes autores, “o problema da falta de coerência e integridade das decisões reside naquilo que é o coração da própria teoria dos precedentes obrigatórios” (Streck; Raatz, 2016, p. 384).

Estes mesmos autores defendem que o formalismo jurídico, próprio do exegetismo francês e de positivismo científico alemão foram substituídos desde a virada do século XIX para

o século XX e a dualidade entre texto e norma não pode ser vista como novidade como pretendem os defensores da teoria dos precedentes obrigatórios (Streck; Raatz, 2016).

Nesta mesma linha de ideias Lenio Streck e Igor Raatz (2016, p. 387),

[...] algumas das marcas do positivismo exegético de matriz francesa, que enxergava o direito na lei, como aquilo que o legislador quis de forma racional. Tratava-se de encarar o direito a partir de uma concepção rigidamente estatal, em que a interpretação da lei era fundada na intenção do legislador, estando o intérprete rigorosamente subordinado às disposições do Código. Em razão da suposta suficiência normativa da lei, sua interpretação deveria ser buscada na vontade do legislador. Porém, gradativamente, em razão dos casos omissos, passou-se a admitir a autointegração legal, calcada na analogia e nos princípios gerais do direito, que serviram de modo de acomodação do sistema jurídico à quimera da plenipotenciabilidade do Código (Streck; Raatz, 2016, p. 387).

No entanto, o ideal de que o juiz limitar-se-ia à mera subsunção do fato à norma jurídica previamente dada foi sendo gradualmente superado. Começa-se a perceber que a lei não cobre tudo, que a facticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo legislador racional, justamente neste vazio que entram em cena os princípios gerais do direito para autointegrar o ordenamento jurídico e servir para esconder o arbítrio judicial quando o sistema de regras não conseguir prever toda a realidade (Streck; Raatz, 2016).

Nesta mesma linha de ideia, Lenio Streck em *Verdade e Consenso: construção, hermenêutica e teorias discursivas*:

não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei - democraticamente legitimada - com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático (Streck, 2011, p. 35).

Não há norma sem texto, nem estes são menos importantes a ponto de permitir que sejam ignorados por interpretações subjetivistas, em que o sujeito assujeita a objeto. Deste modo, a norma não se confunde com o texto, como defendiam os positivistas exegéticos e conceitual. No entanto, ela não é descolada do texto quando do momento da interpretação, muito menos é o sentido que o intérprete lhe atribui discricionariamente (Streck; Raatz, 2016).

Dito de outra forma, a atribuição de sentido ao texto (a norma do texto) não é algo que surge de modo arbitrário. O texto e a norma não são dissociáveis, não há uma separação entre eles. Logo, não se pode considerar correta uma interpretação que extrapole os limites semânticos do texto. Do ponto de vista hermenêutico, a questão acerca de uma interpretação correta depende muito mais de seus pressupostos (explicação do compreendido), que do seu resultado. Essa é a justificativa de que a possibilidade de controle acerca da fundamentação das decisões judiciais não pode ficar restrita a uma análise estritamente lógico-formal (Streck; Raatz, 2016).

O tempo é outro elemento que interfere no ato de interpretar. A situação em que está inserido o intérprete é fator integrativo da atribuição de sentido ao texto. Neste sentido,

[...] todo intérprete está tomado por sua situação hermenêutica e que é a partir dela que ele projeta sentidos. Portanto, essa primeira constatação faz com que tenhamos uma consequência para o direito: é impossível para o intérprete saltar sua situação hermenêutica e regredir ao tempo da feitura do texto. Aliás, isso representaria - além de uma parca ilusão - um significativo prejuízo, já que a distância temporal é o elemento que possibilita ao intérprete compreender o texto que o interpela. O tempo é nosso aliado, como foi dito acima. Por outro lado, os significados que nos chegam por conta de nossa situação hermenêutica e as possibilidades compreensivas emanadas da distância temporal, não são qualidades “subjetivas” do intérprete, mas, sim, algo que ele compartilha com todos, intersubjetivamente, que a hermenêutica chama de tradição. A compreensão, portanto, nunca é um projeto isolado - realizado por um *solus ipse* - mas é sempre um projeto compartilhado. Nunca se compreende sozinho; sempre se compreende com o Outro, ainda que esse Outro não seja visível, fisicamente (Streck, 2014, p. 297).

A “teoria dos precedentes à brasileira” faz uma dissociação entre texto e norma e diz o que é Direito, conforme sua própria vontade. Agora, o intérprete é assujeitado pelo precedente. Segundo Streck e Raatz (2016), tal teoria não consegue lidar com o problema da discricionariedade judicial, pois deixa de abordá-la adequadamente na medida em que vem a ignorar a questão da livre definição de sentido dos textos normativos, no momento de definir tais precedentes. Chegam a afirmar que essa problemática da interpretação da teoria dos precedentes é muito semelhante à matriz Kelseniana desenvolvida no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito (Streck; Raatz, 2016).

Tem-se uma espécie de fusão entre subjetivismo e objetivismo. Um subjetivismo (quando do momento da formação do precedente dada a discricionariedade judicial) e ao mesmo tempo um objetivismo, uma vez que o precedente vincula os demais juízes e tribunais ainda que o precedente não seja dotado de uma fundamentação adequada à Constituição.

Noutros termos, uma vez que o precedente foi criado, a vontade e o subjetivismo que o criaram são deixados de lado e, quando da aplicação aos casos futuros, o precedente será aplicado por “subsunção”, cabendo aos juízes nos casos futuros submeterem os fatos ao “precedente” (Streck; Raatz, 2016, p. 403).

A teoria dos precedentes à brasileira, portanto, não é outra coisa senão uma espécie de positivismo jurisprudencialista em que a (sic) Corte de Precedentes dá, conforme sua vontade, o sentido aos textos normativos, que passam a ocupar um papel superior a lei (!) no ordenamento jurídico. Aqui, assim como no positivismo exclusivo, não importa o conteúdo da regra formada pelo precedente. A validade do precedente independe de seu conteúdo, como que repretinar Austin. Não há diferença entre legitimidade e autoridade do precedente. Tudo se resume à autoridade (Streck; Raatz, 2016, p. 402).

O precedente não é um texto. Já é a norma definitiva que contém todas as hipóteses de aplicação. No entanto, o “precedente” será alvo de sucessivas interpretações, que, por serem ele também texto será marcado pela vagueza e ambiguidade inerente à linguagem. E mesmo com o manto da obrigatoriedade não serão capazes de superar o problema da indeterminação do direito. Por isso, será rapidamente “alargado” pelos juízes futuros quando do momento de sua subsunção (Streck; Raatz, 2016). A jurisprudência é, de forma peculiar, mais revisável do que a lei promulgada. O juiz que articula cuidadosamente um princípio não está determinando sua formulação em disputas futuras com fatos materialmente idênticos. Pelo contrário, é provável que esse princípio seja moldado e remodelado pelas mãos de tribunais subsequentes (Duxbury, 2008).

Questiona-se se é correto falar em “interpretação” de precedentes. Embora os juízes interpretem estatutos - e às vezes toda a compreensão de um estatuto dependa da interpretação de uma única palavra dentro dele - eles costumam alegar que estão seguindo, distinguindo ou revogando precedentes. Em vez disso, eles consideram se o caso é factualmente semelhante ou diferente daquele que está sendo julgado. Pode-se dizer que a jurisprudência, ao contrário da legislação, tende a ser “analogizada”, e não interpretada (Duxbury, 2008).

Confere-se poderes para Tribunais Superiores sem que antes eles tenham adquirido uma legitimidade para tanto, estruturando uma jurisprudência minimamente íntegra, estável e coerente, para utilizarmos a nomenclatura do artigo 926 do CPC. Neste ponto, há um risco de caminharmos para estabelecimento de juízes legisladores e, por consequência, para uma *Juristocracia* (Streck, 2016).

Os precedentes tornaram-se teses construídas a partir de um caso com o objetivo de vincular casos futuros, como se fossem produtos legislativos, uma espécie de subversão judicial do princípio da separação dos poderes (Streck; Raatz; Morbach, 2019).

Desta maneira, cabe ressaltar que toda essa fragmentação do nosso direito com o uso dos “precedentes obrigatórios” pode afastar o jurisdicionado de uma prestação jurisdicional justa, efetiva e íntegra, assegurada pela CF/1988 quando expressamente prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, feitas essas reflexões, com a introdução de precedentes judiciais obrigatórios, em um sistema de alta sobrecarga judicial, como instrumento de julgamento em massa, pode ser um obstáculo em dificultar o acesso à justiça, na medida em que incute uma lógica de resultados, de julgamentos em bloco pelo propósito único e obsessivo de redução da crise numérica de processos. Assim, a introdução de precedentes obrigatórios, associada a uma ideologia de agilidade e eficiência na prestação jurisdicional pode acarretar um viés cognitivo nos julgadores a tomar decisões numa perspectiva meramente quantitativa, como mero instrumento de gestão do acervo judiciário, dificultando, conseqüentemente o acesso à justiça, quando deveria o cidadão receber uma resposta constitucionalmente adequada com vistas ao seu caso em concreto, com os contornos e as peculiaridades que a singularizam.

5. OS PRECEDENTES VINCULANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

5.1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A própria dificuldade do termo torna difícil apresentar um conceito que seja unânime. Porém, é necessário traçar alguns pontos que sejam facilitadores ao debate. Com efeito, convém precisar a dimensão deste fenômeno e a sua aproximada conceituação.

Kmiec (2004) menciona que a expressão *judicial activism* foi usada pela primeira vez pelo historiador e político, Arthur Schlesinger Jr., em 1947, em um escrito publicado na revista *Fortune*, para comentar as atuações da Suprema Corte no período conhecido como *New Deal*. Uma das correntes - lideradas pelos ministros Douglas e Black, defendia que a Suprema Corte deveria adotar uma postura mais proativa e contribuindo diretamente para aplicação de políticas sociais com base nas convicções políticas dos magistrados. Em contrapartida, outra linha de pensamento defendia uma atitude mais reservada por parte do Judiciário, advogando que a formulação de políticas públicas deveria ser deixada para os representantes eleitos nas urnas, sem intervenção judicial.

No passado e no presente, o termo “ativismo judicial” recebe possíveis e variados significados, mesmo que seu significado específico seja difícil de definir. Há aqueles que o defendem como um termo de admiração, com uma conotação positiva, no sentido de ativista de direitos civis como mecanismo de salvaguardar os direitos nos quais a democracia se sustenta. Noutro lado, aqueles que o veem com uma conotação negativa, considerando-o inclusive como um ameaça à democracia (Kmiec, 2004).

Mas na tentativa de encontrar uma definição mais objetiva possível, com o fim de eliminar, ao máximo, a subjetividade, tem-se duas alternativas de definição do termo “ativismo”. Uma de cunho *quantitativo*. Consideram-se ativistas aqueles juízes que intervêm demasiadamente no âmbito de atuação dos demais poderes, invadindo a separação de poderes e equilíbrio entre eles. No entanto, tal vertente carece de definição teórica, de modo que a quantidade de decisões sobre a declaração de inconstitucionalidade, não significa necessariamente sinônimo de ativismo judicial. De outro lado tem-se ainda a vertente *qualitativa* - que não leva em consideração a frequência da intervenção, mas a atuação mesma do juiz. Apesar de mais aceitável, também apresenta suas dificuldades teóricas de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação

inconstitucional ou ilegal do juiz. “Essas observações em torno da definição indicam que o termo ‘ativismo judicial’, apesar de amplamente utilizado em debates jurídicos e políticos, esconde sérios problemas teóricos” (Dimoulis; Lunardi, 2011, p. 462).

Leite (2015, p. 14) também busca conceituar e identificar o termo ativismo judicial da seguinte maneira:

Uma concepção neutra, institucional e pluridimensional de ativismo judicial. Isso significa compreender o ativismo no sistema de divisão das funções estatais. Nesse sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder (Leite, 2015, p. 15).

Os críticos do ativismo judicial afirmam que juízes ativistas simplesmente impõem suas preferências políticas à sociedade, sem a responsabilidade eleitoral ou a fidelidade à Constituição. No entanto, enquanto as chamadas para conter o Judiciário ativista entram no discurso popular, o termo "ativismo" tem se tornado desprovido de conteúdo significativo, pois muitas vezes reflete apenas uma crítica ideológica. Ainda assim, a preocupação subjacente - de que juízes ativistas possam agir de forma inadequada - é legítima à luz de nosso compromisso com valores democráticos. Para avaliar essa preocupação, precisamos tanto de uma definição precisa de ativismo judicial quanto de uma análise rigorosa (Cross; Lindquist, 2006).

Malgrado eventual indeterminismo do termo “ativismo judicial”, adotar-se-á aqui como o fenômeno do avanço do Poder Judiciário perante os espaços e limites institucionais dos demais poderes, baseando-se em uma premissa central: a Corte constitucional possui o poder da última palavra. Aqui no Brasil, o STF defende que, como responsável por proteger a Constituição (CF, art.102, *caput*), tem o poder exclusivo de dar a palavra final sobre a interpretação das leis contidas no texto constitucional (Dimoulis; Lunardi, 2011, p. 467).

5.2 O ATIVISMO JUDICIAL E A OMISSÃO LEGISLATIVA

O controle de constitucionalidade na conjectura da jurisdição constitucional é uma realidade desde a segunda metade do século XX em vários países da Europa e da América Latina, desenhado em um complexo sistema de separação de poderes, que autoriza a um

órgão supostamente neutro, invalidar decisões políticas daqueles que foram eleitos pelas urnas (Leite, 2015).

Segundo Leite (2015), a desconfiança nas instituições políticas majoritárias, aliada à previsão dos direitos fundamentais no sistema jurídico e ao reconhecimento da força normativa das constituições contemporâneas e de seus princípios, e o alargamento dos legitimados intensificaram o protagonismo judicial. No contexto brasileiro, com a redemocratização de 1988, foi instituído um rol extenso de direitos fundamentais, transformando o Supremo Tribunal Federal em guardião e intérprete da Constituição Federal. Assuntos de elevada carga política, moral, econômica e social são levados ao Poder Judiciário, sobretudo quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de atender às demandas sociais.

A omissão do Congresso Nacional na aprovação de determinadas leis que possuem elevado custo político transfere, silenciosamente, a solução do conflito para o ambiente judicial.

Neste sentido, Leite (2015, p. 12):

Cuida-se de uma delegação intencional (willful delegation) das instituições majoritárias, quando não pretendem receber críticas da opinião pública por terem decidido sobre questões polêmicas. Assim, os Tribunais são chamados para preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos (Leite, 2015, p. 12).

A inércia legislativa em regular dispositivos constitucionais que dependem de regulamento pode, de alguma maneira, contribuir para o alargamento do ativismo judicial e protagonismo do STF. Não por acaso, a Constituição de 1988 prevê os instrumentos processuais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão como meios de buscar combater as “omissões inconstitucionais”. Tais mecanismos processuais ampliam os poderes do Judiciário em áreas que seriam originalmente típicas do Legislativo (Leite, 2015, p. 18-19).

A evolução jurisprudencial a respeito dos efeitos jurídicos da concessão do mandado de injunção revela essa omissão legislativa. No julgado QO MI n. 107, de Relatoria do Min. Moreira Alves, em 1990, o STF entendeu que na concessão do mandado de injunção a decisão judicial não poderia consubstanciar (complementar) a norma integradora para efetivar o exercício do direito pleiteado. Noutros termos, a Corte deveria se limitar a declarar a omissão

inconstitucional, comunicando-se ao órgão legiferante, para que tomasse as providências necessárias. Mas não caberia ao Poder Judiciário suprir o vazio normativo. É o denominado “legislador negativo”, que apesar do poder de anular um dispositivo legal, estaria autorizado a inovar na ordem jurídica (Leite, 2015).

É o que se extrai do voto do ministro Moreira Alves, no julgado QO MI n. 107, DJ, de 21.09.1990:

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrafreios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.

Esse entendimento passou a ser adotado em outros julgados no STF. No MI n. 20, DJ, de 22.11.1996, que tratou do direito de greve dos servidores públicos civis, a Corte reconheceu a mora legislativa, mas se restringiu a comunicar o órgão competente para a criação da lei integradora (Leite, 2015).

No entanto, em outros julgados, o Tribunal passou a apresentar entendimento diversos. No MI n. 283, de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, a Corte foi além do reconhecimento da omissão inconstitucional e conseguinte comunicação ao Poder Legislativo. Reconheceu o descumprimento do dever de legislar por parte do Congresso Nacional e determinou que os autores buscassem nas vias judiciais ordinárias a indenização pleiteada (Leite, 2015).

Outro exemplo desta mudança de entendimento da jurisprudência do STF quanto aos efeitos da concessão do mandado de injunção, se deu com a apreciação da problemática do direito de greve dos servidores públicos. Trata-se do julgado MI n. 721, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que além de afastar a omissão legislativa inconstitucional, permitiu a fruição do direito à aposentaria especial por parte de servidores públicos, com base nos critérios definidos no art. 57 da Lei n. 8.213/91 (Leite, 2015).

Um outro exemplo mais recente, em fevereiro de 2019, o STF no julgamento do MI 4733 (julgado em conjunto com a ADO 26) tratando da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. A corte constitucional brasileira decidiu pela aplicação subsidiária da lei n. 7.716/89, conhecida como lei de combate ao racismo, que tipifica como crime o ato de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Calçado, 2023).

Calçado (2023, p. 673) adverte quanto ao caráter ativista desta decisão:

Tratou-se de uma decisão polêmica, considerada por alguns como uma decisão ativista do STF, visto tratar de matéria penal. Em que pese a criteriologia usada, sobretudo com o enquadramento do ato de homotransfobia como preconceito racial, a decisão merece reflexões quanto à nocividade de seu conteúdo pois se criou um tipo penal por meio de uma decisão judicial. Em outros termos, a Corte substituiu a competência legislativa e seu caráter de representatividade popular (Calçado, 2023, p. 673).

O dirigismo constitucional, de acordo com a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, se correlaciona com o ativismo e a ocupação de vazios normativos pelo STF, na medida que a Constituição impõe um dever de agir ao Estado a incorporar vários direitos prestacionais e além de metas e programas, como por exemplo assegurar o pleno emprego, a erradicação da pobreza e das desigualdades regionais e sociais, e tantos outros (Leite, 2015).

Existe a defesa da tese de que a interpretação feita por juízes e tribunais são mais qualificadas e técnicas, portanto, mais seguras. Mas não imune a críticas (Oliveira; Santos, 2020).

Neste sentido, Oliveira e Santos (2020, p.9):

Crítica comumente tecida à esta justificação da palavra final pelas cortes é a de que tal entendimento, ao alienar a interpretação da constituição dos outros poderes e particularmente do povo, camuflaria um certo “paternalismo judicial”, que desconfia da idoneidade - e mesmo da capacidade - de outras instâncias de igualmente realizarem a interpretação constitucional, como se tal monopólio pertencesse a uma classe “elitista de juízes e cortes constitucionais”, por isso também alguns têm cunhado chamar tal proposta de “juristocracia”, isto é, um governo de “juízes-filósofos”, que evidentemente restaria incompatível com um regime de governo democrático, assemelhando-se tal arranjo à proposta de uma república platônica (Oliveira; Santos, 2020, p. 9).

Outro aforismo atribuído à supremacia da interpretação judicial é a de que ela seria “apolítica” ou despolitizada. Aqui mais um argumento que precisa de suas ponderações. O exercício da função jurisdicional, pela própria conjectura, é uma função política, na medida

em que é constituída e prevista em uma carta política - a constituição - ao exercer seus poderes típicos e atípicos, desempenha uma função política.

Neste ponto, cabe a ressalva feita por Oliveira e Santos (2020, p. 10):

Dito de outra maneira, o Judiciário exerce sim uma função política na medida em que realiza funcionalmente suas competências constitucionais, qual seja, a pacificação do conflito social de forma imparcial e pessoalmente não tendenciosa. O que se quer dizer então é que o juiz ou tribunal não estaria vinculado a um eleitorado que lhe vinculasse e demandasse correspondência direta entre os anseios destes e as decisões e posicionamentos daqueles (Oliveira; Santos, 2020, p. 10).

Por outro lado, também é possível dizer que, apesar de não participantes da política ou eleitoral (inclusive, a própria Constituição Federal de 1988, veda expressamente em seu inciso III, do parágrafo único do art. 95), fica evidente que membros do Poder Judiciário podem assumir posições políticas diferentes, sejam conservadoras ou liberais, dependendo de diversos fatores sociais, econômicos, políticos e pessoais (Oliveira; Santos, 2020).

Essa afirmação inclusive é defendida pelo próprio STF, na obra “A Constituição e o Supremo”, aduzindo que “o exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF”. Reforça ainda no próprio art. 102 da Constituição de 1988 (Oliveira; Santos, 2020, p. 12).

No que se refere a essa interpretação, Oliveira e Santos (2020, p. 13) advertem:

Nada obstante, no que se refere à função de intérprete maior e o resultante monopólio da “palavra final” em termos constitucionais, com relação ao verbo de comando do artigo (“competete”) e ao seu objeto (“a guarda da Constituição”), parece haver, por parte do Pretório Excelso, uma inversão inadvertida das expressões justapostas “ao Supremo Tribunal Federal” (sujeito) e “precipualemente” (advérbio). Em outras palavras, onde o texto da norma diz “Competete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição”, o Supremo parece ler “Competete, precipualemente, ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição” (Oliveira; Santos, 2020, p. 13).

Vale dizer, a interpretação que é dada ao termo “principualemente” e a sua posição da composição textual determina seu sentido e conseqüentemente altera o entendimento da norma. Quando colocado entre o sujeito e o objeto, entende-se que a principal função do STF é a guarda da Constituição. Por outro lado, se colocado entre o verbo e o sujeito, cria-se o

entendimento que o STF seria o principal responsável pela guarda da Constituição, detendo o monopólio da palavra final em matéria constitucional.

Salientando que, o ativismo judicial não pode ser generalizado como sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio em todas as circunstâncias. Em muitos casos, ele representa uma resposta legítima às demandas sociais e à necessidade de efetivação de direitos fundamentais, especialmente diante de omissões legislativas ou de falhas nas instituições políticas (Leite, 2015). Como há casos também de decisões prejudiciais aos direitos fundamentais e às minorias, como episódios históricos das deliberações da Suprema Corte dos Estados Unidos (Oliveira; Santos, 2020).

Neste sentido:

Dentre os mais emblemáticos podendo-se citar os casos *Lochner v. New York* (1905) e *United States v. Morrison* (2000), quando a Suprema Corte do país, em tese, teria decidido contra direitos e garantias concedidos pelo Parlamento estadual e federal à classe dos trabalhadores e proteção às mulheres, respectivamente (Oliveira; Santos, 2020, p. 8).

Destarte, é de fundamental importância entender que o ativismo judicial, embora possa contribuir para a concretização dos direitos fundamentais, em especial em casos de omissão legislativa, também traz consigo o risco de prejudicar e até violar direitos fundamentais. Dessa maneira, a atuação do Judiciário deve encontrar o equilíbrio entre o respeito à separação dos poderes e à salvaguarda de demandas sociais, tarefa absolutamente complexa nas sociedades contemporâneas.

5.3 OS PRECEDENTES VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

A transformação das funções das Cortes Supremas e dos precedentes, com deslocamento da resolução do conflito para a uso de padrões de decisão, requer uma preocupação com o adequado funcionamento deste sistema, cujos tribunais precisam uniformizar suas jurisprudências “e mantê-la estável, íntegra e coerente” (Brasil, 2015).

Atualmente, o modelo de julgamento está ligado à função pública de definição do sentido do direito (em forma de precedentes) e, por isso, estimula-se o debate mais

aprofundado em torno da solução interpretativas na elaboração do precedente, cujo entendimento fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros. E se a Corte tem a função de desenvolver o direito, “deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas nas *rationes decidendi* dos precedentes” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2019, p. 664).

Significa dizer que, longe de ser uma tarefa fácil, os tribunais devem uniformizar suas jurisprudências, mantendo-as íntegras e coerentes dentro da lógica de garantia da isonomia e da segurança jurídica do sistema judicial. Nesta perspectiva, se torna relevante dizer que se quando do julgamento resulta em um entendimento que, mais do que resolver o caso em concreto, fixará o sentido do direito à sociedade e com isso dizê-lo, deve deixar absolutamente claro a *ratio decidendi* e garantir, desta forma, um mínimo de previsibilidade. Considerando a realidade dos tribunais brasileiros, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade de prever o resultado da questão *sub judice*, isso porque juízes e tribunais não atendem à critérios mínimos de racionalidade ao decidirem. E um sistema judicial que convive com interpretações diferentes para casos semelhantes é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir “justiça” nos casos concretos (Marinoni, 2019).

No Brasil, muitos juízes de primeira instância (de Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais), ainda não seguem os precedentes estabelecidos pelo STJ, inclusive sem qualquer fundamentação de tais escolhas. E o que é ainda pior: o próprio STJ apresenta entendimentos divergentes sobre casos semelhantes, e essa variação ocorre não só entre Turmas distintas, mas também dentro de uma mesma Turma, que frequentemente julga casos idênticos de formas diferentes. Na verdade, o STJ funciona, ainda nos dias de hoje, como “uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários” (Marinoni, 2019, p. 70-71).

Sobre esse ponto, ainda segundo Marinoni (2019):

Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mercado, assim como os governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesses na incoerência na irracionalidade do que do contrário. Esse ponto, apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de civil Law marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na administração, inclusive na administração da justiça (Marinoni, 2019, p. 74).

No que se refere a interrelação entre a formação cultural brasileira e o Poder Judiciário brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni trabalha os conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia, para demonstrar o significado de “homem cordial” como um modo de comportamento pessoal típico da cultura brasileira contrário à impessoalidade e à racionalidade formal, que ainda caracteriza as instituições e a Administração Pública Brasileira (Marinoni, 2019).

Ainda segundo este autor chega a afirmar que o patrimonialismo constitui o funcionalismo patrimonial na medida em que não separa as esferas pública e privada, e com base em critérios subjetivos escolhe os funcionários e delimitam as competências. No funcionalismo patrimonial, o cargo é preenchido com base em relações pessoais e de confiança pouco importando a capacidade do “beneficiado”, muito menos, a prévia definição da realização de determinadas tarefas. O cargo e o exercício do poder público estão a serviço da pessoa do senhor, por um lado, e do funcionário agraciado com um cargo, por outro, e não de tarefas predefinidas (Marinoni, 2019).

E quando se refere ao Poder Judiciário especificamente Marinoni (2019, p. 82) aduz: “quando se vincula patrimonialismo ao Poder Judiciário, faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas”.

Ainda sobre esse contexto, Marinoni (2019) conclui:

[...] Se a universalidade das regras é algo indispensável a uma sociedade que pretende se desenvolver e não privilegiar alguns poucos, é preciso parar para pensar a quem sempre interessou a irracionalidade o que fazer para eliminar o caos em que está mergulhada a nossa administração da justiça. Sem rodeios, é preciso decidir se queremos abrir mão do ‘jeito’ e privilegiar a universalidade do direito e a autoridade do Poder Judiciário. Se queremos ser uma ‘família’ ou uma nação (Marinoni, 2019, p. 88).

Na nossa cultura, o patrimonialismo e o personalismo invadem a administração da justiça de tal maneira que a própria função institucional do Poder Judiciário acaba sendo afetada negativamente, na medida que manipula os casos com interesses escusos e contrários à igualdade e à segurança jurídica do sistema (Marinoni, 2019).

Um sistema que confere - como é o caso do brasileiro - às decisões judiciais força vinculantes quando da formação de precedentes obrigatórios ou vinculantes garante a imparcialidade da prestação jurisdicional em todo os níveis do Poder Judiciário.

Como já exposto antes, é evidente que o juiz pode afastar a aplicação de precedente quando o distingue com caso em análise, associado ao ônus argumentativo que o próprio sistema jurídico atual brasileiro lhe impõe. Desta forma, qualquer mudança de posicionamento (superação; *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (Didier Jr., 2017).

Além disso, os precedentes das Cortes Superiores são também fortes instrumentos de conferir unidade ao direito, na medida em que produzem efeitos extrajudiciais, quando os advogados ficam com o ônus de informar aos seus clientes não somente a letra da lei, mas também e sobretudo os precedentes obrigatórios incidentes ao caso. A partir daí, defini estratégias, analisa-se riscos econômicos e discute-se a possibilidades de acordo, resultando, em última análise, o desenvolvimento da sociedade num ambiente de respeito ao direito. Assim, tendo as Cortes Supremas essa função - de unidade do direito - trata-se de situação jurídica que interessa não somente ao Poder Judiciário, mas a toda a sociedade (Marinoni, 2019).

As partes envolvidas no litígio e toda a sociedade em geral têm interesse em controlar o poder advindo dos precedentes obrigatórios das Cortes Supremas. Há inclusive institutos que admitem a participação da sociedade quando da construção de precedentes seja através de audiências públicas, seja com a intervenção de *amicus curiae*, conforme preconiza o §3º do art. 927, do Código de Processo Civil.

O instituto da audiência pública jurisdicional foi criado com o intuito de possibilitar a participação democrática da sociedade civil a influenciar as decisões das Cortes Supremas. Seria, portanto, um mecanismo de legitimidade democrática das decisões judiciais de tais Cortes. Ocorre que, a limitação da participação e o diminuto tempo de debate e diálogo acabam por reduzir o espectro democrático do instituto, que “colide com a ideia central da participação social na interpretação constitucional como exercício da cidadania” (Oliveira, 2021, p. 168).

E Oliveira (2021) ainda continua:

Assim, mister se faz repensar a importância que a ampliação do instituto [da audiência pública] produziria em sede de legitimidade das decisões judiciais e de participação social, ao passo que permitiria uma efetiva comunicação entre sociedade e direito, a fim de reduzir os riscos oriundos do processo decisório (Oliveira, p. 168).

Assim, a proposta de democracia deliberativa - como é o caso do sistema brasileiro - se alinha ao princípio de democracia constitucional, cuja participação popular vai muito além do voto nas urnas, permitindo a participação da sociedade civil na produção das decisões. E o *amicus curiae* e a audiência pública são mecanismos adotados pelas Cortes Supremas (STF e STJ) para aproximar a sua relação com a vida real, tornando-as acessíveis à sociedade, ao possibilita a participação ativa do povo no debate prévio à tomada de decisão (Oliveira, 2021).

Esse tipo de participação se coaduna com a jurisdição constitucional, na medida que abre as portas à população, permitindo sua confluência no processo decisório, sem esquecermos ainda do ônus argumentativo do poder judiciário em justificar suas decisões - fator de legitimidade das decisões da jurisdição constitucional. Sendo assim, “se o tribunal cumprir com o compromisso de permitir a participação social nos casos de relevância e de interesse público geral cumprir-se-á sua representação argumentativa e por sua vez a legitimidade” (Oliveira, 2021, p. 173).

Outro ponto a ser considerado quanto ao uso das audiências públicas em sede do Poder Judiciário é o impacto que elas causam na formação da decisão judicial, uma vez que a partir do momento que a Corte considera os debates e argumentos proferidos, há uma extensão do diálogo entre a sociedade civil e o Poder Judiciário, considerando que os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus atores. Assim, é possível afirmar que “no Brasil, a utilização das audiências públicas mostra-se como uma resposta para as discussões acerca da legitimidade das decisões proferidas pelo STF em sede de jurisdição constitucional” (Oliveira, 2021, p. 203).

O sistema de precedentes também pode ser visto como instrumento de estabilidade jurídica. Um sistema em que os juízes interpretam as leis e controlam a sua constitucionalidade, as Cortes Supremas assume o papel de definir o sentido do direito, assim como sua validade. E uma vez definindo-se um precedente obrigatório, nem mesmo a Corte “criadora pelo decidir em desatenção ao precedente firmado” (Marinoni, 2019, p. 104).

Os juízes, desembargadores e ministros, justamente por integrarem uma instituição, devem admitir o que foi definido no precedente, acolhendo-o para solucionar o caso concreto. Ou seja, o respeito à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes fortalecem o sistema à medida que trazem coerência e unidade. Inclusive, a uniformidade das decisões de dado tribunal está condicionada ao respeito dos seus próprios precedentes, dos julgados de suas câmaras ou turmas (Didier Jr., 2017).

Dito isto, a promoção da unidade do direito e de precedentes obrigatórios colaboram com o fortalecimento do Poder Judiciário enquanto instituição, quando juiz, desembargadores e ministros entendem que, para a jurisdição seja adequadamente prestada, depende da conjugação de várias funções institucionais. Outro aspecto envolvido neste debate: a racionalidade econômica. Os jurisdicionados necessitam de garantias de que o Estado não irá surpreendê-los. O direito destituído de clareza e previsibilidade produz a insegurança. Um mínimo de previsibilidade é indispensável para o desenvolvimento do capitalismo e do próprio Estado (Marinoni, 2019).

A instabilidade nas(das) decisões judiciais provocada pelo ativismo judicial aumentam a insegurança no sistema econômico, impactando negativamente as relações comerciais, que por sua vez, afeta o desenvolvimento nacional a longo prazo. Isso porque, no contexto empresarial, a segurança jurídica exige regras minimamente clara e consistentes (Rocha; Barbosa, 2015).

Para além disso, utilizando-se da doutrina de Dworkin, a integridade do direito foi objeto de seus estudos. Segundo ele, a integridade é composta por: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito (Dworkin, 2007, p. 230).

A integridade também é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade no julgamento. Aquela é voltada ao legislador, que deve manter-se coerente quanto aos princípios. Esta, destinada ao juiz, que exige a observância e o cumprimento da coerência tal qual ela deve ser compreendida, com respeito ao passado, aos precedentes, e não como uma pluralidade de decisões distintas (Dworkin, 2002).

Segundo Dworkin, a integridade no âmbito judicial exige que os juízes tratem o sistema de normas públicas como um conjunto coerente e, diante disso, interpretem as normas de modo a respeitar a integridade na prestação jurisdicional. “É a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais” (Dworkin, 2007, 260).

Assim é possível pensar, na doutrina de Dworkin (2007), no direito como integridade, na medida em que o ato de interpretar analisa o passado e se projeta para o futuro. E em especial em casos difíceis em que (i) não é possível reconhecer a intenção da lei, (ii) não existe uma resposta clara para a questão e (iii) há precedentes judiciais conflitantes. A integridade do direito e a interpretação a partir dela, é a resposta dada pelo autor.

Desta forma, o direito como integridade permite dar respostas a tais casos difíceis quando se pensa em um sistema pautado na coerência de princípios, como a justiça equidade e o devido processo legal.

Os precedentes vinculantes desempenham um papel crucial no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que promovem segurança jurídica, isonomia e estabilidade nas decisões judiciais. Comparou-se os sistemas (ou famílias) do *common law* e *civil law*, desde seus surgimentos até seus dias atuais, revelando a singularidade do sistema brasileiro e a aproximação entre tais sistemas.

Portanto, é possível afirmar que os precedentes vinculantes constituem um mecanismo eficaz para conter o ativismo judicial - aqui no sentido de uma atuação descontrolada e sem delimitações que pode comprometer a separação dos poderes e gerar insegurança jurídica. Ao delimitar o alcance das decisões judiciais dentro de parâmetros estabelecidos, eles asseguram

a integridade do sistema jurídico e o equilíbrio entre os poderes. Sem esses elementos, corre-se o risco de que os precedentes se tornem apenas formalidades sem impacto prático.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo central analisar os precedentes judiciais como um instrumento de legitimidade e efetividade dos direitos fundamentais, abordando questões históricas, conceituais e metodológicas que permeiam a constitucionalização do direito. A pesquisa percorreu desde os fundamentos históricos do *civil law* e *common law* até a influência contemporânea dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, com foco na efetivação dos direitos consagrados na Constituição de 1988.

Inicialmente, a análise dos sistemas processuais do *civil law* e do *common law* revelou diferenças estruturais significativas que influenciaram a formação histórica de cada tradição jurídica. Enquanto o *civil law*, fundamentado na codificação e na supremacia da lei, emergiu como uma tentativa de romper com as práticas abusivas do Antigo Regime, o *common law* se desenvolveu com base na jurisprudência e na criação pragmática de normas pelos tribunais. Essa análise histórica é essencial para compreender como as diferenças entre os sistemas influenciaram o papel dos juízes na aplicação do direito e a evolução dos precedentes judiciais. No contexto brasileiro, a adoção de elementos do *common law*, como o sistema de precedentes obrigatórios introduzido pelo CPC de 2015, reflete um movimento de aproximação entre as tradições jurídicas e a busca por maior previsibilidade e uniformidade decisória.

No capítulo seguinte, foi explorada a construção teórica dos sistemas jurídicos a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. A Teoria Pura do Direito de Kelsen proporcionou uma base normativa para a compreensão da hierarquia das normas e da legitimidade do ordenamento jurídico, enfatizando a norma fundamental como elemento estruturante. Por sua vez, a Teoria dos Sistemas de Luhmann trouxe uma perspectiva inovadora, ao tratar o direito como um sistema autopoietico, autorreferente e operacionalmente fechado, que se adapta e se reconstrói diante das complexidades do ambiente. Essas abordagens, embora distintas, convergem ao destacar o papel estruturante e funcional dos precedentes judiciais na organização e eficiência do sistema jurídico brasileiro.

A partir da perspectiva do controle de constitucionalidade, a dissertação abordou a evolução do controle difuso e concentrado, destacando como esses mecanismos contribuíram para a consolidação dos precedentes no Brasil. A tese da abstrativização do controle difuso, aceita pelo Supremo Tribunal Federal, e a introdução de normas como o art. 927 do CPC de 2015 evidenciam uma transição paradigmática no sistema jurídico brasileiro, que agora reconhece o papel vinculante dos precedentes para garantir maior segurança jurídica e isonomia na aplicação do

direito. Essa evolução reflete não apenas a influência do *common law*, mas também a necessidade de adaptação às demandas de uma sociedade democrática e pluralista.

Outro ponto relevante abordado foi a contribuição dos precedentes para a concretização dos direitos fundamentais. Em um contexto de sobrecarga do Judiciário e de demandas por maior celeridade e eficácia, os precedentes se apresentam como ferramentas cruciais para a efetivação de direitos como dignidade da pessoa humana, igualdade e acesso à justiça. O papel criativo dos juízes, ao interpretar e adaptar normas gerais às especificidades dos casos concretos, permite uma aplicação mais próxima dos ideais constitucionais, reafirmando o compromisso do sistema jurídico com a proteção dos direitos fundamentais.

Ademais, foi explorada a relação entre os precedentes e a legitimidade do Poder Judiciário. Ao adotar precedentes vinculantes, o sistema jurídico, com a participação de destaque do Poder Judiciário, fortalece a previsibilidade das decisões e promove a confiança da sociedade no sistema de justiça. Essa legitimidade está intimamente ligada à capacidade das instituições judiciais de assegurar a coerência e a estabilidade na interpretação das normas, evitando decisões contraditórias que possam comprometer a credibilidade do sistema.

Por fim, a dissertação defende que os precedentes judiciais não são apenas ferramentas de organização jurídica, mas também instrumentos fundamentais para a promoção da justiça e da cidadania. Ao orientar a atuação do Judiciário e garantir a uniformidade das decisões, os precedentes contribuem para a efetivação dos direitos fundamentais e para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Assim, é possível afirmar que os precedentes judiciais são institutos jurídicos essenciais na construção de um sistema jurídico mais justo, eficiente e alinhado aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/456>. Acesso em: 10 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2024.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo W (Coordenadores). **Processo Constitucional**. 2. ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. RDF - Revista da Faculdade de Direito - UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012a.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição** - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**; tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONSAGLIA, Mário Luiz. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, legislativo e executivo**/LEITE, George Salomão, STRECK, Lênio, JÚNIOR, Nelson Nery (coordenadores). São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código do Processo Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRITO, Jaime Domingues; DE OLIVEIRA, Flávio Luis. **A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos.** *Intertemas*, vol. 13, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CALÇADO, Gustavo. **Teoria da constituição e direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2024. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html> . Acesso em: 21 out. 2024.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. **Minnesota Law Review**, v. 91, p. 1752, 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/652/>. Acesso em: 06 dez. 2024.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

_____. **O império do direito.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 27 dez. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Ativismo judicial no controle de constitucionalidade**. Definições quantitativas e qualitativas. Texto inédito, 2011.

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

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. - 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. **Contribuições da teoria de Joseph Raz para a consolidação de uma teoria dos precedentes constitucionais**: a ideia de discricionariedade forte e o contraste entre precedentes ordinários e precedentes constitucionais. Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante. 2018. Tese de doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B2DHRV> . Acesso em: 21 jan. 2025.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 1992.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”**. *In: California Law Review*, vol. 2, n. 5, 2004, p. 1441-1477.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, 2007. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146>. Acesso em: 21 jan. 2025.

LEITE, Glauco Salomão. Poder Judiciário Legislador? *In: Crise dos Poderes da República*: judiciário, legislativo e executivo. LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERI JÚNIOR, Nelson (Coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira / Legislative Inaction and Judicial Activism: the Dynamics of Separation of Powers in the Brazilian Constitutional Order. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 45, 2015. DOI: 10.17808/des.45.428. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/428>. Acesso em: 17 jan. 2025.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista Direito Gv**. São Paulo. V. 12 N. 3 | 810-845 | Set-Dez 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201633>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/66592>. Acesso em: 20 jan. 2025.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 2002.

_____. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. impressa São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, vol. 57, n. 380, 2009, p. 45- 50.

_____. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão de recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Aproximação Crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. São Paulo, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOLLICA, Rogerio; OLIVEIRA, Ocimar de Barros de. **O novo CPC, os precedentes vinculantes e a discussão sobre a (in) constitucionalidade de sua previsão infraconstitucional**. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 21, p. 227-245, set./dez. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Reformas do CPC em Matéria de Recursos Cíveis**. Revista da EMERJ, vol.4, n.13, 2001.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Common law e Civil law: da bifurcação à aproximação entre o direito dos juízes e o direito dos legisladores e uma leitura crítica da precedencialização do direito brasileiro**. Revista Brasileira de História do Direito| e-ISSN: 2526-009X| Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 56 - 74 | Jul/dez. 2018.

NERI JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: teoria dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - Volume único**. 12 ed. Salvador. Ed. JusPodivum, 2019.

OLIVEIRA, J. C. de; SILVA, D. M. da. **A função dos tribunais no Estado constitucional contemporâneo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista da AGU, [S. l.], v. 19, n. 01, 2020. DOI: 10.25109/2525-328X.v.19. n. 01.2020.2473.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Constitucionalismo Dialógico e Audiências Públicas: Uma análise sistêmica do Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____. **Constitucionalismo Popular e diálogos institucionais: Discussões sobre a legitimidade e a legitimação dos intérpretes da Constituição**. Dusseldorf: Novas Edições Acadêmicas, 2019. v. 1. 108p.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SANTOS, Natanael Lima. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Brasil, v. 14, n. 3, 2020. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/466>. Acesso em: 18 jan. 2025.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Luhmann**. Brasília: Revista CEJ, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005, p. 101-110.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

_____. **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida; revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Between authority and interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Normativity and Responsibility - Response**. *Jerusalem Review of Legal Studies*, p. 1-15, 2013.

_____. **The concept of a legal system**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1980.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O Papel dos Precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 115-133. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/3046/pdf>. Acesso em: 21 dez. 2024.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Hermenêutica Jurídica Contemporânea: apontamentos à luz das lições de Hans-Georg Gadamer. In: GILMAR, Ferreira Mendes. **Jurisdição Constitucional**. Organização Gilmar Ferreira Mendes. Brasília: IDP, 2012.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SCHAUER, Frederick. "Precedent." *Stanford Law Review*, vol. 39, no. 3, 1987, pp. 571–605. *JSTOR*. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1228760>. Acesso em: 29 jan. 2025.

SPAMANN, Holger. Civil V. **Common Law: The Emperor Has No Clothes**. Harvard Public Law Working Paper No. 24-11, 2024. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4937647>. Acesso em 10 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica** - UNICURITIBA, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencial ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**. Vol. 262. Ano 41. p. 379-411. São Paulo. ed. RT, dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. 1.], v. 35, n. 69, p. 83-108, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p83>. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. A pergunta: o que é necessário para existir um precedente? **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-abr-20/senso-incomum-pergunta-necessario-existir-precedente#_ftnref. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc/>. Acesso em: 12 nov. 2024.

_____. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. 1.], v. 37, n. 74, p. 115–136, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p115>. Acesso em: 8 nov. 2024.

TORRANO, Bruno; STRACK, Lenio Luiz. **Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>. Acesso em: 8 nov. 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the Rule of Law, a layered approach.**, 111M ich. L. Rev.1(2012). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss1/1>. Acesso em: 20 jan. 2025.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: do problema ao precedente; da teoria do processo ao código de processo civil de 2015**. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.