

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO

IGOR RAFAEL CARVALHO DE ALENCAR

**O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A
FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A SUBSUNÇÃO**

SÃO PAULO
2023

IGOR RAFAEL CARVALHO DE ALENCAR

**O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A
FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A SUBSUNÇÃO**

Texto de dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Mestrado Acadêmico da Faculdade Autônoma de Direito, como requisito de obtenção do título de Mestre em Função Social do Direito.

Linha de pesquisa: Acesso à justiça.

Orientador: Prof. Dr. Lauro Ishikawa.

SÃO PAULO
2023

IGOR RAFAEL CARVALHO DE ALENCAR

**O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A
FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A SUBSUNÇÃO**

Texto de dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Mestrado Acadêmico da Faculdade Autônoma de Direito, como requisito de obtenção do título de Mestre em Função Social do Direito.

Linha de pesquisa: Acesso à justiça.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lauro Ishikawa

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Agradecimentos

A trajetória acadêmica é repleta de estudos, debates e reflexões. A elaboração da presente dissertação percorreu esse caminho desafiador e foi possível graças ao apoio das pessoas a quem deixo meus agradecimentos.

Aos meus pais, Reginaldo e Gladys, agradeço pelo contínuo incentivo ao aprendizado e pelo apoio na concretização dos meus objetivos.

Aos meus irmãos, Alisson e Filipe, pela amizade e companheirismo.

À minha esposa Sara e minhas filhas Beatriz e Isabela, fontes de inspiração.

Agradeço ao meu orientador, Professor Lauro Ishikawa, pelo acolhimento como orientando e por toda a sua experiência, parceria e dedicação durante minha pesquisa e trabalho científico.

Não poderia deixar de agradecer à FADISP e ao excelente quadro de professores e professoras do Programa de Mestrado Acadêmico, onde recebi o apoio para me desenvolver como acadêmico.

RESUMO

O presente trabalho analisa o panorama do sistema jurídico brasileiro de precedentes. Baseado na tradição jurídica do *Civil Law*, que possui a legislação como fonte primária do direito, o ordenamento jurídico brasileiro atualmente e de maneira formal reconhece a necessidade de aceitação dos precedentes vinculantes como norma jurídica a ser observada pelos intérpretes do direito. Para fins de desenvolvimento desse estudo, realiza-se análise dos sistemas jurídicos baseados nas duas principais tradições jurídicas ocidentais, das quais decorrem os ordenamentos jurídicos, a saber, as culturas do *Common Law* e do *Civil Law*. Examina-se o *Common Law* especialmente sob o prisma da decisão judicial como fonte de direito, edificadora da norma jurídica, a partir da verificação da evolução histórica do próprio sistema na Inglaterra e nos Estados Unidos, com a análise sobre o surgimento da tradição jurídica inglesa e a posterior incorporação e adaptação para o estabelecimento do sistema jurídico norte-americano. Sobre o sistema *Civil Law*, destaca-se a sua evolução histórica e influência na construção do sistema brasileiro de justiça, baseado na observância das regras jurídicas elaboradas com o trabalho do parlamento no processo de deliberação legislativa. Com base em metodologia analítico-propositiva dos conceitos, premissas e forma de observação do fenômeno jurídico de criação de uma norma, é traçado um panorama geral sobre esses sistemas de justiça, os seus objetivos e importância para a garantia e preservação da ordem e dos direitos fundamentais. Destaca-se, em ambos os casos, a utilização pelo sistema jurídico do precedente judicial como fonte normativa e a questão atual sobre a forma de aplicabilidade. E ao final, após a definição da importância do precedente judicial como fonte normativa, discorre-se sobre a existência do sistema brasileiro de precedentes e suas peculiaridades.

Palavras-chave: Precedentes. *Common Law*. *Civil Law*. Fonte normativa. Sistema brasileiro.

ABSTRACT

The present work analyzes the panorama of the Brazilian legal system of precedents. Based on the legal tradition of Civil Law, which legislation is the primary source of law, the Brazilian legal system currently and formally recognizes the need to accept binding precedents as a legal norm to be observed by law interpreters. For the purpose of developing this study, an analysis of legal systems based on the two main western legal traditions, from which legal systems arise, namely, the cultures of Common Law and Civil Law is carried out. The Common Law is examined especially under the judicial decision prism as a source of law, which builds the legal norm, from the verification of the historical evolution about the system in England and the United States, with the analysis of the English legal tradition emergence and its subsequent incorporation and adaptation for the establishment of the North American legal system. Regarding Civil Law, its historical evolution and influence on the construction of the Brazilian justice system stand out, based on the observance of legal rules elaborated with the work of parliament in the process of legislative deliberation. Based on an analytical-propositional methodology of concepts, premises and form of observation of the legal phenomenon of creating a standard, an overview of these justice systems, its objectives and importance for the guarantee and preservation of order and rights is drawn. In both cases, the use by the legal system of the judicial precedent as a normative source stands out and the form of applicability. Finally, after defining the importance of judicial precedent as a normative source, the existence of the Brazilian system of precedents and its peculiarities is discussed.

Keywords: Precedent. *Common Law*. *Civil Law*. Normative source. Brazilian system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 COMMON LAW E PRECEDENTES.....	12
2.1 Noções preliminares ao tema das tradições jurídicas	12
2.2 A tradição jurídica inglesa	19
2.3 O sistema jurídico norte-americano.....	25
3 CIVIL LAW.....	29
3.1 Análise histórica.....	30
3.2 Interpretação da norma	33
4 PRECEDENTE COMO FONTE NORMATIVA.....	49
4.1 A discricionariade do juiz.....	50
4.2 A superação da subsunção pela construção.....	57
4.3 O círculo hermenêutico.....	66
5 O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES	71
5.1 O direito comparado no sistema <i>civil law</i>	73
5.2 A fundamentação normativa do precedente no sistema brasileiro.....	77
5.3 Sentença normativa.....	87
5.4 Modulação dos efeitos.....	90
6 CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS	96

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, na sua versão promulgada em 2015, entrou em vigor inaugurando etapa de valorização da atividade judicial como fonte normativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A aprovação legislativa da referida codificação constitui relevante marco normativo ao disciplinar formalmente os precedentes judiciais como categoria de norma vinculante a ser observada no julgamento dos casos práticos futuros.

Assim sendo, os precedentes judiciais, que já experimentavam espaço de referência na fundamentação das decisões judiciais, como destaque argumentativo ou mesmo com força vinculante em decorrência de julgados da Corte Constitucional, tornam-se de observância obrigatória por parte de juízes e tribunais.

O ordenamento jurídico brasileiro, baseado na tradição *Civil Law*, de origem romano-germânica, embora tenha a Lei como fonte normativa primária, convivia em certo ponto com algum regramento que conferia força de norma geral a atos judiciais decisórios. Como exemplo, tem-se os remotos assentos da Casa de Suplicação, que estiveram em vigor na época colonial até a fase de Império no Brasil, bem como as Súmulas Vinculantes, com origem na Emenda Constitucional 45/2004. Na seara processual civil, cabe destacar algumas regras previstas no Código de Processo Civil de 1973, como a atribuição de poder ao relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso com fundamento em súmula ou jurisprudência (CPC/1973, art. 557, § 1º - A), a súmula impeditiva de recurso (CPC/1973, art. 518, § 1º) e a improcedência liminar com fundamento em precedentes do próprio juízo (CPC/1973, art. 285-A).

Essas regras processuais, voltadas a conferir força normativa a decisões judiciais, foram editadas a partir do esforço da doutrina, que percebia como fundamental a necessidade de observação da norma produzida pela jurisprudência para garantir segurança jurídica ao sistema, quanto à interpretação da lei e da Constituição, além de instrumento de resolução de demandas repetitivas de massa.

Assim, a força normativa dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, que adota a tradição *civil law*, edificado sob o paradigma da legalidade e da separação dos poderes, desafia a teoria das fontes do direito, que na cultura romano-germânica coloca a Lei como fonte primária e resiste a reconhecer a jurisprudência como norma jurídica.

Dessa forma, revela-se importante tecer consideração jurídica sobre essa forma de conceber as decisões judiciais vinculantes como paradigmas normativos obrigatórios, mediante construção teórica que demonstre a integridade do sistema jurídico brasileiro com a inclusão da regra do *stare decisis* entre as fontes normativas de direito.

Para tanto, torna-se relevante para a adequada compreensão do tema o estudo comparado entre as duas tradições jurídicas, a saber, o *common law* e o *civil law*, destacando-se as suas peculiaridades do ponto de vista da observação do fenômeno de criação da norma jurídica, considerando o papel da legislação e da jurisprudência.

Por conseguinte, o presente estudo abrange em um de seus capítulos a tradição jurídica do *common law*, enquanto modelo de ordenamento jurídico vivenciado e experimentado pelos países da Inglaterra e dos Estados Unidos.

Entende-se por *common law* o sistema jurídico constituído pelo conjunto de regras criadas a partir das decisões judiciais. Diferentemente do que ocorre na tradição jurídica do *civil law*, da qual o Brasil faz parte, nas atividades desenvolvidas pelos juízes no *common law*, ao apreciar os casos concretos, suas decisões constituem fonte do direito, juntamente com os usos e costumes jurídicos.

Essa forma de concepção do fenômeno jurídico surgiu na Inglaterra, remontando ao século XI, após a conquista da Normanda pelo Rei Guilherme, em 1066, com a formação da dinastia dos Tudors. Nessa época, em que predominava na região do território inglês o feudalismo centralizado e o Rei exercia de forma organizada a soberania, a atividade desenvolvida pelos juízes já era valorizada como produção de norma jurídica, a partir dos processos.

Para fins de análise introdutória do sistema em questão, é relevante trazer-se a noção sobre fonte do direito. Para Miguel Reale¹, as fontes podem ser: a) processo legislativo; b) jurisdição; c) os usos e costumes jurídicos; e d) a fonte negocial.

E é fonte, porque dela se origina o direito, na medida em que as regras criadas serão observadas por todos dessa sociedade, incluindo quaisquer pessoas e inclusive o próprio Estado. As relações sociais serão regidas por tais normas jurídicas.

¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

Na tradição jurídica do *civil law*, por outro lado, cujo estudo também comporá um capítulo próprio, consiste em fonte primeira do direito o processo legislativo, tal como o conjunto de regras editadas pelo Parlamento.

Já para o *common law*, a atividade desenvolvida pelos juízes e os usos e costumes jurídicos constituem as fontes primárias do direito.

Conforme será demonstrado nos próximos capítulos, nos países em que se adota o sistema do *common law* a atividade legislativa cria texto legislativo, que se torna norma jurídica a partir de sua aplicação nos casos concretos pelo juiz. A jurisdição constrói e reconstrói o ordenamento jurídico, declarando ou constituindo a norma que deverá ser observada.

Para os Estados de cultura jurídica decorrente do *civil law*, a responsabilidade pela criação da norma jurídica é prioridade da atividade desenvolvida pelo Parlamento, que possui a função típica de legislar, criando e alterando as regras através do desenvolvimento do processo legislativo de deliberação dos temas. Com a promulgação e publicação das leis aprovadas, torna-se obrigatória e vinculante a sua aplicação.

O presente trabalho busca enfatizar a existência do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as particularidades desse sistema, a respeito da justificativa de sua adoção no Brasil e trazendo à discussão a eventual alteração das fontes normativas primárias de direito, a partir da aceitação da jurisprudência como fonte ao lado da legislação, além da análise da importância da superação da aplicação da norma pela simples subsunção.

Com isso, a pesquisa demonstrará a racionalidade desse sistema brasileiro de precedentes vinculantes, verificando como o incremento da força obrigatória ou persuasiva das decisões judiciais pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça, podendo oferecer, inclusive, respostas mais adequadas aos casos práticos, a partir da tarefa de interpretação da norma pelos participantes do processo judicial.

Como a experiência jurídica brasileira demonstra que a utilização dos precedentes como apoio de argumentação é prática comum nos processos de decisão, torna-se evidente a necessidade de compreensão científica dessa prática, para além da atividade de fundamentação dos petições e decisões judiciais, explicando as bases teóricas que justificam o uso da jurisprudência como fonte normativa.

Nesse ponto, surgem algumas questões a serem respondidas, tais como qual seja a natureza jurídica do precedente judicial, a base teórica que autoriza a utilização dos precedentes

como argumento decisório no Brasil, de tradição *civil law*, e quais as vantagens da existência do sistema brasileiro de precedentes.

O desenvolvimento do presente estudo encontra-se disposto em quatro capítulos. No primeiro capítulo será abordada a tradição jurídica do *common law*, com a influência inerente dos precedentes judiciais. No segundo capítulo, realiza-se a análise do sistema jurídico decorrente da tradição *civil law*, com a abordagem sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento do sistema jurídico. No terceiro capítulo, trata-se da precedente judicial propriamente dito, sua natureza jurídica e importância para a construção de qualquer sistema normativo, com o aprofundamento epistemológico, vinculado ao exercício racional do intérprete. No quarto e último capítulo de desenvolvimento, destaca-se o sistema brasileiro de precedentes, com suas particularidades.

2 COMMON LAW E PRECEDENTES

Ao tratar do tema precedente judicial e sua aplicabilidade no sistema de justiça, torna-se relevante a alusão acerca da experiência jurídica do *common law* e sua diferenciação em relação ao sistema *civil law*, de tradição romanística, cuja distinção remonta à histórica jurídica, à teoria das fontes do direito e às técnicas de pensamento jurídico.

Como se verá adiante, nos ordenamentos jurídicos fundados na teoria dos precedentes judiciais, derivados do direito inglês, os costumes foram se transformando com o passar do tempo em direito jurisprudencial, guiado pelo conceito de que o *common law* seria um direito comum com princípios e normas revelados pelos juízes em suas decisões, a partir da análise dos casos concretos.

Nas palavras de William Blackstone, sobre a função judicial:

Mas aqui surge uma questão muito natural e substancial: como estes costumes ou máximas foram conhecidos e por quem a sua validade foi determinada? A resposta é: pelos juízes nas várias cortes de justiça. Eles são os depositários da lei; *the living oracles*, que devem decidir em todos os casos duvidosos e que devem obedecer a um juramento de decidir em consonância com as leis da terra.²

Em contraposição, no ordenamento jurídico adotado pelos países da Europa continental as codificações significaram ruptura com o passado, pela prevalência da lei escrita sobre outras fontes de direito.

2.1 Noções preliminares ao tema das tradições jurídicas

A representação da ideia sobre o que seja justiça e a sua concretização no meio social são temas que por muito tempo permeiam a filosofia política e a filosofia do direito, influenciando as diversas sociedades durante a evolução histórica e formando diferentes concepções em torno de seus conceitos.

Pelo que se percebe, o pensamento em torno do que seja justo atraiu a atenção dos pensadores como raciocínio em relação às coisas primeiras, durante fase que fomenta o próprio nascimento da filosofia.

² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 9. ed. London: Cavendish, 2001, p. 69.

Decorre desse início da filosofia a existência de um direito natural, entre o que há por decorrência natural e aquilo que existe por cultura ou estabelecido por convenção das pessoas.

A natureza passa a ser observada pelo homem e fala-se na classificação entre um direito natural e de um direito positivado. Com isso, é possível afirmar-se que uma lei, enquanto resultado da convecção das pessoas, é justa ou injusta relativamente a algo que lhe é superior.

Nesse ponto, Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.) ostenta espaço de destaque. Para o filósofo, existe uma substância individual composta de matéria e forma, sendo que a matéria é o princípio da individuação das pessoas e a forma consiste na maneira como a matéria se organiza em cada indivíduo. Dessa maneira, todos os indivíduos de uma mesma espécie teriam a mesma forma, mas seriam diferentes do ponto de vista da matéria.

E a justiça para Aristóteles representa uma virtude prática ou moral, assim como a coragem. As virtudes éticas, então, são hábitos adquiridos através da experiência. No seu entendimento, não são extraídas de conceitos universais e estáticos. Observa-se aqui nítida distinção em relação à filosofia platônica, centrada na busca de uma natureza essencial e em princípios universais.

Segundo Aristóteles, o homem justo é virtuoso e a justiça de suas ações será assim reconhecida por força do hábito, da reiteração de comportamento. E justo é o homem que cumpre e respeita a lei, sendo injusto é o homem ímprobo e que não observa a lei.³ A relação de vinculação entre justiça e o cumprimento da lei será medida pelo que Aristóteles denomina de equidade.

Quando consideradas todas as virtudes humanas, a justiça seria a maior das virtudes para Aristóteles, de forma que “a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo”.⁴

O filósofo confere bastante importância às virtudes públicas exercidas na cidade e em proveito da coletividade. Assim, para ele a justiça é uma virtude exercida respeitando a existência do outro, fato que impõe o reconhecimento de uma dimensão ética do conceito de justiça.

Nesse sentido, afirma Aristóteles que o homem mais virtuoso “não é o que o exerce a sua virtude em relação a si mesmo, mas em relação a um outro, pois esta é a tarefa difícil”.⁵

³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 104.

⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 105.

⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 106.

Ainda para Aristóteles, “as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política”.⁶

E se torna interessante a noção de equidade em Aristóteles enquanto régua, como uma medida necessária ao critério geral de que a lei contém o justo. De acordo com o filósofo, a equidade é o justo, mas não o que seja legalmente justo e sim uma medida de correção da justiça legal.

Assim, a importância da justiça por equidade surge da incapacidade de a lei prevenir ou regular todas as situações concretas de forma justa, não sendo possível afirmar-se que a aplicação da lei será correta em relação a certos casos particulares.

Nesse sentido, Aristóteles explica a utilização da equidade em relação à lei como a imagem da régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras. E segundo ele “a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos”.⁷ A decisão por equidade seria uma forma superior de justiça, ou a justiça do caso concreto, diante da verificação da insuficiência do que foi estabelecido inicialmente na lei.

Esse pensamento aristotélico em relação à equidade possui relevância por representar importante opção ao positivismo jurídico, à ideia de que somente o que está expresso na lei deve ser considerado justo e ainda por ter influenciado as culturas jurídicas ocidentais.

Por sua vez, o direito romano, decorrente das instituições e relações sociais do período imperial da antiguidade e que abrangeu praticamente toda a extensão territorial da Europa, também influenciou as nações latinas e germânicas.

No começo, a jurisdição surgiu em Roma como atividade desempenhada pelos pontífices, voltada a regular os negócios e a disciplinar a autotutela dos litigantes. Esse exercício decorria do trabalho de sacerdotes que possuíam o monopólio do conhecimento do direito e determinavam como deviam se comportar os cidadãos romanos, segundo um ritual muito formalista a ser seguido pelos litigantes.

⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 105.

⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 125.

Com o desenrolar do tempo, após mais de dois séculos de monopólio sacerdotal, em razão do desenvolvimento comercial e social em Roma, os litígios privados se tornaram numerosos e criou-se a magistratura, com funções específicas jurisdicionais.

A partir de 455 a.C., mediante o advento da Lei das XII Tábuas, antigos costumes aplicados conforme a interpretação dos pontífices foram consolidados em regra escrita.

Na sequência, o *ius civile* passa a ser observado sob a perspectiva de um mecanismo lógico, raciocinado como um conjunto de conceitos abstratos, classificado por esquemas de organização.

Por isso, é possível dizer que “a técnica de enfrentar a problemática do caso concreto dominou todos os períodos da história do direito romano”.⁸

Sobre as características da sentença dessa época, o ato de decidir era produzido oralmente, sem apego a requisito formal de estrutura e no mais das vezes não continha fundamentação.

Além disso, vale destacar que o direito romano não reconheceu em momento algum valor vinculante às sentenças proferidas em casos concretos. Por seu turno, os pareceres emitidos pelos juristas mais antigos possuíam força de influir na convicção dos juízes para a apreciação de casos concretos futuros.

Para Cícero, advogado influente na época da República, seriam fontes do direito romano as leis, as sentenças, a autoridade dos juristas, o costume e a equidade. Muito embora a inclusão das decisões judiciais nessa categoria de fonte pelo orador romano, a classificação era aceita mais como precedente exemplificativo, isto é, como instrumento de convencimento do juiz.

Na transição da fase de República para o Principado, observa-se intervenção legislativa no sentido de racionalizar o regramento processual vigente, diminuído a discricionariedade do pretor, ante o número crescente de demandas em Roma.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci:

Com a gradativa oficialização das instituições processuais, resultante da consolidação da *cognitio extra ordinem*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença, a qual não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, uma atuação jurisdicional em que se descortinava a vontade do soberano.⁹

⁸ KASER, Max. **Zur Methode der römischen Rechtsfindung**. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I, Philologisch-historische Klasse, n. 2. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, p. 54.

⁹ CRUZ E TUCCI, José Roberto. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 29.

Nessa fase do direito romano, acrescenta-se às fontes de direito a constituição imperial, que significava o que o imperador determinasse mediante decreto, edito ou epístola.

E durante o período imperial há o registro inicial da eficácia persuasiva do precedente, quando o imperador Settimio Severo (193-211) respondeu que, nas situações de ambiguidade das leis, deveria ter força de lei o costume ou os casos práticos constantemente julgados de modo uniforme.

Por certo, na experiência jurídica romana, o direito foi construído segundo o exame dos casos concretos, mediante a observação das soluções casuísticas. E nesse contexto, as opiniões dos imperadores prevaleciam em relação à manifestação dos juristas. Na hipótese de conflito entre constituições imperiais, a norma mais recente deveria ser acatada. Diante da divergência entre a opinião dos juristas no caso concreto, aplicava-se a tese de mais prestígio. Esse era o escalonamento jurídico no final da época clássica de Roma.

Com o fim do Principado, no século IV d. C. o regime jurídico romano passa a adotar fonte normativa única, a lei imperial.

Verifica-se que o imperador Constantino (306-337 d.C.) buscou reprimir a deslealdade processual e o abuso na aplicação das normas, considerando que os litigantes mais hábeis tinham favorecimento. Nessa linha, diminuía-se a discricionariedade ampla dos juízes. A atuação destes passou a ser mais controlada, com permissão de direito de reclamação e necessidade de ampla publicidade aos atos praticados.

Exigiu-se dos juízes a aplicação do direito pelo que era prescrito na lei de forma genérica, afastando-se a possibilidade de aplicação do precedente considerado contrário à lei.

Nas palavras de Cruz e Tucci:

É certo que as novas constituições não desprezavam todo aquele fecundo acervo jurídico do passado, sobretudo as normas originadas na praxe viva dos tribunais, conservando-se então o valor da *interpretatio iuris* em uma numerosa série de julgados uniformes e constante.¹⁰

Reduziu-se a autoridade das obras jurídicas a apenas cinco grandes juristas: Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino. Com isso, não tendo qualquer deles emitido opinião sobre

¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Roberto. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 42.

determinado tema, o juiz poderia decidir o caso prático conforme a própria convicção. A par dessa concentração da jurisprudência, tratou-se também de consolidar a aplicação das leis gerais imperiais.

Em 530 d. C., Justiniano determinou a elaboração do Digesto, que deveria consolidar as opiniões dos juristas, transformando-as em lei. O imperador não considerava a ideia de efeito vinculante ao precedente judicial e reiterava em seu discurso a supremacia da lei como fonte única do direito romano, a exceção do conteúdo das sentenças imperiais.

Os juízes estavam impossibilitados de realizar atividade de interpretação criativa do direito, restando-os julgar conforme a lei, podendo utilizar o precedente judicial apenas em caso de lacuna e desde que não fosse *contra legem*.

Essa tradição jurídica com forte apego à lei, com a edição de norma jurídica genérica pelo órgão encarregado da função de legislar gerou o denominado sistema *civil law*.

A maioria dos países ocidentais utiliza o ordenamento jurídico baseado no processo legislativo como fonte primária. A Revolução Francesa, ocorrida de 1789 a 1799, é tida como um marco para a rígida separação dos poderes, entre Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo a força estatal do Parlamento como órgão encarregado da função precípua de criar ou modificar normas jurídicas. Assim, o próprio texto legislativo é norma jurídica.

Por sua vez, o *common law* resulta da evolução da tradição anglo-saxônica, em que os usos e costumes e a jurisdição são fontes primárias de direito. Dessa forma, diz-se que se trata de direito misto, porque costumeiro e jurisprudencial. Não há primazia da codificação de regras, como naturalmente ocorre no *civil law*, por exemplo, com a elaboração de Código Civil, Código de Processo, sendo o direito coordenado e consolidado através dos precedentes judiciais, muito embora seja o trabalho do Parlamento de suma importância pela produção do texto legislativo.

Até que se integralizasse enquanto sistema jurídico, na região da Inglaterra, durante a idade média, prevaleciam regras jurídicas não escritas, observada a prática negocial rudimentar e os litígios decididos no âmbito dos juízes locais. O direito canônico também servia de fundamento à aplicação da justiça eclesiástica.

O direito aplicado tinha pouca influência do direito romano. Era um sistema constituído a partir da prática cotidiana e considerado adequado às necessidades da época pelo povo inglês. Quando se percebeu, a Grã-Bretanha já possuía o seu próprio direito comum, em substituição aos costumes locais.

No início da formação do *common law*, a partir do século XI, predominava um sistema jurídico composto por normas costumeiras, canônicas, anglo-saxônicas e normandas, com alguma influência do direito romano. O rei era considerado o intérprete da lei. Constantemente, os juízes exaltavam a importância de determinados julgados e quando havia uma série de decisões uniformes sobre algum tema ressaltava-se a necessidade de serem seguidas para se conferir a certeza e continuidade do direito.

O direito consuetudinário, que marcou a evolução do direito inglês, era concebido e continua sendo um conjunto de costumes e práticas sociais qualificados como norma jurídica, embora não sejam regras escritas. É considerado fonte de direito na medida em que constitui a prática reiterada de comportamento aceito tradicionalmente pelo povo como algo lícito, passado de geração em geração.

Como característica dessa fonte normativa, tem-se: a flexibilidade, de forma que se aceita que as tradições e o comportamento reiterado se modifica com o passar do tempo; a adaptabilidade, que representa o atributo de constante adaptação à realidade e à novas formas de pensar o direito e em relação a questões atuais da própria sociedade; e a legitimidade, por representar a tradição e os costumes da comunidade durante a evolução histórica.

E para que um costume seja considerado fonte do direito, é preciso que decorra de uma prática contínua, realizada com frequência, sem contrariar a moral e os bons costumes e imponha obrigatoriedade de sua observância.

Com esses esclarecimentos, por certo, *civil law* e *common law* são consequências de duas experiências culturais distintas. Segundo Miguel Reale, na mesma obra já citada, o primado de uma ou de outra fonte do direito ocorre não por razões abstratas de ordem lógica, mas por motivos de natureza social e histórica. Afirma o autor que “não há Direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo”.¹¹

De um lado, tem-se a certeza legal do *civil law*, enquanto regra de direito baseada em texto legislativo objetivo, publicado após o debate de ideias característico do Parlamento. De outra banda, é possível afirmar-se a característica da fidelidade dos usos e costumes à imediata aspiração do povo no *common law*.

Apesar de suas diferenças, atualmente é perceptível que ambas se influenciam reciprocamente. No Brasil, por exemplo, as decisões judiciais de Cortes Superiores obtiveram

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

força vinculante após o advento do recente Código de Processo Civil, para além do que já se concebia em sede de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2 A tradição jurídica inglesa

Voltando ao período histórico embrionário do *common law*, destaca-se que nas sociedades primitivas o direito surge em meio a outros elementos de natureza religiosa, mágica, moral ou meramente utilitária.

Nessa sociedade, não há um processo jurídico costumeiro e pouco a pouco as regras jurídicas foram sendo aperfeiçoadas e delineadas. Esse período do direito costumeiro, sem diferenciação, durou milhares de anos.

Nas sociedades primitivas o Direito originou-se como costume, ou através da força, ou mediante procedimentos religiosos ou mágicos.

Assim, era detentor do direito aquele que resolvesse o conflito através do melhor preparo ou habilidade física ou que se sagrasse vencedor durante procedimentos eclesiásticos. Essas eram as regras costumeiras.

Não havia diferenciação entre a lei e o costume. Normalmente, o costume era esculpido em texto para o conhecimento de todos.

Apenas com o decorrer do tempo e da experiência científica a Lei passa a ter valor em si mesma, regulando os aspectos necessários da conduta social e organizando o convívio.

Com a definição da norma jurídica também surge a jurisdição, como atividade desenvolvida por juízes que deveriam presidir os processos envolvendo as partes e para declarar o resultado ao final no procedimento. A jurisdição desenvolveu-se como um sistema de regras de competência e de conduta.

Como característica do Direito costumeiro, é o mesmo anônimo por natureza e decorre do constante procedimento de imitação, hábito e comportamento reiterado, aceito como de observância obrigatória. Assim, condutas exemplares são observadas e repetidas inúmeras vezes até se consolidarem como costume a ser observado pela sociedade.

O direito inglês não se renovou com o direito romano, desenvolvendo-se de forma autônoma. O fluxo de experiências ocorrido não foi suficiente para alterar o costume do jurista inglês de valorização da continuidade histórica de seu direito.

A tradição jurídica inglesa demonstrou a adaptabilidade do seu sistema, de seu permanente valor e da qualidade dos juristas e do povo inglês, ao não se influenciar a ponto de sofrer modificação profunda.

E novamente se ressalta o caráter tradicional desse sistema, que avançou no tempo e se preservou, ao passo que nos sistemas jurídicos diretamente influenciados pelo direito romano há nitidamente o caráter racional do direito.

De acordo com René David, o direito inglês pode ser dividido em quatro períodos de evolução:

O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e a adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.¹²

Sendo o primeiro período anterior à conquista da normanda de 1066, caracteriza-se por ser o direito da época anglo-saxônica. A região territorial passou pelo domínio romano por quatro séculos, até o início do século V.

Com o fim do domínio, a Inglaterra foi dividida por tribos de origem germânica, compostas por saxões e anglos dinamarqueses. As Leis eram redigidas em anglo-saxão.

Os ingleses foram convertidos ao cristianismo em 596. Leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035) marcaram a passagem da era tribal para a feudal. Nessa época, a Lei era territorial e o direito local, apesar da figura do soberano.

O segundo período é denominado normando e vai de 1066 a 1485, com a formação da dinastia dos Tudors.

Durante esse lapso temporal acima, considera-se constituído o sistema *common law*. O Direito anglo-saxônico se manteve em vigor e o poder era centralizado, mesmo com a instalação do feudalismo. Isso porque o rei Guilherme, após a conquista normanda, implementou na Inglaterra feudalismo com caráter militar, de tão organizado que era, dividindo o território em

¹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

vários feudos e evitando que qualquer desses feudos fosse grande ao ponto de gerar alguma concorrência com o seu próprio poder central de soberano.

Ademais, os normandos sentiram também essa necessidade de se agruparem, protegidos pelo soberano, para que não perdessem o que havia sido conquistado.

Common law, ou *comune ley* na gíria normanda, em oposição aos costumes locais, tornou-se o direito comum a toda Inglaterra.

Segundo René David:

A assembléia dos homens livres, chamada de County Court ou Hundred Court, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional.¹³

Concomitantemente, havia as jurisdições eclesiásticas, que aplicavam o direito canônico.

A partir do século XIII, surgem os Tribunais Reais de Justiça (Tribunais de Westminster).

Após a conquista normanda, o Rei passou excepcionalmente a exercer a alta justiça e apenas nos seguintes casos: a) se a paz do reino fosse ameaçada; b) se as circunstâncias impossibilitassem que a justiça fosse realizada pelos meios normais.

Assim, a *Curia Regis* era de competência especializada e restrita a casos de alta relevância, composta e caracterizada pela participação de grandes personagens e causas.

No século XVII, do interior da *Curia Regis*, Parlamento e Tribunais Reais de Justiça ganharam autonomia, de forma que o Rei concedeu mais parcela de poder a esses órgãos, por conta inclusive da necessidade decorrente da demanda por justiça mais efetiva e participação política.

A competência inicial da jurisdição dos Tribunais Reais girava em torno de questões que envolvessem as finanças reais, a posse e a propriedade de imóveis e também as graves questões criminais.

Pelo que se observa, as matérias de competência dos Tribunais Reais eram voltadas a questões cuja resolução interessava diretamente a própria Corte. As questões eram afetas a

¹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359.

finanças da Corte, seu patrimônio imobiliário e sobre a solução de crimes de relevante gravidade e grande repercussão.

Paralelamente a isso, ainda permaneciam em atuação a *County Court*, que exercia a justiça local, e as jurisdições senhoriais e eclesiásticas, que cumpriam no geral importante papel de resolução das demandas, cada qual em seu âmbito de jurisdição.

Não demorou muito e a competência dos Tribunais Reais foi estendida. Explica-se com base no interesse do soberano, de lucro para a Coroa, pela própria pretensão dos juízes reais, que exerciam forte influência como decorrência do desempenho desse poder jurisdicional, além da própria iniciativa dos particulares, pois a justiça real era vista como superior e mais efetiva em relação às outras formas de justiça.

Vale destacar que no interior dos Tribunais Reais de Justiça foi instituído o Júri. E no final da idade média, os Tribunais Reais de Justiça já eram os únicos a administrar a justiça no território inglês.

Nesse período, é interessante observar ainda que o funcionamento dos Tribunais Reais de Justiça abrangia as jurisdições de direito comum, a partir do século XIX (1875). E a cada direito correspondia um processo, ou seja, na língua inglesa: *remedies precede rights*.

As demandas deviam se enquadrar em alguma das modalidades previstas de processo, para que a jurisdição fosse exercida. Havia a previsão processual de incidentes, necessidade de representação das partes, a admissão de provas e a fase de execução do julgado.

No continente, era nítida a diferença de escolha e a atenção legislativa pelos direitos e obrigações. O direito substantivo era priorizado. Já na Inglaterra, as questões processuais eram o foco.

Com o desenrolar do tempo, o *common law* passou a conter normas substantivas, deixando de ser eminentemente vinculadas a normas processuais.

Para René David: “O *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”.¹⁴

Após a superação da fase eminentemente processual, tem-se a construção de categorias de direito, como a contratual, por exemplo. Na sequência, estabeleceu-se a ausência de distinção entre direito privado e público. Por conseguinte, os Tribunais Reais de Justiça deram origem ao

¹⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

common law, ao sistema jurídico que concebe o fenômeno de criação da norma jurídica a partir da atuação do juiz, pelas decisões que profere.

Sobre o direito aplicado pelas Cortes Reais e a expansão da sua competência, afirma Ronaldo Cramer:

As cortes reais aplicavam o denominado direito comum (ou *common law*), que dizia respeito aos interesses da coroa e valia para todo o reino (daí o advérbio “comum”), ao passo que as cortes locais julgavam com fundamento nos costumes do lugar. As cortes reais configuravam uma jurisdição especial, já que, em regra, o caso deveria ser submetido às cortes locais. Apenas quando se referia aos assuntos do rei, a questão era deduzida nas cortes reais.¹⁵

A terceira fase de desenvolvimento do *common law* é marcada pela equidade, como sistema paralelo de justiça influenciado pelas expectativas de justiça e moralidade. Desenvolveu-se com mais nitidez no Século XIV, sendo exercida pelo Chanceler, em nome do rei, para fazer justiça a seus súditos, corrigindo as distorções do sistema *common law*.

A partir do século XVI, a jurisdição de equidade ganhou autonomia, inspirando-se no direito canônico e em princípios do direito romano. Assim, o sistema inglês passou por esse período de dualismo.

No século XVII, verificou-se o equilíbrio de forças entre as duas jurisdições, com menor tendência de intervenção nas decisões do *common law* e observando-se os precedentes judiciais.

No final do século XIX (1873-1875), extinguiu-se a distinção entre os tribunais de equidade e *common law*, de forma que a todos os órgãos jurisdicionais da Inglaterra sobreveio competência para a aplicação do direito comum e de equidade.

Esse período foi marcado também pelo desenvolvimento mais acentuado da produção legislativa, em relação a textos legislativos de direito substantivo, não havendo, contudo, codificação sistematizada.

Para a sua integração ao sistema jurídico, o texto legislativo – *statute* – é acolhido segundo a interpretação dos tribunais, que por suas decisões criam as normas jurídicas aplicáveis.

No período moderno do *common law*, vale destacar, as leis são recepcionadas pelo sistema e o conteúdo é agregado ao ordenamento jurídico constituído pela *legal rule* revelada nas decisões judiciais.

¹⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14-15.

De acordo com Amílcar Araújo Carneiro Júnior, “se um estatuto e um precedente versaram sobre a mesma matéria, prevalece o estatuto”.¹⁶

E informa Luiz Guilherme Marinoni que, de fato, o Parlamento Inglês observava a jurisprudência ao editar a lei, não havendo séria oposição entre Legislativo e Judiciário.¹⁷

Os precedentes vinculantes, ou *stare decisis*, decorreram originariamente de julgamento da *House of Lords* (1861 e 1898).

É preciso esclarecer que nessa época o que diferenciava *common law* de *civil law* não era a regra do *stare decisis*, mas o fato de o primeiro sistema ter se desenvolvido a partir de decisões judiciais que revelaram um direito supostamente fundado em princípios e costumes dos ingleses, desvinculados de regras escritas legislativas.

Os precedentes obrigatórios decorriam de julgados dos tribunais superiores e o importante a se observar nesse tema é a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Aquela consiste na argumentação decisória fundamental da decisão judicial, tida como as razões essenciais para que o caso fosse julgado de certa maneira. Já o *obiter dictum* é a fundamentação não essencial da decisão judicial.

A respeito da atividade judicial no âmbito do *common law*, informa Rodolfo de Camargo Mancuso:

Ao longo do tempo, acirrados debates rivalizaram, a o interno da família *common law*, os seguidores da tese pela qual os juízes se limitavam a declarar o direito preexistente (teoria declarativa) e, noutro polo, aqueles para quem aos juízes era dado criar o direito (*law maker*) a ser aplicado ao caso concreto (teoria positivista). William Blackstone, partidário da primeira corrente, sustentava que a decisão judicial era a “*principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such custom as shall form part of the common law*”, cabendo aos juízes julgar “*not according to their private judgement*”, e sim “*according to the known laws and customs of the land*”. A seu turno, Bentham e Austin, seguidores da segunda proposta, postulavam que o *common law* devia sua existência à *law-making authority* dos juízes, e que o direito não era apenas revelado na decisão judicial, mas em verdade vinha nesta criado, reservado aos juízes o poder de revogar precedentes.¹⁸

A regra jurídica, no *common law*, é retirada das decisões dos Tribunais Superiores, que revelam a *ratio decidendi*.

¹⁶ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes para a efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). (Coleção Andrea Proto Pisani – v. 3). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 133-134.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

Nesse aspecto, verifica-se menor nível de abstração da norma jurídica quando em comparação com a regra do *civil law*, que possui natureza jurídica de generalidade e abstração.

Assim, ao passo que no *common law* a edição da norma jurídica ocorre por indução, a partir de um caso concreto, no *civil law* esse fenômeno de criação da norma jurídica se implementa por dedução.

2.3 O sistema jurídico norte-americano

A tradição jurídica inglesa do *common law* influenciou diversos países que foram por si colonizados, como ocorreu nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia.¹⁹

De colonização inglesa, no território estadunidense o sistema jurídico aplicado nas 13 colônias foi, a princípio, o *common law* inglês (1607), desde que as normas fossem apropriadas às colônias. Isso porque a realidade da Inglaterra, quer dizer, a economia, o território, a estrutura agrícola e de cidade era bem diferente da situação vivenciada nas colônias americanas.

Então, de início registra-se grande dificuldade de aplicação efetiva do *common law* no novo território colonizado. Aplicava-se, em verdade, o direito primitivo, baseado na Bíblia, por ser de mais fácil persuasão e pacificação.

E particularmente o povo americano via com bons olhos a questão da codificação de regras, através do exercício da função legislativa.

No século XVIII, o *common law* foi observado de outra maneira pelos colonos americanos, com o desenvolvimento da economia e expectativa de liberdades públicas na colônia, quando a evolução econômica e o aprofundamento das relações sociais aproximaram ambas as realidades.

Em 1787, tem-se um marco civil, com a Declaração dos Direitos e a Constituição dos Estados Unidos. Travou-se verdadeira luta na América entre os que preferiam o *common law* e aqueles que defendiam a codificação.

¹⁹ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes para a efetividade dos Direitos Fundamentais.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). (Coleção Andrea Proto Pisani – v. 3). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 136.

Ao final desse período, estabeleceu-se o *common law* como sistema jurídico. Sobre o tema, destaca René David: “o desenvolvimento dos dois direitos, inglês e americano, é, em princípio, independente desde o advento da soberania americana”.²⁰

O autor acima explica, com a citação destacada, que apesar da colonização americana basear-se nos usos e costumes ingleses e no *common law* como sistema, a partir da declaração de independência americana o desenvolvimento do sistema americano ocorreu de modo soberano e não dependente das normas jurídicas do *common law* inglês. Assim, cada um dos países e seu respectivo povo e sociedade utilizou um mesmo sistema, mas com normas jurídicas integradas de acordo com as suas peculiaridades.

No século XIX, em ambos os direitos se constatou transformação para um sistema menos formalista, com mais atenção para a substância do direito e menos preocupação com a administração da justiça.

Aboliu-se a dualidade entre *common law* e justiça de equidade, de forma que o *common law* expandiu-se por todo o território e abrangeu a competência de forma ampla.

No séc. XX, houve uma tendência para organizar e reformar a sociedade através do direito. Com o incremento das técnicas de produção e a aceleração do desenvolvimento social e econômico, as regras jurídicas precisaram acompanhar essa transformação social com mais dinâmica.

Interessante notar, com o desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos, que a quantidade de leis e a eventual observância de precedentes judiciais obrigatórios não são características próprias a identificar um ou outro sistema, isto é, *civil law* ou *common law*. É possível que haja alguma codificação e nem por isso o sistema tenha como fonte primária do direito a legislação e também que em determinado país não exista a regra dos precedentes vinculantes e o sistema jurídico ainda assim obtenha fundamento de validade jurídica nas decisões judiciais.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni explica que é “provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano”,²¹ não servindo unicamente essa característica de quantidade das leis e sua autoridade como critério diferenciador dos sistemas jurídicos.

²⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 454.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

A identificação da tradição jurídica acontece pela forma de se compreender o fenômeno jurídico, de como se pensa a solução para problemas práticos a partir de institutos próprios e sobre como o direito é declarado ou constituído.

Ao adotar os conceitos e categorias jurídicas britânicas, sua cultura jurídica e forma de pensar o direito, os Estados Unidos da América vincularam-se ao *common law*, mas com modificações inerentes à sua formação histórica.

Por certo, o jurista americano também concebe as regras jurídicas essencialmente como emanadas da jurisprudência (*There is no law on the point*).

Outro ponto importante a se observar é que na Inglaterra subsiste uma monarquia parlamentar, enquanto nos Estados Unidos adotou-se uma república presidencialista.

Pontua René David que “o direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do direito inglês. Que a diferença afeta as soluções e que as regras dos dois direitos, quanto à substância, não sejam as mesmas, é algo normal”.²²

Dessa forma, a cultura inglesa de compreender o fenômeno de criação do direito, os conceitos e categorias jurídicas, foram incorporados à sociedade americana, apesar de esse fato se desenvolver com algumas diferenças.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, mesmo em face da colonização pela Inglaterra, a diversidade de condições sócio-econômico-político-culturais dos Estados Unidos da América conduziu a que seu direito não pudesse ser visto “como uma singela *longa manus* da experiência inglesa”.²³

A influência jurídica inglesa revelou-se ao final vitoriosa nos Estados Unidos da América. No entanto, a incorporação da tradição *common law* não ocorreu integralmente, mas sim com modificações adaptadas à sociedade local e até de certa forma com alterações provocadas pela oposição ao pensamento inglês colonizador, por força da luta pela independência.

Ademais, também se verifica peculiaridade no modelo norte-americano relacionada a organização político-administrativa e judiciária. Com efeito, os Estados americanos possuem

²² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 456.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

elevada autonomia legislativa e judicial, existindo a Justiça Estadual e a Justiça Federal, muito embora um único *common law*.

A Suprema Corte americana já pontuou que não existe propriamente um *common law* federal (*there is no federal general common law*).²⁴

Por isso, ante eventual ausência de lei federal para solucionar determinado caso, um juiz federal deve aplicar o direito estadual, quer dizer, as normas jurídicas do *common law* do Estado específico em que sediada a unidade judiciária federal.

Sobre os precedentes vinculantes, no sistema norte-americano existe a regra do *stare decisis*, mas sem rigidez absoluta. A Suprema Corte e Cortes estaduais não estão obrigadas a seguir suas próprias decisões, tendo certa liberdade para reformular a jurisprudência.²⁵

O precedente vinculante, que ganhou força no direito inglês após a segunda metade do século XIX, não obteve o mesmo rigor nos Estados Unidos da América.

Nesse ponto, é de se notar que o *common law* existiu por largo período de tempo na Inglaterra sem a obrigatoriedade de vinculação às normas contidas em julgados anteriores.

²⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 468.

²⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 489-490.

3 CIVIL LAW

Os países que atualmente compõem a família do *civil law* consideram a lei escrita como fonte normativa primária do direito. Conforme essa tradição jurídica, os precedentes não são normalmente vinculantes em virtude do princípio da legalidade, através do qual os juízes possuem o dever de julgar os casos práticos forenses de acordo com o que estabelece a norma escrita, mediante decisões devidamente fundamentadas.

Nesse sentido, reforça Daniela Pereira Madeira:

Los países que acompañan a la familia del *civil law* se basan en el derecho escrito, tanto codificado como sin codificar. Los precedentes y la jurisprudencia no son normalmente vinculantes en virtud del principio de legalidad, por lo cual el juez tiene el deber de decidir conforme al derecho escrito. Las decisiones deben estar fundamentadas con referencia al derecho escrito.²⁶

Diferentemente do que se observou com a evolução do direito inglês, no direito francês os princípios da legalidade e da separação dos poderes ocasionaram o fortalecimento do Parlamento. Com o final da monarquia e a Revolução, a burguesia adotou a concepção de que a lei deveria conter um texto geral e racional, gerada pela vontade do povo como ordem a ser observada por todos.²⁷

Consequentemente, o que se aceitava por direito era somente o que se encontrava disposto na norma jurídica escrita, se a regra teria sido elaborada por autoridade com competência para a produção da norma.

Por essa análise e pelo período de estabelecimento do sistema jurídico *civil law* no continente europeu, Ferrajoli atribui ao princípio da legalidade qualidade de norma superior de reconhecimento de validade das normas jurídicas, sendo que uma norma jurídica existiria e seria válida a partir do exame das formas adequadas de sua produção, se editada por autoridade competente e desde que observado o procedimento legislativo previsto.²⁸

²⁶ MADEIRA, Daniela Pereira. **El papel de los precedentes em el sistema del civil law**: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 131.

²⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982, p. 150.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 52.

Nessa fase embrionária, cabia ao executivo tão-somente atuar conforme a lei e nos exatos limites legais previstos, enquanto ao judiciário apenas a aplicação da regra, sem possibilidade de discricionariedade interpretativa.

3.1 Análise histórica

Segundo registra René David, a família jurídica romano-germânica surgiu na parte continental da Europa, no século XIII, com a influência do renascimento cultural, que propunha a valorização de aspectos humanos da antiguidade clássica greco-romana.

O crescimento das cidades e do comércio ensejam a necessidade de regulamentação das relações jurídicas, com a finalidade de proteger essas relações humanas sociais, possibilitando que as mesmas pudessem ocorrer com segurança e baseadas na ordem.

Dessa forma, a ordem somente seria concebida no meio social da época se estabelecida com base no ideal de justiça e no que a razão humana pudesse identificar como correto.

Para Juraci Mourão Lopes Filho, pretendeu-se fundamentar a pretensão humana de criar um direito universal e atemporal por meio da razão, que poderia “acessar a essência das coisas para produzir um conhecimento puro e invariável”,²⁹ fato que gerou o desenvolvimento do princípio da legalidade nessa tradição jurídica continental.

Importante destacar, para efeito histórico, que antes da codificação moderna, a tradição de produção de regra escrita já havia experimentado o Código de Justiniano, o Digesto e suas Institutas, que formam, ambos, o *Corpus Juris Civilis*, considerado o grande legado do Império Bizantino para o Ocidente.

Paralelamente, a codificação de Justiniano terminou sendo superada pela evolução natural do direito e pelo conflito com o direito canônico. Com o fim do Império Oriental, em razão das invasões otomanas, restou justamente aos ocidentais a tarefa de conferir continuidade à tradição clássica conservada pelos bizantinos. Assim, o acolhimento e o desenvolvimento desse sistema pelas nações ocidentais ocorreu durante a Idade Média, ao lado do direito canônico.³⁰

²⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 38-39.

³⁰ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

Com efeito, é relevante destacar que o sistema jurídico romano-germânico, diferentemente do *common law*, que se aperfeiçoou durante a evolução dos anos de prática no ambiente dos Tribunais Reais de Justiça, surgiu sem o apoio de autoridade política, como um ideal cultural, no âmbito das universidades da Europa Continental.

De acordo com René David, a tradição do *civil law* ergueu-se na Europa fundado na comunidade cultural, independentemente da intenção política, a partir de estudos universitários, com o estabelecimento de “método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade”.³¹

Por certo, a ideia que motivou professores e estudiosos na época foi de construir um direito justo, baseado na razão humana, influenciados pelos pensamentos racionais iluministas.

Para essa cultura que se encontrava em estágio embrionário, a importância desse sistema jurídico seria de declarar de forma genérica regras de conduta consideradas corretas e almejadas pela sociedade, consagrando as regras substantivas em detrimento das regras de processo. O que importava era dizer a solução justa de um caso abstrato.

Nas universidades, então, praticou-se o estudo do direito romano, que serviu de alicerce para a construção de um modelo de sistema de direito racional e justo. Além disso, o direito romano era admirado como modelo derivado de notória civilização, com elevado destaque cultural e jurídico, confrontando com o aspecto fragmentário dos costumes locais até então existentes.

Dessa forma, o direito romano, somado ao direito canônico, foi utilizado como fonte de estudo e a partir do qual se desenvolveram os estudos racionais de direito nas universidades da Europa continental.

Com a evolução da tradição jurídica do *civil law*, baseado na razão, com conceitos jurídicos e categorias diferentes do *common law*, impõe-se ao jurista um modo diferente de pensar o direito e de conceber o fenômeno de criação de norma jurídica, que pressupõe que o direito seja posto racionalmente através de regra escrita.

Conforme exposto, as soluções apresentadas pelo sistema de tradição *civil law* seriam sempre avaliadas racionalmente para oferecerem respostas jurídicas justas, convergindo para a justiça de cada caso respaldada pela razão humana.

³¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 49.

Nesse período, os estudos realizados no âmbito das universidades europeias objetivaram atribuir nova significação ao Direito, como elemento essencial da vida em sociedade, enquanto constituído por conjunto de regras que preservam a ordem, a segurança e a justiça.

Ao lado disso, os estudos sobre o direito romano terminaram por estabelecer as bases da própria ciência do Direito, com conceitos específicos, categorias de regras e normas substantivas.

Conforme já dito, a ideia era possibilitar ao jurista obter regra de direito escrita que resolveria da melhor forma os problemas práticos. E a ciência do Direito, estabelecida a partir dos estudos do direito romano, concebida como a razão escrita, criou uma forma peculiar de pensar o Direito e que se tornou o padrão de observação em todo o continente europeu.

Observou-se na Europa Continental do século XIX a elaboração do Código Francês, em 1804, e do Código Alemão, em 1896, consistindo em ambos os casos a organização e condensação de regras e princípios de forma sistemática para a regulamentação da vida em sociedade, tornando regras escritas normas supostamente justas, como produto da razão humana.

Sob outro ângulo, na medida em que as normas eram resultado do trabalho da razão humana, o universo jurídico do *civil law* entendia o Direito como resultado do trabalho do Legislador, sendo um período marcado pelo positivismo jurídico, em que a lei deveria ser absolutamente observada. Assim, Direito e lei são vistos indistintamente e esta última é tida como a vontade do Estado.³²

Nesse sentido, com o fortalecimento do princípio da separação dos poderes, que ganhou força após as revoluções dos Estados Unidos da América (1776) e da França (1789), passa a ser vista como legítima a norma criada como decorrência da vontade popular.

Com isso, a lei é elevada para a condição de fonte primeira do direito, no plano das fontes normativas, estabelecendo-se a ideia de sistema normativo como conjunto fechado de normas. E a função interpretativa reduzida em mera atividade de declaração em relação à legislação.

Não seria possível conhecer-se outro direito, salvo pelo texto produzido pelo Parlamento do Estado, através de codificação de regras. Essa forma de concepção do direito, como tradição

³² CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes para a efetividade dos Direitos Fundamentais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). (Coleção Andrea Proto Pisani – v. 3). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 120.

jurídica, foi aceita em vários países da Europa continental e teve Hans Kelsen como o filósofo mais influente do sistema *civil law* no século XX, mediante a sua teoria pura do direito, como um sistema fechado e hierarquicamente escalonado.

3.2 Interpretação da norma

Como se verá adiante, a prática cotidiana de aplicação do direito aos casos concretos indicava que o ordenamento jurídico de um Estado possui espaços lacunosos e, não raramente, a legislação positivada era insuficiente para solucionar os conflitos jurídicos, de modo que a atuação interpretativa dos litigantes e do juiz passou a ser vista como necessária.

Inicialmente, a Escola de Exegese, na França, influenciada pela ideia de separação das funções de legislar e julgar, derivada do pensamento de Montesquieu, idealizou a impossibilidade de interpretação das regras escritas pelo Judiciário e os juízes exerceriam suas atividades funcionando como “boca da lei”, para que não houvesse eventualmente qualquer distorção em relação à vontade do legislador.

Essa posição jurídica francesa de estrita observância da letra da lei decorre do pressuposto de que o trabalho legislativo e, portanto, a lei seria produto da razão jurídica, sendo clara e sistemática. Além disso, havia na época forte temor de que o Judiciário, por seu vínculo histórico com a nobreza, poderia subverter a ordem jurídica, em favor do antigo regime monárquico.

Nesse sentido, veja o que afirma Juraci Mourão Lopes Filho:

O mais expressivo produto da Revolução Francesa é o Estado de Direito, o Estado da razão e da lei racional imposta por um legislador igualmente racional, representante objetivo da vontade geral. O embasamento teórico para esse pensamento é a crença de que a lei escrita e posta por um ato do Estado seria, assim, o dado objetivo por excelência do Direito, único possível de uma compreensão racional e neutra. Eis o ponto fulcral para a compreensão do Estado de Direito de contorno francês: caracterização inicial como um Estado Legislativo compreendido com arrimo em um positivismo exegético.³³

Nesse cenário, tocante à regra de direito, a tradição *civil law* diferencia-se do *common law*. Realmente, para a Europa Continental, a regra de direito não seria propriamente a norma

³³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 35.

reguladora do caso concreto, próxima dos fatos, a partir do caso prático, como ocorre na tradição inglesa e americana.

Em oposição, a regra de direito da tradição romano-germânica é concebida como uma regra de conduta, com generalidade e abstração, situada em grau superior à aplicação prática dos tribunais. Essa forma de pensar o sistema jurídico, com a designação de Estado Legislativo, ganha força na França pós-revolucionária, expandindo-se em seguida para outros países da Europa Continental, como forma legítima de se compreender o direito pretensamente racional e justo, consistente na idealizada vontade geral da sociedade.

Como passava a França por um período de revolução social, a lei surge como a promessa de novos tempos para o mundo jurídico, ostentando um direito racional, que visava a assegurar a certeza, a segurança e a justiça,³⁴ em oposição ao antigo regime, reconhecidamente arbitrário.

Entende René David que essa regra de direito dos juristas continentais “*situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios dotados de elevada generalidade*”.³⁵

Essa característica de generalidade e abstração enseja que a tarefa essencial do aplicador do direito na tradição *civil law* seja interpretar os textos legislativos, enquanto no *common law* realiza-se a técnica da distinção. É com o exercício de interpretação da moldura legislativa que o juiz alcança a regra que será aplicada no caso concreto.

Vale destacar que essa óptica da atividade jurisdicional como prática interpretativa permanece de certa forma pressionada pelo ideal exegético francês, que defendia o dogma de que o juiz atuaria somente através da fórmula lógico-dedutiva, ou seja, a partir da premissa legal, encontraria a resposta ao caso concreto por mera dedução, obtendo da opção normativa escrita, codificada ou consolidada, a resposta previamente formulada que deveria ser utilizada no mundo dos fatos para resolver as questões submetidas ao Judiciário.

Como se verifica, o espaço para a criatividade na atuação judicial era mínimo, tratando-se desse modelo original extremado, e o exercício da jurisdição era aceito desde que voltado para o fim exclusivo de declarar, sem interferência interpretativa, o direito preexistente aprovado pelo trabalho do legislador. Por essa circunstância, são edificadas as cortes de

³⁴ LOPES FILHO, Jura ci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 36-37.

³⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 103.

cassação, objetivando controlar a interpretação judicial, anulando decisões que fossem além da mera enunciação do direito legislado.³⁶

Sob o ponto de vista da postura de pretender aglutinar em um acervo ordenado de normas escritas e ditadas pelo legislador as previsões sobre as condutas humanas juridicamente relevantes fez do *civil law* um sistema classicamente considerado fechado e centralizado na lei.³⁷

Através da observação da existência de lacunas no ordenamento jurídico, pois o trabalho legislativo não era suficiente para abranger todas as situações vivenciadas nos casos concretos, o intérprete passou a perceber a importância da interpretação como função de integração do direito.

Com isso, em contraposição a ideia de sistema fechado de normas jurídicas escritas, no século XIX surge um movimento que apresentava nova metodologia de interpretação do direito, mediante a análise do critério da finalidade para a qual a regra foi criada, na busca de aproximar-se a norma jurídica da realidade social.

Foi assim que na Alemanha se destacam três períodos da história moderna em que a jurisprudência foi aceita como fonte normativa. O primeiro período destaca a evolução do pensamento em torno da doutrina da Escola Histórica, que se desapega da ideia de codificação. No segundo período, que teve o seu auge na terceira década do século XX, trata-se de uma fase de afirmação do direito jurisprudencial, ante o declínio do positivismo clássico e do formalismo jurídico. E no último período, que se inicia com o fim de segunda guerra mundial, o pensamento jurídico alemão visa a superar a experiência traumática decorrente da previsão de normas rotuladas como injustas e perversas.

No início do século XX, registre-se que também na França a Escola da Exegese perdeu influência e fortaleceu-se a conscientização sobre a necessidade do exercício do poder criativo do juiz.

Nesse contexto, surge a figura do juiz que examina e descobre o direito a ser aplicado, a partir da pesquisa sobre a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Tem-se a consciência de

³⁶ LOPES FILHO, Jura ci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 40.

³⁷ OLIVEIRA, Weber Luiz. **Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 43.

que os mesmos fatos podem ser abrangidos por normas diversas ou por nenhuma em específico, no caso de lacuna.

A Escola Histórica, que inspirou o pensamento jurídico alemão, é resultado do debate jurídico de dois estudiosos do direito: Anton Friedrich Justus Thibaut e Friedrich Karl von Savigny.

Thibaut (1772-1840), professor estimulado pelas ideias racionalistas, propunha uma codificação única que reunisse todos os ordenamentos jurídicos vigentes nos Estados Alemães, a exemplo do código civil de Napoleão. Defendia que o povo alemão somente seria feliz em suas relações civis quando os governos unissem força para a promulgação de um código civil que valesse em todas as terras da Alemanha. Segundo o filósofo, um novo código civil nacional facilitaria o estudo do direito nas universidades.

Pensando de forma diferente, Savigny (1779-1861) apresentou em seus estudos fundamentos para uma renovação cultural e política da ciência jurídica. Para ele, o sistema jurídico de um povo passa por dois momentos distintos. Na primeira etapa, denominada de juventude dos povos, existe pobreza de conceitos, muito embora haja consciência do que se precisa para que as relações sociais sejam reguladas. Na segunda etapa, o estudo do direito e a prática jurídica evolui no sentido de se conceber uma direção científica, de forma que o direito, que antes sobrevivia na consciência do povo, torna-se objeto da consciência de juristas, mais apurada, que passam então a representar o povo no debate jurídico.

Pelo que se depreende, o autor tinha receio de que o direito positivo fosse dominado pela aplicação cega da letra da lei, de forma que a evolução sociedade, em constante processo de formação cultural, permitiria a análise sobre o sentido na norma pelo jurista. A fonte da norma seria “o espírito do povo”.

Na sequência, sobre a importância da atividade judicial na percepção dos valores sociais e jurídicos na Alemanha, Rudolf von Jhering entendia que além do direito positivo e dos costumes, havia um direito não formalizado, consistente na atuação do juiz suíço que decidia como se fosse o legislador. Esclarecia o autor que ao juiz não competia o exercício de uma função meramente declarativa do que estivesse implícito no ordenamento jurídico, mas sim uma função criativa da norma.

Jhering entendia que “o dever de expor a motivação da sentença representa, para o direito civil, uma forma incomparavelmente mais oportuna. Tem, com efeito, o condão de

constringir o juiz a justificar objetivamente a própria sentença, sem que se lhe imponha irrestrita adesão ao conteúdo imediato da lei”.³⁸

No Brasil, a partir do Regulamento 737, de 1850, começou-se a ter leis em matéria de organização judiciária e de processo civil, não existindo ainda texto legal que dispusesse sobre o precedente judicial como medida de preenchimento de eventuais lacunas legislativas ou como forma de uniformização do direito.

Posteriormente, o Decreto nº 2.684, de 1875, assim estabeleceu:

Art. 2º. Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais, e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada.

§1º. Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações.

§2º. Os assentos serão registrados em livro próprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Câmaras Legislativas, numerados e incorporados à coleção das leis de cada ano; e serão obrigatórios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo.

§3º. Os assentos serão tomados por dois terços do número total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal.³⁹

Esse modelo de tomada de assentos durou até o início da República brasileira. No entanto, foi previsto o recurso extraordinário, com inspiração no *writ of error* norte-americano, que possuía a finalidade de preservar a autoridade e a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais pelo Supremo Tribunal Federal, instalado em 1891.

Pelo fato de historicamente adotar-se sistema jurídico *civil law*, o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de previsões legislativas que autorizavam a atuação judicial na qualidade de intérprete da norma escrita, principalmente para a resolução de dissidências de interpretação nos Tribunais e para a uniformidade de aplicação do direito nos Tribunais Superiores, observa-se a dificuldade de reconhecimento do precedente judicial como fonte normativa.

Isso porque, inevitavelmente, não era da cultura jurídica a predominância do pensamento de que os juízes ditavam norma jurídica em suas decisões. Pois, essa atividade é função típica do Poder Legislativo.

³⁸ JHERING, Rudolf von. **Lo scopo nel diritto**. Traduzione e cura di Mario G. Losano. Torino: Einaudi, 1972, p. 280-281.

³⁹ BRASIL. Decreto n. 2.684, de 23 de outubro de 1875. **Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 21 mar. 2023.

Francisco de Paula Baptista, sobre a interpretação das leis no final do século XIX, definia que o uso reiterado de referência a alguma decisão sobre um determinado tema tornava-se procedimento que formava jurisprudência. Segundo o autor, esse procedimento iniciava movido pela fonte doutrinária, que na sequência tinha a tese acolhida em julgados sucessivos proferidos diante de situações semelhantes e constantes por um período de tempo.⁴⁰

Oportunamente, importa observar que no ordenamento jurídico brasileiro tem sido a própria lei que regula as fontes secundárias a serem verificadas pelo aplicador do direito em caso de lacuna legal. Nesse ponto, o artigo 4º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece como fontes secundárias de integração do sistema jurídico a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.⁴¹

Com efeito, quando o sistema jurídico da tradição *civil law* admite a vinculação sobre a jurisprudência, contempla essa obrigatoriedade mediante a expressa previsão dessa regra escrita em norma legal ou constitucional, como ocorreu com a súmula vinculante (CF, art. 103-A) e a regulação dos precedentes no Código de Processo Civil.

A escolha pela centralidade do legislador, enquanto exclusividade na realização criativa de edição de norma jurídica, necessita de autorização deste para que se utilize a fonte jurisprudencial, na pretensão de que o Judiciário não inove criando norma geral e abstrata, mas apenas obtenha das previsões legais a solução que deverá aplicar nos casos concretos, por mero juízo lógico-dedutivo.

Entretanto, não será sempre que a utilização do raciocínio jurídico ocorrerá por simples exercício de lógica, na forma de subsunção ou silogismo, em que a norma jurídica exposta na lei como premissa maior é aplicada aos fatos da causa, premissa menor, mediante célere resultado de observação entre uma e outra.

A verdade é que um sistema jurídico é constituído de conjunto de normas interligadas e dificilmente se aplica uma norma legal isolada, distanciada dessa realidade normativa. Assim, para uma mesma definição sobre qual norma ser aplicável a um caso, apresentam-se como fundamento para uma decisão judicial as regras de uma determinada lei, os princípios

⁴⁰ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de hermenêutica jurídica, clássicos do direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 52.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

constitucionais, a evolução de entendimento jurisprudencial sobre casos semelhantes e a compreensão da doutrina sobre a matéria.

Nesse aspecto, ainda que se observe ordenamento jurídico constituído a partir da tradição *civil law*, com a cultura de importância da normatização submetida pelo Poder Legislativo, não mais se entende que a lei seria bastante e suficiente, de forma isolada no contexto, para assegurar a previsibilidade, certeza e segurança jurídica das decisões judiciais.

Por certo, na tradição romano-germânica há muito o problema não é o reconhecimento da lei como fonte primordial do direito, mas sim a definição correta do conteúdo do texto normativo, a partir de critérios interpretativos que permitam a aferição racional da norma jurídica, evitando o uso excessivo ou abusivo de discricionariedade na escolha do significado da norma.

Conforme anteriormente descrito, a partir do espírito revolucionário francês, somado ao racionalismo iluminista e com o manifesto propósito de satisfazer a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica, a lei no período clássico do positivismo foi elevada a condição de fonte exclusiva do direito.

Sendo produto da vontade da maioria do povo, a lei se confundia com o direito e deveria conter em seus dispositivos todo o sentido jurídico, sem deixar espaço de lacuna. Pelo apoio e legitimação popular, o Poder Legislativo exerceria uma função efetivamente criativa do direito. E ao Judiciário caberia apenas a identificação das situações conflituosas e realizar a sua correta acomodação por meio da técnica de subsunção ao direito legislado.⁴²

Existia a expectativa de que a completude de um corpo de leis claras pudesse proporcionar certeza, previsibilidade e segurança jurídica necessárias às relações sociais em cenário de crescimento econômico, restando pouca ou nenhuma margem de discricionariedade ao aplicador da lei, que inclusive não estaria legitimado a interpretá-la.

A lei abrangeria integralmente o parâmetro normativo para a correta decisão judicial, sendo bem nítidas e distintas as funções de criação do direito, a cargo do legislador, e a tarefa de aplicação da norma jurídica às situações litigiosas, pelo juiz.

Sobre o tema, afirma Leonard Ziesemer Schmitz:

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 148.

O Poder Legislativo, que recém havia conquistado seu espaço na manutenção da democracia francesa, passou a ter o monopólio da produção do Direito. Nesse contexto surgiu a ‘École de l’*exégèse*’, que é o resultado do Código Napoleônico (1804), editado e promulgado para consolidar um novo regime que ali se iniciava e que enxergava o Direito como a mera reprodução, na prática, do que previam os dispositivos legais. Lei e Direito foram reduzidos a uma só coisa, e ao julgador caberia apenas verificar, no contexto fático que lhe era apresentado, qual dispositivo legal seria aplicável. Todo esforço hermenêutico teria sido feito, acreditava-se, pelo Legislador, e o código era um texto onipotente, basicamente livre de lacunas.⁴³

A tradição jurídica *civil law* não conseguiu sustentar por muito tempo o ideal de uma separação estável entre as atividades de legislar e aplicar judicialmente o direito. Com o passar dos anos, evidenciou-se um alargamento das funções criativas do aplicador da lei, sendo que ao legislador exigir-se o cumprimento da tarefa de prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência na prática cotidiana seria algo inviável, assim como a determinação do sentido único e inequívoco da disposição legal por ele criada.

Constatou-se que a interpretação levada a efeito pelo juiz não pode ser visualizada como atividade meramente declaratória da norma jurídica, sendo inerente à aplicação do direito certo nível de interpretação ou criatividade, concernente à obtenção da norma que incidirá no caso. Por certo, o real sentido da norma é verificado quando os juízes a interpretam.

Segundo Mauro Cappelletti, o aumento da liberdade criativa dos juízes no ocidente possui destaque como resultado, sob certo aspecto, de uma revolução ocorrida e contrária ao exagerado formalismo, seja em face do “formalismo do *case method*”, nos Estados Unidos da América, seja contra o positivismo jurídico de inspiração francesa, ou mesmo contra o formalismo científico e conceitual da Alemanha.⁴⁴

Por outro ângulo, essa ideia projetada de evitar-se o formalismo acompanha mudanças no papel do direito e do Estado, principalmente a partir da elevação do nível de influência estatal exigido pelo Estado Social, onde os direitos sociais estabelecidos demandam atuação mais proativa do ente estatal.

A necessidade de efetivação dos direitos sociais requer do julgador a atuação sob olhar diferenciado no modo de decidir e maior criatividade em face das omissões, tanto do legislador, quanto do administrador. Por certo, a elevação da iniciativa de ativismo judicial nessa seara faz

⁴³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 54.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.

surgir forças que, em sentido contrário, buscam enfrentar posturas exageradas de discricionariedade que possam conduzir a prática judicial de arbitrariedade.

Tocante ao papel criativo da atividade jurisdicional, afirma Mauro Cappelletti:

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo; mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à 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.⁴⁵

Referindo-se à tradição jurídica *civil law*, vale frisar a crise surgida no âmbito do Estado Legislativo, que se propôs como único centro irradiador da criação da norma jurídica.

A segurança e a certeza jurídica deveriam ser garantidas pelo sistema, pela submissão dos juízes à letra da lei, não podendo os responsáveis pela aplicação da norma afastar-se da estrita literalidade através de recursos hermenêuticos. Essa crença na possibilidade de assegurar previsibilidade ao direito por meio de limitações interpretativas colocadas aos juízes vai se esvaziando em função da realidade prática.

Com o incremento das demandas sociais em face do ideal liberal, vivenciado no início do século XX, essa circunstância torna-se elemento fomentador de renovação na forma de se conceber o fenômeno de criação do direito e, via de consequência, a escala das fontes normativas, pondo em debate o dogma da supremacia legal, substituído pelas crescentes demandas sociais, que ocasionou o envelhecimento precoce das leis, cujas estreitas margens não mais podiam impedir o alargamento dos poderes dos magistrados no âmbito de interpretação dos textos legais.

De outra banda, o Estado Social intervencionista, incumbido da tarefa de produzir políticas públicas de implementação dos direitos sociais, levou ao fortalecimento do Poder Executivo, que se viu encarregado da importante função na elaboração, por meio da delegação

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.

legislativa. Nos dias atuais, em relação a esse tema, percebe-se a utilização das medidas provisórias no direito brasileiro.

Vale destacar, ainda, o impacto causado pelo constitucionalismo na visão tradicional da jurisdição típica no contexto do Estado Legislativo. Em virtude da rigidez das Constituições, que passam a assumir o ápice do sistema normativo, a lei perde o seu posto de supremacia, ficando situada logo abaixo da Constituição.

Destarte, o Poder Legislativo passa a encontrar limites mais delineados para a sua atividade, pois o produto de sua vontade externada, isto é, a lei, somente tem sua validade jurídica se compatível com os princípios e ditames constitucionais.⁴⁶

Observa Luiz Guilherme Marinoni que houve uma evidente alteração na forma de concepção de direito e de jurisdição na *civil law* em razão do constitucionalismo, pois “se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”.⁴⁷

De acordo com o pensamento constitucionalista, a fonte primordial normativa é a Constituição, restando ao aplicador do direito na tradição *civil law* observar a lei, mas sempre ao lume do que prescreve as normas da Constituição, com base na qual compete exercer a atividade interpretativo-aplicativa.

Assim, estando um degrau acima da lei, o operador jurídico terá maior amplitude de possibilidades interpretativas no regime constitucional, notoriamente quando se verifica o caráter principiológico das normas constitucionais e sua função de paradigma de validade de toda a produção legislativa infraconstitucional.

Ademais, com a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário da tradição *civil law* assume poderes no que se refere à modelagem das normas jurídicas, distanciando-se da condição de mero repetidor das fórmulas elaboradas pelo legislador, para exercer a função de revisor da atividade legislativa, no que se refere à sua compatibilidade com a Constituição.

Para Leonardo Martins, sobre a função do controle de constitucionalidade perante o direito alemão:

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56-57.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

É expurgar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional antes que surja um conflito interindividual e/ou social que a concretize, ou seja, que seja por ele regido, exigindo sua aplicação. Fala-se, destarte, unanimemente em integridade do ordenamento jurídico e proteção da supremacia da Constituição e da superioridade hierárquica do direito federal em relação ao estadual.⁴⁸

Ainda segundo a doutrina de Leonardo Martins, a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, além de declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma objeto de controle, “tem, segundo a doutrina majoritária, uma eficácia *ex tunc* e *erga omnes*”,⁴⁹ atingindo desde o princípio a norma e os eventuais atos administrativos executórios, decisões judiciais e leis formais que derivem da aplicação da norma inconstitucional.

Por conta do constitucionalismo e do sistema de controle de constitucionalidade, Luiz Guilherme Marinoni salienta a aproximação do modelo de juiz da tradição *civil law* com o juiz do *common law*, ambos com importante papel no processo de criação do direito, superando o ideal do positivismo clássico francês.

Para o referido autor, o apego à rígida separação dos poderes, como se o Judiciário permanecesse na postura de servo da escolha legislativa, impediria a exata compreensão da necessidade de adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais no *civil law*. Veja:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o constitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes na *civil law*.⁵⁰

Evidentemente, a proibição do exercício de interpretação normativa pelo julgador como critério para a segurança jurídica efetivamente não comporta viabilidade, de forma que sempre haverá margem de liberdade interpretativa para quem possui a tarefa constitucional de aplicar um dispositivo legal a um caso concreto.

Decorre da própria condição humana a interpretação dos textos objeto de leitura, para deles extrair algum sentido, não sendo diferente em se tratando de texto normativo. Tocante ao sentido e alcance das normas constitucionais, o jurista precisará fazer análise detida,

⁴⁸ MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 12.

⁴⁹ MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 66.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

interpretativa e atenciosa sobre a hipótese de sua incidência em um caso concreto, considerando a necessidade de integração do sistema normativo.

Com efeito, conforme declara Paulo Bonavides, tais comandos normativos, por força do caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, afastam-se dos tradicionais métodos empregados para a interpretação das outras normas jurídicas, que estariam em um “círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades”.⁵¹

De fato, a atribuição de sentido às normas definidoras de direitos fundamentais no momento da confecção de uma decisão judicial proferida em processo instaurado para a sua tutela, considerando que boa parte deles são previstos como princípios e, ainda, poderem conflitar com outros direitos de mesma natureza, conduz o intérprete a adotar práticas hermenêuticas que levem à harmonização ou concordância prática na situação concreta.

Os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, tratando-se de conquistas da modernidade em favor do ser humano, exigem propostas interpretativas, em razão da maior generalidade das normas consagradoras, principalmente quando são baseadas em princípios.

Sendo assim, observa-se que os métodos tradicionais de hermenêutica revelam-se insuficientes ao uso pelo jurista para lidar com a realidade principiológica atual. Os direitos fundamentais, como destacado por Robert Alexy, possuem duas formas diferenciadas: uma “estreita e rigorosa”, relativa às regras; outra “larga e ampla”, concernente às normas princípio, com implicação necessária no processo interpretativo. Conforme pensa Robert Alexy, no caso de colisão entre normas princípio, importa recorrer-se à ponderação para obter-se a solução mais adequada casualmente.

Nesse ponto sobre os direitos fundamentais, vale destacar o seguinte trecho da obra de Leonardo Martins:

Na busca de um conceito geral dos direitos fundamentais, os autores alemães discutem com duas correntes tradicionais. Segundo a primeira, de inspiração na tradição francesa anglo-saxã, os direitos fundamentais seriam direitos do indivíduo que preexistiriam ao Estado. Já a segunda corrente, própria da tradição germânica, afirma que os direitos fundamentais não preexistem, mas, ao contrário, apenas existiriam graças à outorga estatal. No primeiro caso, os direitos fundamentais caberiam ao indivíduo pela sua simples condição de ser humano, que nasce dotado de aspectos inalienáveis de sua liberdade. No segundo caso, isso ocorreria somente devido a sua condição de membro do Estado.⁵²

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 131-132.

⁵² MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 45.

Ressalta ainda o mesmo autor que “esse conceito dos direitos fundamentais foi desenvolvido com muita consequência pela jurisprudência do TCF que, reiteradamente, definiu os direitos fundamentais com sendo ‘em primeira linha’ direitos de resistência do indivíduo contra intervenções em sua liberdade”.⁵³

Como visto anteriormente, nos sistemas jurídicos da família *civil law* a lei inicialmente se mostrou o principal elemento de revelação do direito, sua fonte primária. Por essa tradição, o operador do direito sempre se volta ao direito legislado para buscar a base normativa das soluções jurídicas encontradas para os casos concretos, sob pena de alegação de arbitrariedade em face da decisão adotada, ainda que se tenha consciência, na atualidade, que direito e lei não se confundem de forma inafastável, existindo inclusive outras fontes que podem ser utilizadas.

Com o constitucionalismo e a crescente adoção pelos Estados nacionais de constituições escritas, teorizou-se a construção de sistemas jurídicos constituídos por direito escrito e escalonamento de fontes hierárquica e sistematicamente ordenadas, partindo-se da Constituição para a lei, seguindo-se para o regulamento e assim sucessivamente.

A partir desse conjunto sistemático de direito escrito e obrigatório em abstrato, é que o jurista do *civil law* visa obter a norma reguladora que será aplicada aos casos concretos, através da interpretação dos textos normativos.

Ademais, cuidando-se de sistema decorrente da tradição jurídica *civil law*, mesmo quando se destaca a imprescindibilidade de valoração da fonte jurisprudencial, essa força normativa é vinculada à elaboração de regra escrita que atribua formalmente essa carga valorativa.

Pelo que observam Michele Taruffo e Massimo La Torre, no *civil law* italiano, os precedentes constituem um caminho para a compreensão da própria regra jurídica interpretada e não uma substituição aos códigos, às leis ou à Constituição. Em suas palavras, para os autores a regra é constantemente considerada, analisada e interpretada pelo significado atribuído nos precedentes judiciais.⁵⁴

Como já relatado, superada a ideologia do positivismo clássico, pelo que a lei seria a única fonte do direito, a doutrina da tradição *civil law* evoluiu para reconhecer, ainda que em

⁵³ MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 46.

⁵⁴ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 152.

um plano secundário, outras fontes de onde emanam elementos jurídicos, com relevância para a jurisprudência.

Com efeito, se o direito não se confunde com a lei e se a regra escrita é vista como um elemento geral e abstrato, distante dos fatos concretos, é a atividade de interpretação hermenêutica realizada pelo juiz que converte o texto legislado, norma em abstrato, na norma concreta que regulará a situação apresentada perante o Judiciário.

Sobre o sistema de precedentes e sua relação com os ordenamentos jurídicos, afirma Daniela Pereira Madeira que:

En suma, el régimen del precedente opera en todo el sistema jurídico, a partir de la integración de varios factores, que pueden ser clasificados en estos vectores citados anteriormente, o sea, cabe reconocer la doctrina del precedente como un fenómeno generalizado e infiltrado de forma unitaria y común en los diversos ordenamientos jurídicos con las debidas correcciones necesarias, de acuerdo con las peculiaridades relevantes a cada sistema jurídico. La característica principal del precedente es su capacidad de influenciar la decisión de casos sucesivos y, en consecuencia, garantizar una mayor seguridad jurídica en los ordenamientos jurídicos.⁵⁵

Pelo impacto do constitucionalismo, o Poder Judiciário consegue se manter como órgão estatal fundamental na tarefa de revelar as normas jurídicas. Assim, supera-se a doutrina clássica que exigia a aplicação praticamente literal dos textos normativos e a jurisprudência da Europa Continental passa a desenvolver papel notoriamente relevante para a evolução do direito e da sociedade.

Na Europa Ocidental, como na Alemanha, a fonte jurisprudencial ganha força normativa e é bem frequente a referência a decisões anteriores na fundamentação de novos julgados.

O doutrinador italiano Taruffo, por sua vez, propõe a construção de uma teoria da decisão justa, mediante a combinação de três critérios para a valorização do tratamento adequado da justiça da decisão. Os critérios seriam, por primeiro, a correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; em segundo lugar, a compreensão correta dos direitos relevantes para o caso; e por último, a utilização do procedimento válido e justo para se alcançar a decisão. Nesse contexto, a tutela dos direitos no processo civil moderno buscaria promover a proteção dos direitos individuais e coletivos mediante a aplicação de uma decisão

⁵⁵ MADEIRA, Daniela Pereira. **El papel de los precedentes em el sistema del civil law**: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 142.

justa que observa a unidade do ordenamento jurídico baseada no respeito aos precedentes jurídicos.⁵⁶

A verdade é que o poder criativo da jurisprudência é sentido na prática, sendo necessário o desenvolvimento de processos para a uniformização do direito jurisprudencial, para a manutenção da sensação de segurança jurídica, confiança e certeza.

Apesar desse papel inovador da jurisprudência, as decisões judiciais na tradição *civil law* permanecem, como regra, não vinculativas para novos julgados. É que a norma jurídica continua sendo obtida diretamente do direito escrito e legislado, por meio de processos interpretativos.

A solução adotada para um caso concreto, por decisão de um juiz, não obriga o julgador que decidirá um processo semelhante no futuro, que deve reportar-se novamente às normas jurídicas em abstrato, podendo referir-se a alguma decisão judicial precedente como reforço argumentativo, de mera persuasão. Essa é a regra.

Dessa forma, quando se determina por regra escrita a vinculação a decisões judiciais nos países da tradição *civil law*, considera-se que a força do precedente decorre da própria norma jurídica interpretada.

Considerando o sistema normativo espanhol, a título exemplificativo, afirmam Alfonso Ruiz Miguel e Francisco J. Laporta que a força do precedente na Espanha depende da pré-existência de normas escritas que os julgados interpretem.⁵⁷

Consequentemente, é possível observar em países de tradição *civil law* normas tornando “obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes”,⁵⁸ como ocorre na Alemanha, em relação às decisões do Tribunal Federal Constitucional, assim como em Portugal, na Argentina, na Colômbia e no Brasil, sobre julgados das Cortes Supremas.

Assim, mesmo se valorada no patamar de fonte secundária, o certo é que a jurisprudência exerce função essencial na revelação do direito na tradição *civil law*, de modo a existirem normas escritas que impõem a observância obrigatória de sistema de precedentes,

⁵⁶ TARUFFO, M. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

⁵⁷ MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents: a comparative study**. New York/NY: Routledge, 2016, p. 277.

⁵⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 160.

como garantia da segurança e estabilidade na compreensão do fenômeno jurídico e aplicação da correta solução aos casos práticos, mantendo-se a coerência do sistema.

4 PRECEDENTE COMO FONTE NORMATIVA

No entendimento de Miguel Reale, com sua visão tridimensional, as fontes de direito resultam de processos ou meios de reconhecimento em que as normas jurídicas adquirem força obrigatória perante o ordenamento jurídico. Afirma o autor:

O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diámas mesmo de certas fômas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.⁵⁹

Em outras palavras, as fontes de direito são capazes de produzir norma jurídica de observância obrigatória por todos, dotada de vigência e eficácia.

Sob outra visão, o filósofo argentino Carlos Cossio entende que o estudioso do direito deve observar tanto as fontes materiais quanto as formais. A fonte material indica a origem do direito, configurando a sua gênese, podendo ser reconhecida como fonte de produção, referindo-se a fatores sociais, éticos, históricos e políticos que edificam o ordenamento jurídico, condicionando o seu desenvolvimento e determinando o conteúdo das normas.

A fonte formal é aquela que lhe confere estrutura jurídica, como veículo de manifestação da norma jurídica, utilizada pelo intérprete para conhecer e compreender o direito, permitindo a correspondente aplicação da norma aos casos concretos. É denominada fonte de cognição.

De acordo com o autor, o direito jurisprudencial é fonte formal estatal, porque produzido por órgão público e que pode ser verificado através do conteúdo de sentença, precedente judicial, súmula ou jurisprudência.⁶⁰

Conforme já visto nos capítulos anteriores, com a evolução histórica das duas clássicas tradições jurídicas que representam os sistemas *civil law* e *common law*, conforme a observação atual de influência recíproca de um sistema no outro em relação ao tema, o direito jurisprudencial adquire notória relevância pela atribuição legislativa de força vinculante à jurisprudência, súmula ou precedente judicial em ordenamentos jurídicos característicos de origem romano-germânica.

⁵⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140.

⁶⁰ MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1972, p. 51.

Nessa conjuntura jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 buscou prestigiar a segurança jurídica, a igualdade, a unidade e a previsibilidade, evitando-se decisões conflitantes do Judiciário em relação a casos concretos similares, possibilitando que se preveja as soluções jurídicas adequadas, a partir de interpretação do texto legal já realizada anteriormente por órgão judicial competente.

O sistema processual civil brasileiro permite que os tribunais superiores possam unificar a interpretação do conjunto normativo nacional através de suas decisões, assim como atribui aos tribunais de segunda instância a tarefa de poderem racionalizar a interpretação regional e assim otimizar a prestação jurisdicional no âmbito local.

Sobre o tema precedente judicial enquanto fonte normativa, importa avaliar, de início, a existência de discricionariedade do juiz diante dos casos concretos como questão de relevância jurídica, ante a necessidade de completude, diante dos princípios e regras previstos e que orbitam o ordenamento jurídico.

4.1 A discricionariedade do juiz

Sob a ótica positivista normativa, o filósofo Hans Kelsen edificou sua teoria pura do direito inserindo a norma como ponto central de avaliação. Segundo o autor, o direito é representado pela norma jurídica, sendo que esta é o conteúdo principal do direito e a lei é considerada espécie de norma.

Para Kelsen, seria a norma uma moldura de interpretação da realidade e através dela o ordenamento jurídico incorpora em seu âmbito um fato ocorrido. E de acordo com cada descrição fática, ao intérprete do direito é possível extrair-se uma norma do conjunto normativo, importando verificar-se o critério da validade da regra.

Determinada norma, nesse contexto, é reconhecida como válida quando tem sua existência compatível com outra norma que esteja situada no patamar hierárquico superior do ordenamento. No ápice do ordenamento jurídico, inclusive acima da Constituição, encontra-se a norma hipotética fundamental, que lhe confere validade.

A norma fundamental corresponderia a um ato lógico, possuindo a tarefa de fechar o escalonamento normativo. Cumpre destacar que não consistiria em norma posta, mas suposta, pois a partir dela o direito adquire qualidade jurídica e força coercitiva.

De acordo com Kelsen, apenas o critério da validade pode ser utilizado na aplicação da norma ao caso concreto, independentemente do método de interpretação do texto normativo adotado por quem emprega a norma. Uma vez válida a interpretação, também seria válida a sua aplicação e a opção de escolha é discricionária, objeto de análise do aplicador do direito com competência para realizar essa tarefa.⁶¹

Tocante a moldura idealizada por Kelsen, afirma Dimitri Dimoulis:

As referências à moldura indicam que, segundo Kelsen, o aplicador realiza a interpretação das normas adotando uma postura cognitiva. Mas, quando não são indicados os métodos que permitem essa cognição, a atividade interpretativa se transforma em puro ato de vontade. Isso se torna claro quando Kelsen afirma que da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa, e conclui que, se a autoridade possui competência de decidir de forma definitiva, sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à moldura.⁶²

Com isso, haveria a forma autêntica e discricionária de interpretação do direito, resultado do exame feito pelo próprio encarregado de decidir o caso concreto. E a interpretação não autêntica, que caberia aos formantes doutrinários, com a incumbência de descrever com imparcialidade as interpretações possíveis da norma, contornando um quadro ou moldura que informa ao aplicador do direito as opções de interpretações normativas válidas.

Percebe-se com a teoria de Kelsen, de grande influência no pensamento ocidental *civil law*, que a interpretação da norma e a discricionariedade do juiz é tema que importa reflexão e análise, repercutindo na observação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Em continuação sobre o assunto, vale destacar em paralelo a doutrina positivista de H. L. A. Hart, enquanto filósofo do direito e magistrado britânico, e a teoria construtivista de direitos de Ronald Dworkin, filósofo e jurista estadunidense, mediante o estudo das concepções de completude ou incompletude da lei, o grau de distinção entre princípios e regras, com o objetivo de entender se o juiz possui o dever legal de decidir de uma determinada forma, em caso de lacuna da lei, ou em casos complexos.

Segundo o estudo de Dworkin sobre a existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis, afirma-se que a discricionariedade pode ser fraca ou forte. Será fraca quando

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 391-392.

⁶² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 215.

houver critérios estabelecidos por uma autoridade superior,⁶³ de maneira que ao juiz caberá escolher entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar”. Para o filósofo, discricionariedade em sentido forte consiste na ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados,⁶⁴ ou seja, quando os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.

Desse modo, a discricionariedade forte estaria associada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou principiológica, da competência ou incompetência do juiz de atuar construindo norma jurídica por meio de suas decisões.

Com base nessas categorias de discricionariedade, Dworkin defende a tese de que o juiz não teria discricionariedade em sentido forte, com liberdade ampla de construir a norma em casos de lacuna, pois a existência de princípios impossibilitaria o estágio de ausência absoluta de vinculação normativa.

Por sua vez, estabelece a doutrina de Hart que em casos de lacuna legislativa, deve o julgador utilizar-se da ideia de regra secundária de reconhecimento baseada em fatos sociais. Com isso, busca-se estabelecer uma teoria puramente descritiva de lei, capaz de identificar critérios que digam quais regras e quais princípios⁶⁵ são lei. A preocupação do filósofo está em identificar que a lei tem como fundamento a busca pela segurança jurídica, pela eficiência da pressão social e pela possibilidade de alterações de significado no texto.

Dworkin, por sua vez, preocupa-se em afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de novas normas jurídicas que desconsiderem direitos individuais pré-estabelecidos. Enquanto para a teoria de Hart, não haveria essa preocupação de desconsideração de direitos, pois tais direitos não existiriam onde houvesse lacuna legal.

Para Hart, um dever legal existiria apenas na pré-existência de uma regra social. Considerando que os fatos sociais que originam a regra social podem se esgotar, poderia existir um espaço não normatizado no qual o juiz teria discricionariedade em sentido forte, isto é, no qual o juiz não se submeteria a qualquer dever legal de decidir de determinada forma.

Sendo assim, pode-se perceber que haveria uma primeira fase, de existência da lei, na qual seria admissível apenas a discricionariedade em sentido fraco e uma segunda fase, que

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 69.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 32.

⁶⁵ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 63.

consiste na inexistência da lei, na qual seria admissível ou mesmo imprescindível o uso da discricionariedade em sentido forte.

Dworkin desaprova essa versão, sob o entendimento de que há casos de possibilidade de identificação de um dever legal, mesmo na ausência de uma regra social.

A teoria construtivista de Dworkin não abrange duas fases, uma institucional ou convencional, onde existem leis vinculantes, e uma segunda, discricionária, onde a norma é criada integralmente pelo juiz ante a inexistência da lei. Assim, a sua doutrina repele a existência de uma fase em que seria admitido o uso da discricionariedade em sentido forte.

Por certo, explica Dworkin que é necessária uma justificação coerente para todos os precedentes, dispositivos legais, costumes, princípios convencionais e filosóficos presentes em uma determinada sociedade, estabelecendo um sistema jurídico sem o uso de uma regra de reconhecimento fundamental.⁶⁶ Assim, o juiz teria o dever jurídico de buscar sempre a melhor justificação moral para sua decisão, de modo a evitar o cometimento de erro em relação ao direito das partes processuais. Neste ponto, diversamente, para a alternativa positivista de solução de Hant, que não proporciona qualquer direção para o juiz em casos difíceis, haveria a discricionariedade em sentido forte.

Sobre a distinção entre princípios e regras, para Hart, princípios e regras não podem ser distinguidos pelo critério do peso, como pensa Dworkin, pois ambos são entidades relativas, capazes de ser ponderadas entre si.⁶⁷ No que toca à ponderação entre regras e princípios, Dworkin ressalta que o que se pondera de fato são apenas princípios, mas que esses poderão indicar a aplicação de uma ou de outra regra.⁶⁸ A possibilidade de ponderação de regras frente a princípios seria meramente ilusória.

De toda forma, o pensamento de Dworkin parece mais acertado ao permitir a escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”,⁶⁹ propondo, ao mesmo tempo, a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais abrangente as fontes normativas, inclusive avaliando a hipótese de incidência de princípios não previstos expressamente na lei, possibilitando que o ordenamento jurídico seja capaz de alcançar casos difíceis, fornecendo a esses casos critérios objetivos além da mera utilização da

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 116.

⁶⁷ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 259.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 77.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 69.

discrecionalidade em sentido forte. Torna, assim, a norma existente capaz de alcançar esses casos difíceis, sem eliminar do juiz o recurso da discrecionalidade em sentido fraco.

Apesar de as teses possuírem pontos de discordância, a verdade é que ambos os pensadores entendem que o precedente possui força normativa. A diferença reside no grau de discrecionalidade do juiz enquanto intérprete do ordenamento jurídico, frente ao caso prático.

Sob outro ângulo, no estudo do precedente como fonte normativa, é importante destacar a observação do novo paradigma epistemológico da ciência do direito, isto é, a evolução da ideia de subsunção à construção.

Com efeito, a epistemologia é tradicionalmente classificada como uma disciplina filosófica, sendo a filosofia a constante busca humana, através da autorreflexão, de se ter uma visão de mundo, no campo da teoria e da prática.⁷⁰ De forma mais específica, a epistemologia compreende o ramo da filosofia que tem por objeto uma reflexão teórica do próprio conhecimento. É concebida como a teoria da ciência.⁷¹

Assim, a epistemologia consiste em disciplina fundamental da filosofia, ao lado da metafísica e da ética, dedicando-se ao estudo da natureza do conhecimento, dos seus requisitos e limites.

A disciplina apresenta modelos para se atingir o conhecimento. Conforme o modelo racionalista, o conhecimento é plenamente possível, derivando de uma intuição racional. As críticas a esse modelo ressaltam que este tipo de teoria encontra problemas em justificar essa capacidade ou demonstrar o que viria a ser essa capacidade inata.

Como oposição a essa forma de conceber a origem do conhecimento, há o empirismo, que teve na experiência a fonte única do saber. E, também, o intelectualismo, que, segundo Hessen seria a síntese dessas duas primeiras correntes, admitindo o pensar, mas também a experiência como fontes do conhecimento.⁷²

Com foco na discussão da chamada revolução científica, defende-se que o modelo de racionalidade responsável por dar sustentação à ciência moderna, a partir do século XVI, era um modelo totalitário, pois somente admitia duas possibilidades: o conhecimento científico, racional, e o não científico, ou irracional, sendo que neste campo estariam inseridos os estudos humanísticos daquela época, inclusive o estudo do direito.

⁷⁰ HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 9.

⁷¹ HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 12.

⁷² HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 59.

O que se percebe é que esse modelo de ciência dominante à época, eminentemente voltado para as coisas da natureza, possuía como pressuposto epistemológico uma total separação entre sujeito e objeto. Assim, o sujeito, fundado na razão, observava o objeto de forma reflexiva, através de ideias abstratas, matemáticas, dividindo o problema para reduzir a complexidade e, finalmente, através de uma observação de causa e efeito alcançava-se uma conclusão universalizante, que poderia ser definida em forma de uma lei, geral e abstrata, capaz de regular os casos futuros com absoluta certeza.

Indubitavelmente, nesse modelo concebido de se fazer ciência observa-se uma racionalidade voltada para a indução, mas que, ao final, possibilita a utilização do método dedutivo.

De certa forma, através da observação do caso concreto, do pensar, da medição, cria-se uma regra geral, universal, utilizando-se do método indutivo. Consequentemente, essa regra passa a ser utilizada como uma espécie de régua, apta a mensurar e definir os casos futuros de forma automatizada e mecanicista, através do método dedutivo.

Com isso, as denominadas disciplinas da humanidade, para que pudessem ser também compreendidas enquanto ciência, incorporaram no nascedouro de seu desenvolvimento epistemológico a mesma metodologia das ciências naturais. Inclusive, mantiveram a concepção de que, para haver conhecimento, devia-se confrontar sujeito e objeto. Sob essa ótica, segundo Hessen, “o dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento”.⁷³ Essa constatação é de fundamental importância para que se possa refletir sobre as possibilidades do conhecimento nas ciências sociais e, via de consequência, na própria ciência do direito.

No século XIX, por influência desse contexto epistemológico, surgiu no âmbito das ciências sociais a corrente de pensamento positivista. Destacou-se a doutrina de Auguste Comte, que tinha como linha fundamental de suas teorias a necessidade de se “reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica”.⁷⁴

Verificou-se assim o surgimento de modalidade de observação e compreensão dos fenômenos sociais não do ponto de vista de uma investigação de suas causas reais, mas considerando os dados perceptíveis e mensuráveis.

⁷³ HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012, p. 20.

⁷⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

No geral, pode-se identificar três características principais do pensamento positivista do direito, no século XIX, são elas: a) a adoção da doutrina da completude do sistema; b) o escalonamento de ciência como método, adotando-se um procedimento construtivo em que as regras inferiores são deduzidas a partir de princípios mais amplos; c) a resolução dos problemas jurídicos de acordo com a subsunção, aplicando-se o método dedutivo.

Dessa forma, considera-se que o raciocínio jurídico deve ter como ponto de partida uma premissa maior, centrada na norma, que será utilizada como régua para medir o caso concreto, premissa menor, resultando esse procedimento em uma solução jurídica lógica e correta.⁷⁵

Nesse contexto, a Escola da Exegese reuniu os elementos doutrinários necessários para a propagação desse modelo formal, com a capacidade de solucionar as demandas suscitadas mediante a utilização do sistema da codificação. A ideia de completude atribuída ao Código Civil francês tinha o pressuposto de conter em seu texto todas as respostas para as diversas perguntas.

Como se vê, o positivismo jurídico surgiu, conforme destacado por Müller,⁷⁶ com uma ideia de que na ciência jurídica a norma jurídica está dissociada do fato, existindo nítida distinção entre o direito e a realidade.

Com isso, tem-se que o modelo de ciência idealizado no século XVI para as ciências naturais foi transmitido para o positivismo jurídico, do ponto de vista do paradigma epistemológico existente. E a função do juiz na solução de um caso concreto era de identificar os elementos característicos do fato em análise, confrontá-lo com as normas já definidas do ordenamento jurídico e, utilizando-se do método dedutivo, realizar a subsunção, obtendo-se uma solução justa e correta.

Mas esse método que considera a dualidade entre sujeito e objeto não mais se sustenta há muito. Do juiz não se espera que resolva alguma demanda judicial pela simples tarefa de definir-se o sentido e o alcance da regra jurídica posta. O que se deseja é que seja o caso prático decidido por uma decisão justa e efetiva, constitucionalmente válida e adequada, conforme a inclinação apresentada pelo fato jurídico. Isso vale dizer tanto em relação ao procedimento de aplicação da regra legislada quanto ao precedente.

⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 16.

4.2 A superação da subsunção pela construção

O cenário acima idealizado passou por alterações no âmbito do próprio positivismo jurídico na primeira metade do século XX, quando se defendeu uma ótica mais normativista, tendo Hans Kelsen como autor de maior influência sobre a tradição jurídica continental europeia, com a doutrina da Teoria Pura do Direito.

A doutrina de Kelsen defende uma lógica formal no direito, no sentido de que as normas jurídicas inferiores encontram seu fundamento de validade nas normas superiores e, ainda, uma total separação entre o campo da regra e dos valores. Nessa teoria, já se observa certo rompimento com o procedimento de subsunção, pois Kelsen não admite como premissa maior a existência de normas prontas, pré-existentes, capazes de aplicação por mera subsunção ao caso concreto pelo juiz.

Assim, o papel da ciência do direito, enquanto ciência normativa, focaria na formação de uma moldura de interpretações possíveis, deixando ao juiz, dentro dessa delimitação, o estabelecimento de uma norma do caso concreto. Para Kelsen:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ (declaração do direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste em apenas na determinação da norma geral a aplicar no caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.⁷⁷

Dessa maneira, de acordo com a concepção normativista Kelseneana, “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”.⁷⁸

A doutrina de Kelsen representou um avanço em desfavor da lógica subsuntiva na ciência do direito. Contudo, apesar de negar a existência de um ordenamento jurídico composto por lei enquanto norma pronta e acabada para ser aplicada, Kelsen continuava admitindo a existência de uma norma geral prévia, desconectada da realidade do caso concreto.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 264.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 272.

Na teoria de Kelsen ainda se verifica uma separação do ser e dever ser, do sujeito e do objeto e, portanto, ainda está presente a dualidade enquanto característica de uma epistemologia.

Contudo, a separação entre o direito e a realidade foi se revelando cada vez mais difícil e inviável, principalmente a partir das necessidades surgidas após a segunda guerra mundial. A realidade vivenciada em sociedade ensejou a modificação da concepção de sistema utopicamente completo e fechado.

Com efeito, diminuiu-se a aceitação da Lei como norma superior capaz de sanar todos os problemas a partir de sua generalidade e abstração. Por consequência, o positivismo clássico e exegético suportou forte abalo e a tarefa do juiz também foi modificada. A figura do juiz como mero declarante da supremacia da lei foi revista.

A democratização social apresentada no *Welfare State* e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou num primeiro momento com a derrota do nazifascismo e, posteriormente, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos na Europa e na América, resultaram no estabelecimento de Constituições que consagram direitos fundamentais e que modificaram as relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

Por certo, a estrutura e as funções do Estado foram paulatinamente sendo alteradas, mas a concepção tradicional em torno da interpretação jurídica e a forma de decidir as demandas judiciais aderiu-se à técnica da subsunção de forma marcante e incongruente do ponto de vista atual da hermenêutica jurídica.

Não raramente se enfatiza a utilização de métodos interpretativos clássicos como o lógico, gramatical, histórico e sistemático, significando que interpretar um fato jurídico seria definir o sentido e o alcance da norma diante do caso concreto.

Nas palavras de Arthur Kaufman:

Quando examinamos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou, e que ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei”, e provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos de que formulam decisões de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal.⁷⁹

⁷⁹ KAUFMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 184.

De fato, a partir do constitucionalismo o direito adquire status de conjunto normativo dinâmico, considerando a consagração dos princípios constitucionais e direitos fundamentais da pessoa humana, importante para a aplicação da lei e a servir como meio de promoção dos direitos individuais e coletivos e para a consagração e estabilização da democracia.

Tocante ao ponto, Lenio Streck diz que “a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa desvencilhar do mundo prático)”.⁸⁰

Dessa forma, é possível afirmar-se atualmente que a separação entre sujeito e objeto consiste em utopia epistemológica. Por certo, tanto nas ciências naturais quanto nas sociais verifica-se que o sujeito exerce influência sobre o objeto que pretende examinar e, reciprocamente, esse mesmo objeto também atua na forma de compreensão do sujeito.

Segundo essa teoria atual, que representa evolução do ponto de vista epistemológico, denominada de crise do paradigma dominante da ciência, demonstra-se não ser possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, de maneira que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que entrou na avaliação.

No campo da ciência do direito, a aproximação entre sujeito e objeto é identificável nas teorias do constitucionalismo moderno, como as de Friedrich Müller e Ronald Dworkin. A concepção de uma norma jurídica afastada de sua realidade, pronta e acabada para uma aplicação subsuntiva declinou espaço para as teorias construtivistas, que passaram a vislumbrar na norma algo que somente pode ser identificado a partir de uma realidade que confira substância.

Nesse sentido, Müller⁸¹ diferencia o texto normativo da própria norma, sendo esta construída pelo intérprete no caso concreto, a partir dos dados da realidade, que aderem à própria forma do intérprete compreender o texto normativo. Assim, ser e dever ser se misturam numa ação de interação que produz a norma jurídica. Afirma o autor:

Visto dessa maneira e expresso de modo convencional, não apenas a norma é aplicável ao caso, mas também este é aplicável à norma. Com o desenvolvimento tipológico de

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

⁸¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

âmbito e programa normativos, a eficácia jurídica da disposição não é estabelecida de modo definitivo, visto que a distribuição de ambos os aspectos, juntamente com outros dados, é diferente em função do grau de precisão de sua aplicação no caso particular.⁸²

Segundo o pensamento de Müller sobre a construção das decisões judiciais, no interior do processo a decisão resulta de um somatório de fontes de direito, como doutrina, precedentes, direito comparado e outros textos jurídicos diversos que auxiliam o magistrado a construir um sentido para a literalidade do texto legal.

Ronald Dworkin, considerando a sua teoria do Direito como Integridade, da mesma forma se afasta da clássica ideia positivista de norma pronta para ser aplicada por subsunção no caso concreto. De acordo com o autor, a interpretação jurídica realizada pelos juízes, executada de forma construtiva, deve levar a efeito uma decisão que sempre observe os princípios que regem a sociedade.

Dworkin em sua doutrina destaca que a questão sobre se os juízes descobrem ou inventam o direito não possui utilidade prática, pois o raciocínio jurídico realizado por quem decide um processo mistura essas duas concepções.

Importa frisar que as teorias construtivistas da norma jurídica não permitem a livre e ilimitada edificação da norma pelo intérprete. Ao revés, este estará limitado em sua atuação por diversas forças cogentes presentes no próprio ordenamento jurídico, dentro da realidade concreta.

Por conta da evolução do pensamento jurídico, atualmente não mais se admite uma ciência do direito baseada nos parâmetros adquiridos das ciências naturais a partir do século XVI. A alteração de paradigma representa mudança na própria forma de se pensar o conhecimento humano, que é construído pelo ser humano e destinado a ele próprio.

Sendo o método de subsunção inadequado no tocante à aplicação das leis, da mesma forma não é coerente admiti-lo no âmbito da utilização dos precedentes judiciais, considerando o novo paradigma epistemológico da ciência do Direito. Consequentemente, não havendo norma jurídica prévia, pronta e acabada na seara legal, colocada à disposição do intérprete para mera aplicação com efeito declaratório, com muito mais razão se observa essa afirmação no campo do precedente judicial.

Nessa esteira de entendimento, explica Larenz, sobre a diferença entre lei e precedentes judiciais, que estes “carecem de interpretação em maior medida ainda do que as leis”, pois, nos

⁸² MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 255.

precedentes judiciais, “trata-se de reconstituir o processo de raciocínio do tribunal e de pôr a claro o alcance das ideias expressas, de as delimitar mais claramente, e também de separar os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só adorno decorativo”.⁸³

No Brasil registra-se na doutrina certa dificuldade de se aceitar os precedentes judiciais enquanto fonte normativa, fato explicável pela cultura jurídica basear-se na tradição *civil law*. Nos países do *common law*, por sua vez, essa compreensão sobre o tema resulta da própria cultura e prática jurídicas.

E de acordo com o sistema brasileiro de precedentes, é possível identificar-se com características singulares a jurisprudência, a súmula, a tese e o precedente propriamente dito.

Por efeito de distinção, entre jurisprudência e precedente, para Taruffo⁸⁴ existe uma fundamental diferença de caráter quantitativo. Ao falar-se em precedente, há uma referência a uma decisão de um caso particular e, ao tratar-se de jurisprudência, há uma multiplicidade de julgados sobre um mesmo tema.

Vale registrar neste ponto a observação da doutrina italiana em relação ao direito jurisprudencial brasileiro, de que a súmula vinculante não seria propriamente um precedente, mas uma técnica de produção de norma diferente, com vistas a orientar a produção de julgados uniformes, pois pode não necessariamente derivar do julgamento de um caso prático específico. No caso das súmulas do sistema brasileiro, a força normativa não resulta propriamente da *ratio decidendi*.

Segundo Marinoni, “o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve decisões”.⁸⁵

Com efeito, compreende-se ser o precedente norma jurídica aplicável que decorre de uma decisão paradigma ante um caso prático específico, que produz uma *ratio decidendi*.

Conforme Lopes Filho, trabalhando de forma ainda mais detalhada o conceito, o precedente seria uma solução hermenêutica de natureza institucional capaz de enriquecer o sistema jurídico. De acordo com o autor:

⁸³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 506.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Tradução do italiano para o português de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. (Tradução autorizada e datada de 04 abr. 2011)

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 155.

Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais) seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento.⁸⁶

O referido autor estrutura o seu conceito a partir de um paradigma sistêmico, com apoio na doutrina de Ronald Dworkin que se baseia na teoria do Direito como integridade. Para essa teoria, a interpretação realizada pelo juiz deve levar em consideração não apenas as manifestações do passado do Poder Judiciário, enquanto instituição, para além de sua atuação como se fosse um mero repetidor de soluções encontradas anteriormente, permitindo que o juiz observe e compreenda também a realidade contemporânea na qual será realizada a aplicação do direito.

Dworkin garante que é imprescindível para um entendimento correto sobre a sua teoria do Direito como integridade o distanciamento de outras duas concepções sobre o Direito: o convencionalismo e o pragmatismo.⁸⁷

Segundo o autor, a concepção convencionalista possui a premissa de que o Direito “não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo a sua própria ética ou política”.⁸⁸ Em diferentes palavras, o Direito seria aquilo que as convenções do passado - por exemplo, as leis ou precedentes - teriam estabelecido e nada mais. Havendo, contudo, lacunas nessas convenções, aí sim os juízes poderiam julgar com discricionariedade, tendo em vista a ausência de direito anteriormente convencionalizado.

Considerando que o Direito é uma ciência interpretativa, torna-se difícil aceitar as regras convencionalizadas como prontas e acabadas para todas as situações da vida em sociedade. E como já destacado pela hermenêutica filosófica, o processo interpretativo está sempre esperando do

⁸⁶ LOPES FILHO, Jura ci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 275.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 141.

intérprete a prática de atividade interpretativa a envolver-se com o objeto em estudo, mediante um contínuo debate.

Por consequência, a segurança jurídica afirmada pela concepção convencionalista do Direito é de difícil aplicação. E essa reflexão serve não apenas diante dos casos complexos, onde não haveria regra convencionada, mas também para os casos mais fáceis, em que é possível haver divergências interpretativas sobre o que realmente a convenção estabelece.

Tocante ao pragmatismo, Dworkin descreve essa concepção como de natureza cética do Direito, já que em verdade as pessoas não teriam direitos, de forma que os juízes estariam autorizados a decidir conforme suas opiniões acerca do que for mais benéfico para a comunidade.

Nesse sentido, o pragmatismo assegura que “as estratégias para perseguir o interesse geral, que parecem óbvias em uma geração, passarão a ser questionadas em outra; portanto, serão naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial, e não fora dele”.⁸⁹

Assim, o pragmatismo sustenta que a decisão judicial é um instrumento de ordem social, sendo que os juízes deveriam balizar suas decisões conforme as consequências para a sociedade em que vivem.

Em contraposição a essas duas teorias, Dworkin sugere a sua teoria do Direito como Integridade, que tem o seguinte conceito:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.⁹⁰

A teoria de Dworkin compreende o Direito como ciência interpretativa e nessa esteira de entendimento edifica a sua teoria do Direito como Integridade. O autor esclarece que o juiz

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 192.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271.

deve realizar o processo interpretativo pressupondo uma compreensão de que a realidade estará sempre em desenvolvimento.

Assim, é preciso que se considere os princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecerem a melhor solução do ponto de vista da interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Para Dworkin, a justiça está relacionada ao conteúdo das decisões tomadas pelo Poder político, isto é, para o conteúdo material das decisões políticas, como uma justiça da distribuição de recursos e oportunidades.⁹¹

A equidade, por sua vez, é representada pela capacidade do povo de influenciar nas instituições políticas. Representa os procedimentos políticos imprescindíveis para a tomada de decisão por parte da sociedade. Revela, neste ponto, um caráter mais formal do fenômeno.

E por fim, sobre o devido processo legal, este princípio significa a observância da regularidade dos procedimentos para a aplicação correta das regras e regulamentos produzidos pelo sistema.

A doutrina do Direito como Integridade, como se observa, sustenta que o juiz mantenha em mente a necessidade de adequação dos três princípios, justiça, equidade e devido processo legal, desde sempre com atenção para a realidade que o cerca, obtendo ao final uma decisão que signifique a construção de uma norma capaz de corrigir eventuais disfunções desses mesmos princípios, identificadas a partir do caso concreto.

Dworkin compara a aplicação da doutrina do Direito como Integridade com a ideia de um romance em cadeia, sendo que “em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante”.⁹²

O autor ressalta, contudo, que a liberdade para materializar essa atividade em série não é ilimitada. A liberdade não será ampla, pois o intérprete vai observar a própria sequência histórica da atividade desenvolvida em cadeia, sem possuir as mesmas opções de escolha do intérprete que inicia a atividade.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 483.

⁹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 276.

Certamente, essa teoria permite pensar o Direito como sistema em contínua atualização, de forma coerente. O juiz diante do caso concreto está limitado pelas decisões institucionais do Poder Judiciário tomadas no passado, mas não deve se ater cegamente apenas a isso. Sua orientação interpretativa deve nortear a unidade de princípios da sociedade em que vive, podendo em determinadas situações, inclusive, decidir de forma contrária ao que foi anteriormente julgado, com a finalidade fundamental de visar a integridade do sistema. Ao fazer isso, contudo, a decisão não pode resultar em solução totalmente desconectada do ordenamento jurídico vigente.

Desse modo, o Direito como Integridade, na sua forma inclusiva, retira do juiz a possibilidade de julgar um caso prático com base apenas no princípio da justiça, pois o intérprete possui o dever constitucional de realizar avaliação conglobante e na medida adequada dos três princípios e, por isso, incluir na análise a supremacia legislativa, em decorrência do que prescreve o princípio da equidade e, também, considerar os procedimentos existentes no ordenamento jurídico, em razão do devido processo legal.

Portanto, afirma-se que o precedente judicial será propriamente fonte normativa quando produzir *ratio decidendi*, enquanto fundamentação jurídica relevante e adequada ao caso paradigma apresentado à apreciação do intérprete, exigindo ainda atividade concentrada deste último que, no presente, deverá observar com atenção o que já fora decidido no passado e as consequências de sua decisão no futuro, sendo indispensável a compreensão das circunstâncias que estejam incidindo no caso concreto a ser apreciado.

Por conta disso, quando o juiz se utiliza apenas de decisão proferida no passado pelo Poder Judiciário, para a realidade existente ao tempo em que foi prolatada a decisão, desprezando o presente e o futuro, com as inúmeras circunstâncias da vida real, essa atividade jurisdicional resultará em mera replicação do direito já exercido e deixará de contribuir para a reconstrução do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, ao juiz não compete aceitar de olhos fechados como pronto e acabado o precedente existente, aplicando-o por mera subsunção aos casos práticos semelhantes. Por essa linha de raciocínio, estará autorizado a afastar-se do precedente se houver a conclusão de que a questão, corretamente resolvida em seu tempo original, tem que ser no presente resolvida de outro modo, por efeito de eventual mudança na situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.

O precedente judicial como fonte normativa tem por fundamento a missão de resguardar a tradição, a coerência e a integridade do direito.

Por certo, tanto na situação de aplicação da lei, quanto na de um precedente judicial, o que se efetiva é o próprio direito, que enquanto ciência social conclama o intérprete para um contínuo diálogo com a realidade. Dessa maneira, a lei e o precedente judicial, muito embora distintos, para serem aplicados a um determinado caso concreto exigirão sempre uma atividade do intérprete, que não pode desprezar as circunstâncias atuais casuísticas.

A par do clássico entendimento de aplicação do direito por dedução e indução, a hermenêutica filosófica, enquanto disciplina geral da compreensão humana, é tida como caminho para a execução da atividade de compreensão, interpretação e aplicação do direito, seja este procedimento decisório realizado através da observação de uma lei ou de um precedente.

Sobre a hermenêutica filosófica e sua aplicação em relação aos precedentes judiciais, vale tecer ainda alguns comentários, a título de aprofundamento.

4.3 O círculo hermenêutico

Não existia uma teoria própria com o objeto específico de compreender e interpretar até o século XVII. A hermenêutica, enquanto disciplina autônoma, sobreveio com a teologia, quando se buscou regras para a correta interpretação da Bíblia.

No século XIX, a hermenêutica passou a ser reconhecida como uma disciplina geral da compreensão, transformando-se em ciência capaz de ser aplicável a qualquer pensamento reproduzido pelo uso das palavras. A partir de Friedrich Schleiermacher, a hermenêutica não mais é considerada um tema disciplinar específico do âmbito da teleologia, da literatura ou do direito, tornando-se a arte de compreender uma expressão linguística.

A principal contribuição de Schleiermacher para a época foi estabelecer que são dois os elementos fundamentais na hermenêutica, o gramatical e o psicológico, competindo ao intérprete observar os elementos gramaticais do texto e psicológicos do autor do texto, em atividade que representa um círculo hermenêutico, restrito à relação entre parte e todo do texto e entre o elemento gramatical e psicológico do autor.

Assim, de acordo com o elemento psicológico em Schleiermacher, é possível compreender o autor de um texto melhor do que ele próprio compreendeu quando o elaborou.

Wilhelm Dilthey, na sequência, foi outro filósofo hermenêutico que contribuiu para a evolução da hermenêutica, desenvolvendo a questão do círculo hermenêutico. O autor inseriu e aprofundou a característica histórica da ação de compreender, sugerindo que o significado resultante da compreensão do intérprete, no âmbito do círculo hermenêutico, acontece a partir de sua posição na história, dentro de seu efetivo contexto. Assim, a influência histórica e a noção de horizonte histórico de compreensão individual passou a ser debatido enquanto hermenêutica.

Desde Dilthey, entende-se que o processo de compreensão humana é estabelecido considerando uma posição histórica, dentro de uma relação de parte e todo, rompendo com a ideia de que o sujeito é aquele que avalia de forma reflexiva o objeto e extrai dele, de forma consciente, um sentido verdadeiro, único. O sujeito é alguém inserido em determinado contexto histórico, imerso na tradição.

No campo da hermenêutica, os filósofos alemães Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer possuem destaque no desenvolvimento desse tema e sua aplicação relacionada aos precedentes judiciais.

Heidegger é relevante para a possibilidade de se aplicar o Direito e, portanto, os precedentes judiciais através de método diferente da mera subsunção. Conforme o autor, a interpretação ocorre após a compreensão, movendo-se segundo uma totalidade conjuntural já compreendida. Em outras palavras, a interpretação tem por foco uma visão prévia, que compreende o que foi assumido na posição prévia, de acordo com uma possibilidade determinada de interpretação. O que for compreendido, produz conceito mediante a interpretação.

Dessa forma, se a interpretação é baseada em uma visão prévia, que compreende o que foi verificado na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação, torna-se difícil admitir a aplicação da norma jurídica como algo estático.

Heidegger coloca em observação a própria atividade de pensar. Assim, na relação entre sujeito e objeto de análise, o filósofo argumenta que a partir do instante em que se pensa e existe, na intuição imediata de algo, através da memória, tudo é representado pelo sujeito pensante. Para ele, a consciência de si próprio e de algo colocado à disposição como objeto estão interligadas pela característica de subjetividade.

Os objetos seriam compreendidos pelo sujeito por que este teria a capacidade de dominá-los, na busca pela posse da informação. Ao invés dos objetos serem resultado da

consciência humana, podem ser compreendidos por possuírem um modo de ser. Assim, logo que algo existente faz sentido e influência no cotidiano após a descoberta de seu modo de ser, é compreendido.

Para o filósofo, o processo de conhecimento não pode ser retratado de maneira linear, mas como um círculo, pois o conhecimento não possui limite na representação fixa de um sujeito sobre um objeto, que permanece estático em seu horizonte de pensamento, pois está sempre em processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento.

De acordo com Heidegger, haveria cinco fases nesse processo. Na primeira fase do conhecimento, o ente se direciona a algo presente no mundo e, com essa atitude, passa a encontrar reiteradamente outros entes. Na segunda fase, o ente percebe relação de familiaridade e convivência com os outros entes existente no mundo. Neste instante, surge para o ente o ponto de vista sobre os demais entes, que passa a ser adotado como ideia prévia, mas que ainda pode ser alterada por alguma situação vivenciada. A terceira fase é a de interpretação dos conceitos descobertos e postos à disposição. Compreender e conservar as concepções vem a ser a quarta fase do processo de conhecimento. Na quinta e última fase, o ser pode relacionar-se com o modo de ser de cada ente que se encontra à disposição e realizar debate filosófico, experiência científica e demais atividades inerentes ao saber humano.⁹³

O estudo de Heidegger influenciou o modo de pensar a hermenêutica jurídica, que se encontrava mergulhada na tradição dogmática, com padrões e métodos estabelecidos, que colocavam a norma a ser compreendida e interpretada como objeto de exame pelo sujeito, para então extrair-se o exato significado.

Gadamer, por sua vez, célebre aluno de Heidegger, influenciado por seu professor neste ponto da hermenêutica heideggeriana, denomina e explica a utilização do círculo hermenêutico como uma relação dialética entre o horizonte histórico do intérprete e as possibilidades interpretativas do objeto. Nesse sentido, o objeto de estudo é formado, ou seja, ele é compreendido enquanto objeto a partir do horizonte individual do intérprete que o compreende. Além disso, o objeto acaba influenciando também a análise do intérprete, existindo uma fusão de horizontes no processo de compreensão.

⁹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização de Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012.

Pela teoria de Gadamer, cada intérprete encontra-se imerso em sua história, na sua própria situação hermenêutica e, levando em conta essas premissas, tem o seu particular horizonte histórico, que sobremaneira influenciará na sua compreensão.

O estudo de Gadamer questiona a segurança depositada no método de Descartes (1596-1650) e põe crítica sobre o pensamento iluminista que diminui o valor da tradição e seu peso para as ciências. Aluno de Heidegger, Gadamer apresenta em sua teoria uma nova forma de interpretar, avançando sobre as concepções dogmáticas. Segundo ele, interpretar é atividade humana que exige um entendimento prévio sobre algo e este conhecimento é absorvido pelas tradições de alguém que se encontra inserido em determinado contexto histórico.

Para o autor, tradição e razão não estão necessariamente em lados opostos. A tradição é considerada fator importante para o entendimento da linguagem, pois deriva do meio social em que se vive. Dessa forma, muito embora o pensamento iluminista estabeleça a necessidade de práticas racionais e imparciais, fazer essa tarefa revela-se incongruente quando significa abandonar algo intrínseco de cada um e que influencia no conhecimento de tudo.

Nesse sentido, a verdade não seria algo que se busca inserida dentro de uma estrutura teórica, a mesma pode ser encontrada através de experiências. Assim, quando algo novo é percebido, toda a visão que a pessoa possuía ante se altera, para formar o entendimento. E o horizonte de conhecimento humano é móvel, está em constante modificação em razão da interação humana e experiência acumulada ao longo do tempo. A linguagem, portanto, é elemento primordial, pois possibilita o permanente estágio de aquisição de conhecimento.

Desse modo, em que a hermenêutica é concebida como filosofia e não como método, o processo interpretativo da norma jurídica não coloca a linguagem como terceiro item situado entre o sujeito e o objeto. E sendo a linguagem forma de experiência do mundo, o intérprete fará comunicação a partir da tradição que possui, continuamente atribuindo novos sentidos ao texto normativo que interpreta. Assim, interpretar uma lei ou precedente seria atribuir sentido.⁹⁴

Essas teorias filosóficas são importantes enquanto avaliação sobre qual a melhor maneira de se aplicar o direito e, conseqüentemente, o precedente judicial pelo juiz diante do caso concreto, com a atenção para o fato de que o ordenamento jurídico permite e está sempre em contínua reconstrução. Elas também servem de reforço argumentativo sobre a força normativa do precedente, enquanto fonte de direito.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 439.

No sistema de precedentes, portanto, existe a constante atividade prática a ser desenvolvida pelo intérprete de comparação de casos, com o propósito de identificar ou afastar a aplicação do precedente, a partir das especificidades de julgamentos anteriores com o caso analisado no presente.

Assim, é importante que o intérprete, em um primeiro momento, realize a observação dos casos, sobre o que determina o precedente judicial e quais as peculiaridades do caso presente, para ver-se as semelhanças e as diferenças, para no segundo momento, ponderar-se sobre o cabimento e o nível de aplicação da norma precedente.

Ademais, vale destacar que, salvo na hipótese concebida como precedente vinculativo, que por força de exame de órgão judicial das Cortes Superiores origina verbete sumular, normalmente um julgado não brota precedente. No momento futuro é que verdadeiramente se aceitará que o caso julgado no passado será utilizado em atividade interpretativa comparativa para fins de resolução do caso prático similar.

Por certo, entende a doutrina acerca do precedente judicial que não há que se pensar em precedente unicamente como regra jurídica prévia e pronta adequada a solucionar diversos casos futuros. É dessa forma que também se concebe a própria regra legislada enquanto fonte normativa.

E a norma do precedente é resultado de intensa avaliação argumentativa e atividade interpretativa que, identificado enquanto regra, enseja a verificação se na circunstância do caso concreto será usado para resolver o caso prático submetido à apreciação e em que nível. Na hipótese de haver particularidades graves que distanciam as semelhanças entre os casos examinados, o precedente não deverá ser usado.

5 O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

O Congresso Nacional brasileiro nos últimos anos tem produzido regras que regulamentam o tema sistema de precedentes no ordenamento jurídico. Isso, quando introduziu as súmulas vinculantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a edição da EC 45/2004; e, notadamente, com a promulgação e entrada em vigor do Código de Processo Civil atual, que verdadeiramente visa a implementar propriamente um sistema de precedentes judiciais, a partir de determinados julgamentos das Cortes Superiores, estabelecendo a jurisprudência como fonte normativa.

Importa nesse contexto fazer algumas diferenciações, relacionadas aos termos súmula e tese jurídica, utilizados no sistema brasileiro. Para fins deste estudo, considera-se súmula um enunciado geral e abstrato, eventualmente desvinculado do caso concreto que gerou a decisão judicial ou decisões judiciais, que resultaram na produção da súmula pelo órgão de justiça colegiado. Por sua vez, tese jurídica é enunciado de norma judicial vinculante produzida a partir de julgamentos de recursos específicos (CPC, art. 926) ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 984, §2º).

Outro detalhe importante a se observar logo de início, em relação ao sistema brasileiro de precedentes judiciais, é que o precedente vinculante e sua importância enquanto fonte normativa foi primeiro reconhecida pelo legislador, para ser estabelecida por lei a necessidade de sua observância obrigatória. Em outras palavras, a força vinculante do precedente decorre da própria lei e não da cultura jurídica.

Nesse contexto, o legislador estabeleceu a força vinculante a determinados precedentes, conferindo-lhes essa força normativa semelhante à da própria lei que lhe confere essa natureza jurídica. Assim, para saber se em determinado ordenamento jurídico de cultura *civil law* vigora ou não a regra do precedente vinculante, normalmente é suficiente que se verifique a existência de norma legal que obriga os juízes a observarem os precedentes.

Sobre o grau de vinculação ou obrigatoriedade do precedente, afirma Arruda Alvim:

A obrigatoriedade será tida como forte quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para este fim, a reclamação. São precedentes obrigatórios, no sentido forte, à luz do CPC/2015, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos, o regime dos arts. 1.036 e ss. Do CPC/2015. [...] Média é a obrigatoriedade do precedente quando ocorre pelo menos uma das duas hipóteses: (i) o seu desrespeito gera a correção por meios não

concebidos, necessariamente, para esse fim, como recursos [...]; (ii) quando a lei utiliza a existência daquele precedente (ou daquele elemento oriundo do labor dos tribunais) para gerar a breviação do procedimento, permitindo à parte gozar de certos benefícios, como, por exemplo, a dispensa do duplo grau ou da prestação de caução na execução. [...] Em terceiro e último lugar, há a obrigatoriedade que chamamos de fraca. A obrigatoriedade fraca é cultural. É aquela que ocorre da razão de ser das coisas, mas, principalmente, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar dos órgãos do Estado.⁹⁵

Ainda sobre a classificação dos precedentes, Mello e Barroso, sob o ponto de vista da eficácia, explicam:

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia. Há, primeiramente, os precedentes com eficácia meramente persuasiva. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão da sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esse eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito. Há, no outro polo, os precedentes normativos em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. [...] O cabimento da reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. [...] Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma eficácia intermediária. Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual.⁹⁶

O certo é que o sistema brasileiro de precedentes admite o precedente vinculante. O artigo 927 do CPC estabelece expressamente as hipóteses em que, uma vez editadas essas regras judiciais, vinculam os demais juízes. Dessa forma, o tribunal ou juízo colegiado emite uma decisão, que desde a sua origem já adquire a denominação de precedente, com força vinculante. Sendo assim, o próprio tribunal escolhe o que será precedente e observado pelos demais juízes.

Consequentemente, é importante frisar, a força normativa vinculante que advém de previsão legal específica nesse sentido, atribuindo essa função a algumas Cortes Superiores, de

⁹⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2021, p. 112-115.

⁹⁶ MELLO, Patricia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 19-20

produzirem decisões vinculantes, decorre da própria imposição legal e não em razão de uma escolha dos juízes diante de eventual caso prático submetido à apreciação.

5.1 O direito comparado no sistema *civil law*

No decorrer dos séculos XVII e XVIII, a atividade forense nos países da Europa continental passou por forte influência do pensamento iluminista, em que a razão movia as atuações. Nesse contexto, observava-se certa desorganização e insegurança na justiça, devido ao grande número de correntes doutrinárias e à morosidade da tramitação dos processos.

A pluralidade de jurisdições foi cedendo espaço a criação de tribunais regionais e mais centralizados, com a função de unificação da interpretação e do direito. A esses novos tribunais competia a análise em grau recursal das decisões proferidas pelos juízos inferiores.

Com o passar do tempo de atividade nesses tribunais, a jurisprudência, ou decisão reiterada do órgão recursal sobre o mesmo tema, ganhou importância, por representar a visão colegiada de quem possuía a tarefa de uniformização do direito e, assim, elevar o grau de certeza e segurança.

Em meio a isso, durante o século XVIII teve papel de destaque na Itália o Tribunal da Rota fiorentina, que publicou coleções de jurisprudência.

Nos territórios alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt, no século XVIII, o precedente era vinculante no âmbito do próprio tribunal que o produzia. Além disso, apenas o legislador detinha a prerrogativa de editar lei que revogasse algum precedente judicial.⁹⁷

Com o advento das revoluções americana (1776) e francesa (1789), contudo, a lei, como expressão da vontade popular, é enaltecida à condição de fonte de direito primeira. Dessa forma, a função do intérprete foi relegada a mera atividade declarativa da legislação, mediante a observação da rígida separação dos poderes instituídos.

Nessa conjuntura, de imersão do positivismo, entendia-se que seria devido decidir de forma correta toda a gama de casos práticos tão-somente pela aplicação da subsunção da situação fática à norma jurídica.

⁹⁷ DOLEZALEK, Gero. *Precedenti giudiziali nello ius commune*. In: VICENTI, Umberto (Org.). **Il valore dei precedenti giudiziale nella tradizione Europea**. Padova: CEDAM, 1998, p. 79.

Mas o ordenamento jurídico demonstrava possuir lacunas e, como certa frequência, a regra escrita revelava-se insuficiente para a resolução das questões conflituosas, de forma que a atuação do intérprete precisou ser de forma integrativa.

No curso do século XIX, o pensamento positivista conviveu com uma nova metodologia de interpretação do direito, que visava alcançar a finalidade da norma jurídica, abrindo espaço à atuação integrativa do direito mediante a observação de outras fontes além da própria regra escrita.

Assim, surge a concepção de que o juiz descobre o direito, cabendo o exame atencioso sobre qual a norma aplicável ao caso concreto, sendo que um mesmo fato pode corresponder na aplicação de várias normas jurídicas.

Passando ao século XX, na Itália, os tribunais provinciais de cassação situados em Piemonte, Toscana, Napoli, Modena e Parma foram reunidos em 1885 para a edificação da Suprema Corte de Justiça, estabelecida em Roma, como reflexo do movimento de unificação do direito italiano.

De acordo com Calamandrei, a organização judiciária italiana orientou-se pelo modelo francês, em que um órgão de cúpula judiciário tinha a função básica de promover a uniformidade da interpretação jurisprudencial.⁹⁸

Vale registrar que as decisões da Corte italiana não eram dotadas de força vinculante, mas sim de avaliação persuasiva na apreciação de casos práticos similares pelo julgamento futuro.

As teses consolidadas em julgamentos reiterados da Corte sobre um mesmo tema jurídico tornavam mais mecânica a atividade de aplicação do entendimento a uma situação fática equivalente.

Para Cruz e Tucci:

Vale também assinalar que a literatura jurídica produzida no limiar do século XX, sobretudo na Itália, reconhecia a importância da jurisprudência, em geral, e dos precedentes judiciais, em particular, chegando-se mesmo, em alguns escritos, a alçá-los à dignidade de fonte primária de direito.⁹⁹

⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. v. VI. Cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1976, p. 690-691.

⁹⁹ CRUZ E TUCCI, José Roberto. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 139.

Carnelutti, por sua vez, considerava que a durabilidade centenária do Código de Napoleão era devido justamente ao trabalho diário dos intérpretes que com isso lhe conservaram vivo. Nas palavras do autor, “as incertezas e os contrastes que exornam a jurisprudência são como os poros, através dos quais o direito respira justiça”.¹⁰⁰

Ainda segundo Carnelutti, a coletânea de jurisprudência, ao reunir-se os precedentes judiciais, na verdade possuíam a qualidade de um código de preceitos judiciais, que servia a estabilizar a certeza perante o ordenamento jurídico, suprindo no caso concreto eventuais lacunas legislativas.

Por outro ângulo, para o filósofo Pietro Cogliolo, a eficácia do sistema de precedentes devia ser avaliada com prudência, pois cada decisão é pertinente com o fato concreto objeto de solução e os juízes precisam estar atentos aos argumentos dos advogados, posto que a decisão proferida pode levar em conta uma particularidade da situação fática apresentada.

Ademais, de acordo com o filósofo, a ementa de julgado pode nem sempre traduzir o cerne da questão jurídica, sendo recomendado a compreensão da integralidade do julgado, para extrai-se o comando normativo.¹⁰¹

Na França do século XX, exaltou-se a atuação da Corte de Cassação e a repercussão de suas decisões na vida jurídica francesa, notadamente em relação à integração do direito material, que conseguiu evoluir e abranger as alterações sociais ocorridas. A interpretação jurisdicional foi fator determinante para que isso pudesse acontecer.

A Corte francesa foi criada com a função de uniformizar a aplicação do direito, examinando as questões jurídicas já decididas por outros órgão judiciais. As suas decisões geravam efeitos apenas no processo em análise, entre as partes processuais. A interpretação realizada servia a suprir as lacunas da legislação, mas não possuía força vinculante para os cidadãos franceses ou para os tribunais.

Em relação a questões polêmicas, a jurisprudência da Corte gerava segurança jurídica, atendendo à tarefa de solucionar um conflito jurídico mesmo ante a insuficiência de textos escritos.

Por certo, como se observa, na primeira metade do século XX os países de tradição jurídica do *civil law*, influenciados pela cultura e estrutura de justiça francesa, possuíam uma

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1938, p. 646-647.

¹⁰¹ COGLIOLO, Pietro. **Filosofia del diritto privato**. 3ª tir. Firenze: G. Barbèra, 1912, p. 45.

organização judiciária edificada para a promoção da uniformização jurisprudencial, pois essa característica sustentava a certeza e a segurança jurídica.

Contemporaneamente, na Alemanha houve a modificação da estrutura do Tribunal da Câmara Imperial, que se tornou o Supremo Tribunal Federal, figurando no ápice da organização judiciária alemã, com a função de unificar a interpretação e a aplicação do direito.

No ordenamento jurídico alemão, não era tradição jurídica a aplicação vinculante de precedente judicial, mas em algumas situações previstas na lei, o juiz de tribunal que eventualmente discordasse da jurisprudência dominante do próprio tribunal, possuía o dever funcional de encaminhar a questão jurídica para ser examinada por órgão colegiado da corte.

Nas palavras de Cruz e Tucci, sobre a contribuição da jurisprudência dos tribunais alemães:

Apesar de não haver convergência na doutrina alemã quanto à consideração dos precedentes judiciais como fonte de direito, a literatura especializada mais recente, ainda sob a perspectiva histórica, seguindo o ensinamento de Wieacker, também não desconsiderou a inequívoca contribuição pretoriana, erigida ao longo do tempo, para a evolução de determinados institutos que não encontravam proteção nos textos legais originários do Código Civil alemão, como, por exemplo, a responsabilidade por culpa *in contrahendo*, a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, o reconhecimento dos direitos da personalidade e também a correspondente indenização decorrente de grave lesão destes. Hipóteses, todas estas, nas quais, na ausência de regras específicas, a jurisprudência, por via de interpretação, acabou criando um *trend* uniforme.¹⁰²

Tocante a experiência jurídica portuguesa no século XX, observa-se que a doutrina possuía receio de que a liberdade de interpretação e aplicação do direito pudesse causar efeitos negativos para a sociedade. A preocupação girava em torno da reflexão sobre se casos práticos similares fossem decididos de maneira diferente, a depender do intérprete. E, dessa maneira, o princípio da igualdade de todos perante a lei seria mera ideologia.¹⁰³

A existência de entendimentos jurisprudenciais diferentes para questões idênticas era considerada algo grave e provocava a incerteza do direito. Nessa hipótese, no Supremo Tribunal de Justiça era possível recorrer-se ao pleno do tribunal, com fundamento na divergência de

¹⁰² CRUZ E TUCCI, José Roberto. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 145.

¹⁰³ REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 6. Coimbra: Coimbra Ed., 1953, p. 233-234.

acórdãos prolatados pela Corte e a decisão a ser tomada tornava-se vinculativa para os tribunais inferiores e para a própria Corte Suprema.

O precedentes do Supremo Tribunal português, vale destacar, eram passíveis de modificação e revisão, quando reconhecidamente não mais estivessem de acordo com as necessidades da ordem jurídica.

Essa análise prévia do direito comparado de países de sistema jurídico *civil law* sobre o tema precedente judicial serve para ampliar o horizonte de conhecimento e perceber-se como ordenamento jurídicos de outros povos, influenciados por uma mesma cultura jurídica, tem pensado a necessidade e utilizado a jurisprudência enquanto fonte normativa.

5.2 A fundamentação normativa do precedente no sistema brasileiro

Três princípios constitucionais justificam a existência de um sistema de precedentes normativos, a saber, a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

A observância obrigatória das orientações já firmadas nas cortes de justiça aumenta a previsibilidade do direito e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados processos. Assim, o respeito aos precedentes é visto como um critério objetivo e predeterminado de decisão que garante a segurança jurídica.

A previsibilidade, em outras palavras, significa que as pessoas físicas e jurídicas saberão de antemão as condutas que podem ou não praticar, segundo a interpretação do ordenamento jurídico realizada pelos órgãos judiciários. Essa ciência prévia potencializa o desenvolvimento das atividades necessárias de cada ente, com liberdade e responsabilidade.

Na medida em que a previsibilidade permite a confiança no direito, fornece a garantia de que eventual conflito de interesses, caso seja levado ao Judiciário, será examinado e decidido de determinada maneira já estabelecida em julgamento precedente.

Por sua vez, a aplicação das mesmas decisões a casos práticos similares diminui a ocorrência de decisões incongruentes, conflitantes, na nivelção horizontal do Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situações semelhantes o mesmo tratamento, preservando a isonomia.

O princípio da igualdade, efetivado de maneira substancial, é direito fundamental das pessoas e daí resulta a importância de o sistema de justiça encontrar-se organizado e atento a

uniformidade sobre a interpretação do direito, tarefa exercida pelos Tribunais Superiores brasileiro e Suprema Corte.

Ademais, a observação do sistema de precedentes possibilita que os recursos que o Judiciário possui sejam otimizados e utilizados adequadamente, de forma racional no tratamento dos casos submetidos. Consequentemente, os juízes dispensarão mais energia na modulação do nível de aplicação do precedente, em casos similares, ou na atividade de compreensão e interpretação jurídica diante de questões inéditas.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição assume forte relevância, enquanto fundamento de validade das normas jurídicas e da atividade das instituições públicas, por consagrar os princípios básicos que regem o Estado e a própria sociedade.

No entendimento de Tesheiner e Thamay, a própria estrutura processual não mais se trata de modelo pensado apenas em relação às regras de direito civil, penal ou trabalhista, pois atualmente se visa a garantia de que o direito constitucional e os procedimentos processuais constitucionais sejam implementados e observados pelos participantes no processo. Por consequência, a segurança jurídica precisa ser vista sob uma perspectiva mais global, objetivando-se prioritariamente a norma constitucional como norteadora de todo o sistema de justiça.¹⁰⁴

A concepção de que a Constituição é constituída de princípios, regras e valores supremos, estabelecendo a jurisdição como guardião de seu texto constitucional, promove o Judiciário a órgão que deverá resolver eventuais situações de crises jurídicas, produzindo norma jurídica para dentro dos processos e, inclusive, constituindo precedentes persuasivos ou vinculantes mediante o desempenho da atividade jurisdicional. E com isso, na atualidade, o direito judicial adquire especial relevo.

Mediante essa permissão legislativa ou aceitação jurídica da jurisprudência como fonte normativa no Brasil, confere-se à atividade interpretativa do juiz a possibilidade de resolver as questões práticas de acordo com a solução mais adequada ao caso concreto, a partir da norma, na forma de lei ou precedente, e dentro do horizonte histórico e da margem de compreensão e interpretação dos fatos e do direito, ditados por princípios constitucionais e eventualmente por conceitos jurídicos indeterminados.

¹⁰⁴ TESHEINER. José Maria Rosa; THAMAY. Rennan Faria Krüger. **Teoria geral do processo**: em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Nesse contexto, a doutrina brasileira destaca a importância de se preservar a estabilização e uniformização da jurisprudência mediante a observação das decisões e dos precedentes vinculantes edificados pelas Cortes Superiores, como providência a evitar decisões díspares sobre situações jurídicas idênticas ou semelhantes, visando a assegurar a integridade e coerência do sistema.

Para Cramer, “fala-se em sistema de precedentes, porque o novo CPC traz um conjunto normativo que disciplina a criação (p. e., *caput* do art. 927 do NCPC), a aplicação (p. e., art. 489, §1º, inciso V, do NCPC) e a superação do precedente (p. e., §§2, 3º e 4º do art. 927 do NCPC)”.¹⁰⁵

Dessa forma, o direito jurisprudencial brasileiro veio passando por processo de valorização legislativa e com sua utilização mais frequente na prática forense o sistema de precedentes foi previsto no CPC, com destaque especial para mecanismos de observação obrigatória, de maneira a se atribuir a uma decisão anterior a capacidade de influenciar sobre a decisão que deve ser proferida no caso sucessivo idêntico ou similar (CPC, art. 927).

Do ponto de vista histórico, o sistema de precedentes brasileiro decorre naturalmente de escolhas normativas, a partir da necessidade da prática forense e de forma mais acentuada desde a década de 60. Assim, com a alteração do regimento interno do STF ocorrida no ano de 1963, editou-se capítulo específico sobre a jurisprudência do Tribunal, prevendo o procedimento de súmulas da jurisprudência predominante.

Na sequência, o STF publicou 370 súmulas, aprovadas no mesmo ano de 1963. Durante toda a década de 60, um total de 551 súmulas foram editadas. Ao final da década de 1980, alcançou-se a quantidade de 661 súmulas. Na década de 1990, o STF não fez uso do procedimento sumular, voltando a praticar essa atividade no ano de 2003.¹⁰⁶

No mesmo passo, registra-se que na década de 1970 o CPC/1973 passou por alteração legislativa, estabelecendo nos artigos 476 a 479 que os regimentos internos disporiam sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Durante a década de 1990, já sob a égide da Constituição/1988, percebe-se a intensificação legislativa com vistas a conferir maior vinculação à jurisprudência, com a edição

¹⁰⁵ CRAMER, Ronaldo. **A súmula e o sistema de precedentes no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 963.

¹⁰⁶ GÓES, Maurício Dantas. Uma reflexão sobre o papel do enunciado da súmula da jurisprudência como instituto central do sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo**, v. 308, p. 257-285, out. 2020.

de regras processuais que autorizavam a negativa de prosseguimento aos recursos quando contrariassem súmula do STJ e do STF (Lei nº 8.038/1990).

O STJ iniciou a atividade de procedimento sumular na década de 1990.

Com o advento dos artigos 543-A, 543-B e 543-C no texto do CPC/73, resultado da publicação da Lei nº 11.418/2006, regulamentou-se a repercussão geral para o recurso extraordinário e a previsão dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Em 2004, com a publicação da EC 45/2004, instituiu-se no artigo 103-A da CF a súmula vinculante. Por sua vez, o CPC atual faz referência ao precedente vinculante.

Nas palavras de Mello e Barroso, sobre o novo Código de Processo Civil: “Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau”.¹⁰⁷

Sobre o sistema de precedentes brasileiro e as súmulas vinculantes, a doutrina pontualmente questiona se, tratando-se de ordenamento jurídico de *civil law*, o direito jurisprudencial aqui produzido tende a formar enunciados sumulares mais genéricos e teóricos, afastando-se em certa medida do fato jurídico em que se baseou o julgamento do caso.

Naturalmente, a doutrina atribui esse fato à circunstância de que o jurista de cultura *civil law* inclina-se a compreender o precedente como moldura normativa, colocando o fato jurídico em segundo plano, ao passo que o jurista imerso na cultura *common law* percebe o fato jurídico em primeiro plano.

Com efeito, no artigo 926, §2º, do CPC, o legislador teve a preocupação de estabelecer que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Nesse passo, diante do regramento jurídico atual, pode-se dizer que as Cortes brasileiras possuem duas atribuições, a primeira, de *jus litigatoris*, consistente na tarefa de solucionar o caso concreto, mediante a interpretação e aplicação da norma jurídica, assim como na qualidade de segunda tarefa o *jus constitutionis*, de eventual criação de precedentes vinculantes ou persuasivos de observância ou de orientação para casos futuros.

E sobre o ponto, com a atenção sobre a relevância de se evitar o integral distanciamento dos precedentes vinculantes com o fato jurídico decorrente, afirma Marinoni:

¹⁰⁷ MELLO, Patricia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 03, jul./set., p. 09-52, 2016, p. 11.

Expressar interpretação, negligenciando-se o delineamento da moldura fática do caso, elimina a possibilidade de se raciocinar com base em precedentes, ou melhor, a possibilidade de se raciocinar a operação com precedentes diante de casos futuros, que, obviamente, serão marcados por fatos cuja dessemelhança terá maior ou menor significado. Em outras palavras, o precedente deve considerar as circunstâncias de fato do caso e, assim, situar a questão jurídica em um específico contexto, uma vez que só dessa maneira seria possível pensar em casos formados por fatos que, a partir de um raciocínio racional, podem ser enquadrados no mesmo contexto.¹⁰⁸

A partir disso, a doutrina alerta para o problema de se produzir *ratio decidendi* muito aberta, que permita no âmbito de incidência do precedente grande número de casos práticos diversos, descaracterizando-se o instituto do precedente.

Para tanto, torna-se relevante a tentativa de aproximação da redação da súmula ou tese jurídica com o maior grau de concretude possível, em aderência ao fato jurídico apreciado no julgamento.

Em complementação, revela-se necessária a realização pelos operadores do direito da prática de leitura do precedente por inteiro, ou seja, a partir do caso prático julgado, do acórdão elaborado e se perceber o fato jurídico em destaque, para que se possa fazer a comparação de casos.

E dessa forma, interpretar-se a súmula ou a tese da Corte de acordo com a decisão precedente ou julgados que lhe deram origem, respeitando-se a centralidade normativa do enunciado sumular.

Por outro ângulo, apesar das peculiaridades das duas culturas jurídicas tradicionais, *civil law* e *common law*, na forma de pensar o fenômeno jurídico de criação e aplicação da norma jurídica, é possível a utilização dos aspectos gerais da doutrina do *common law* como ponto de partida e aceitação dos mecanismos técnicos como teoria geral dos precedentes no Brasil.

E assim, no ordenamento jurídico brasileiro, utilizar-se os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Segundo Marinoni:

Dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão. Mediante a análise da fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*. [...] Motivo determinante, assim, é o motivo que considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.

imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.¹⁰⁹

Assim, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina destaca que a *ratio decidendi* revela a tese jurídica utilizada para decidir o processo, a partir da análise detida dos fatos do caso prático. Nesse passo, como se coloca no centro da argumentação decisória, ou em outras palavras, abrange a argumentação fundamental, presume-se que foi debatida e aprovada pelos juízes do colegiado decisório. Por sua vez, *obter dictum* constitui a parte não relevante da argumentação decisória. Trata-se da fundamentação desnecessária e acessória para a resolução do conflito.

De acordo com a doutrina brasileira do direito judicial, essa distinção é importante para fins de evitar que a fundamentação não relevante, ou *obter dictum*, seja alçada a compor texto de enunciado de súmula, justamente pela baixa força persuasiva do argumento não fundamental. Ou ainda, que se os debatedores processuais utilizem razões jurídicas acessórias do precedente como se argumentação fundamental fosse.

Em sede de direito comparado, o direito italiano, também de tradução jurídica *civil law*, denomina como *massima mentitoria* a súmula que ressalta em seu texto *obter dicta* ao invés de *ratio decidendi*.¹¹⁰

Conforme esse entendimento, é essencial a produção da tese jurídica baseada nos fatos e questões jurídicas centrais argumentadas no caso apreciado, de forma que a *ratio decidendi* esteja evidentemente anunciada como fundamento determinante.

Nesse sentido, sobre *ratio decidendi* no sistema de precedentes brasileiro, destaca Ferraz:

Assim, para além da tese, é necessário buscar, nos precedentes dos tribunais superiores e nos que resultarem do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, os fatos e questões jurídicas que estavam sob apreciação e que foram considerados substanciais para a decisão tomada. Um caminho possível, e que tornaria mais clara esta vinculação da tese extraída do precedente aos seus fundamentos determinantes, seria construir a tese de forma a trazer conjuntamente sua motivação essencial.¹¹¹

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 205.

¹¹⁰ PASSANANTE, Luca. **II precedente impossibile**. Torino: Giappichelli Editore, 2018, p. 174.

¹¹¹ FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 42, n. 265, p. 419-441, mar. 2017, p. 441.

Nessa linha de raciocínio, a *ratio decidendi* e o fato jurídico em que se baseia o julgamento que origina o precedente são relevantes para a utilização da técnica denominada *distinguishing*, que evita a aplicação do precedente em casos diversos do que foi decidido.

Por certo, não haverá hipótese de um caso absolutamente idêntico a outro, nesse exame para fins de utilização de precedente, pois as partes processuais e as datas dos fatos ocorridos serão diferentes. Em virtude desse motivo, aplica-se o precedente judicial a casos semelhantes ou análogos, na medida exata de suas semelhanças relevantes relacionadas ao fato jurídico.

As normas do CPC relacionadas ao sistema de precedentes tratam da técnica da distinção aplicável ao precedente, ao indicar no artigo 927, §1, a necessidade de observância do artigo 489, §1º, que prevê a caracterização de vício de fundamentação quando a decisão se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes ou identidade de fatos jurídicos entre os casos sucessivos examinados. O mesmo dispositivo estabelece ainda que haverá vício no julgado que deixar de seguir precedente invocado pela parte processual, sem demonstrar a existência de distinção entre os casos.

O artigo 966, §5º, do CPC, segue a mesma linha normativa, em relação ao cabimento de ação rescisória diante de processo julgado e baseado “em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

Na doutrina brasileira, Mitidiero afirma que:

Identificar a *ratio decidendi* e saber se essa é aplicável à solução de uma questão constante de um dado caso exigem interpretação. Em outras palavras: impõe a identificação de uma *relevant similarity* ou a necessidade de um *distinguishing* entre os casos.¹¹²

Ademais, outra técnica da teoria dos precedentes da tradição jurídica *common law* adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro foi a *overruling*, por conta da flexibilidade relacionada à interpretação e aplicação do precedente, que permite que o direito judicial esteja constantemente evoluindo e em alteração. Essa técnica autoriza a atualização da norma e a não aplicação do precedente anterior, substituindo-o por um precedente novo.

¹¹² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99-100.

Importante notar, em relação ao sistema brasileiro de precedentes, que os juízes de instância inferior estão obrigados a observar a súmula vinculante dos tribunais superiores, aplicando-a na medida da semelhança entre os casos analisados, a partir da compreensão e interpretação do direito e podem apresentar razões de discordância baseadas no fato jurídico do caso sucessivo que justifique o afastamento da súmula no caso concreto.

Pelo que se percebe em relação a incorporação dessas técnicas de aplicação dos precedentes no sistema brasileiro, desenvolvidas que foram pela teoria geral nos sistemas de *common law*, ocorre no Brasil por adaptação, em vista da necessidade do ordenamento jurídico brasileiro, culturalmente de prevalência do direito legislado, para fins de utilização adequada do precedente, a partir do processo de sua formação, interpretação e aplicação, sem que com isso seja o instituto descaracterizado.

Questão interessante é quando a jurisprudência consolidada e então aplicada aos casos práticos é alterada por posição jurídica oposta, a partir do entendimento e interpretação atual dos fatos jurídicos.

Nessa hipótese, em que segundo o precedente antigo era permitida a prática de algum ato processual ou de direito substancial que não mais se aceita como válido atualmente pelo intérprete, torna-se possível a aplicação da modulação dos efeitos ou da doutrina do *perspective overrruling* no julgamento, de modo a conferir-se ou não efeitos retroativos ao novo precedente nos processos ainda em curso.

Nesse contexto, o artigo 927, §§3º e 4º, do CPC servem de suporte ao sistema, prevendo que o tribunal pode deliberar pela aplicação da nova orientação jurisprudencial somente a casos futuros, ao alterar a jurisprudência consolidada, para o escopo de resguardar a segurança jurídica, a confiança e a isonomia.

Caso o órgão julgador não destaque a modulação dos efeitos no julgamento e edição da nova norma conflitante com precedente anterior, a doutrina entende que a regra é a irretroatividade da lei e da interpretação da lei, em consonância com os artigos 6º e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Todavia, admite-se que o juiz do caso sucessivo possa realizar essa modulação enquanto intérprete da norma e por ocasião da aplicação do novo precedente ao caso prático sucessivo que se apresenta.

Compete ainda ressaltar a importância dos argumentos decisórios, notadamente no julgamento dos casos que assumem a qualidade de precedente vinculante. E com o CPC atual,

significa que as decisões judiciais passam a observar tanto a adequação legislativa quanto a adequação jurisprudencial, em respeito aos textos legislativos e aos precedentes.

Com isso, o sistema de precedentes visa a garantir a integridade e continuidade do ordenamento jurídico, assegurando a confiabilidade no âmbito judicial.

Nesse sentido, o CPC exige que as decisões sejam fundamentadas adequadamente, conforme dispõe o artigo 927, §1º, do CPC. Para frisar, essa responsabilidade do intérprete deve ser observada em todas as decisões e, assim, nas que originam um precedente, nas que aplicam (CPC, art. 489, §1º, V) ou expressamente afastam o precedente (CPC, art. 489, §1º, VI) e quando houver a superação de precedente anterior (CPC, art. 927, §4º).

Marinoni reforça que “para revogar precedente ou dar nova regulação ao caso, é preciso demonstrar que as antigas razões não mais podem prevalecer”.¹¹³

Na mesma esteira de entendimento, Mitidiero explica:

Quando o Novo Código outorga a tenção à justificação das razões como centro a partir do qual gravita tanto a fundamentação como os precedentes, ele está sinalizando para a necessidade de se levar em consideração os casos práticos não só para decidi-los de forma justa, mas também para colaborar para a unidade do direito. Sem casos – devidamente delineados à luz da unidade fático-jurídica em que se consubstanciam – um sistema de precedentes é impensável. São os casos que irão revelar as semelhanças e as diferenças entre duas ou mais questões. São os casos que vão revelar a necessidade de evolução do direito.¹¹⁴

A par dos conceitos e regras de aplicação do direito jurisprudencial, emerge da doutrina interessante noção acerca do escalonamento das normas dos precedentes no sistema brasileiro.

A verdade é que a jurisprudência não se consolida com um único julgamento sobre algum tema. Ela passa por um período de constituição gradual de decisões judiciais consonantes sobre questão relevante, demonstrando uma tendência ou corrente jurisprudencial.

E a partir da forma como o direito judicial se revela, isto é: a) jurisprudência consolidada; b) julgamento de algum dos incidentes previstos no CPC; c) em virtude do julgamento em sede de controle da constitucionalidade; d) por decorrência da existência de precedente judicial; o direito judicial obterá a característica de norma ou de orientação normativa e, por essa característica, ser possível o seu escalonamento normativo.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 355.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.

Desse modo, é bom lembrar que a lei continua sendo fonte de direitos e obrigações no Brasil (CF, art. 5º, II), fato que não impede seja o direito judicial alçado à mesma condição de fonte normativa, na medida em que resulta da atividade interpretativa do juiz diante dos fatos jurídicos dos casos práticos, procedimento que envolve a análise dos fatos e da lei.

Assim, Mancuso explica a visualização do escalonamento do direito judicial da seguinte forma:

Num patamar básico ou inicial certos acórdãos, que, mesmo isolados, ou por vezes até minoritários, passam a ser invocados em abono de teses jurídicas, passando a atuar como verdadeiros marcos regulatórios em certas questões; [...] (ii) no plano seguinte situam-se os acórdãos em decisões-quadro, tirados nos julgamentos de RES e RESps repetitivos no STF ou no STJ, e, bem assim, certas decisões plenárias do STF em temas de largo espectro social políticos, econômico ou jurídico, mormente quando se preordenam à emissão de súmula vinculante (CF, art. 103-A e § 1º); outrossim, nesse espaço devem ser alocados os acórdãos proferidos em Questão de Ordem, no Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais, mormente os superiores, dada sua aptidão para operarem como *leading cases*; ainda, a queles derivados do incidente de assunção de competência, na medida em que tal afeição se dá ao pressuposto de estar presente interesse público [...]; (iii) no degrau seguinte, aninham-se os acórdãos alinhados, com razoável duração, em modo consonante sobre uma dada matéria, no âmbito de um Tribunal ou de uma certa Justiça, assim configurado o sentido básico de jurisprudência; (iv) uma vez preservada a jurisprudência em modo firme e constante, vindo aplicada a um número importante de casos, alça-se mais um degrau na escala, agregando-se à jurisprudência o qualificativo dominante [...]; (v) ainda mais um degrau, e então pode dar-se que tal jurisprudência assentada motive a Corte a emitir súmula (simples ou persuasiva) [...]; (vi) enfim, no derradeiro patamar, se alojam as súmulas vinculantes do STF, as quais justificam essa posição sobancelha, porque, diversamente das súmulas simples, que operam no plano da influência e apenas sinalizam uma diretriz exegética, já as súmulas vinculantes impõem o cumprimento de seu comando, assim às instâncias judiciárias com à Administração Pública, sob pena de graves sanções [...]. Por análoga razão, caberia também incluir nesse último patamar as decisões de mérito do STF no controle direto de constitucionalidade (ADin, ADCon, ADPF) [...].¹¹⁵

Conforme essa sequência de escalonamento, na prática, a primeira instância da justiça cuidaria de estabelecer a homogeneidade nas decisões proferidas pelo órgão judicial, resultando na previsibilidade de seu padrão decisório. Por consequência, os Tribunais de segunda instância promoveriam a isonomia regional dos julgamentos em relação às questões mais divergentes verificadas no primeiro grau de jurisdição. Por sua vez, os Tribunais Superiores e a Suprema Corte estabeleceriam a uniformidade nacional de compreensão da lei federal ou da Constituição.

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141-142.

Diante desse cenário, os Tribunais Superiores possuem a maestria do sistema de precedentes brasileiro.

E para o adequado conhecimento acerca da existência dos importantes julgados, determina o CPC, no artigo 927, §5º, que os “tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Normalmente, os Tribunais Superiores enviam por ofício e mediante sistema administrativo de comunicação informação aos demais Tribunais sobre a suspensão do tramite processual de determinadas causas, elaboração de teses jurídicas e de súmulas, além da própria divulgação no sítio próprio na internet, neste último caso para o acesso de toda a sociedade.

A parte de toda a lógica de funcionamento e de uniformização normativa a que se propõe o sistema de precedentes, importa novamente destacar a qualidade que a aplicação do precedente importa na garantia de efetividade e de integralidade do ordenamento jurídico representa para a sociedade.

É indubitável que houve a necessidade de imposição legislativa sobre a vinculação de certas categorias de decisões judiciais. E, não obstante isso, não menos importante é a concepção de que a técnica de simples subsunção, muito utilizada por influência das teorias positivistas clássicas, não mais se revela adequada diante da margem de discricionariedade de interpretação dos juízes diante dos casos concretos, nos exatos limites do fato jurídico posto a apreciação.

A interpretação, enquanto atividade de compreensão e de aplicação do direito, deve ser realizada em aderência aos fatos que traz consigo o caso prático, nos exatos limites delimitados pelo ordenamento jurídico, observando-se a regra escrita, os princípios e valores constitucionais e os precedentes judiciais. Nessa esteira de conjuntura, os argumentos circundantes possuem especial relevo, pois alicerçam o edifício normativo que será erguido ao final, com a solução processual.

5.3 Sentença normativa

Para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição e considerando que esta serve de fundamento e validade a todo o ordenamento jurídico, a função jurisdicional de interpretação da norma jurídica e verificação de eventual configuração de

violação a preceito constitucional, por ausência de legislação infraconstitucional adequada, ganha fortes contornos de relevância no Estado Democrático de Direito.

Segundo Cappelletti, essa situação enseja “o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”.¹¹⁶

No Brasil, todo juiz possui jurisdição constitucional perante os processos de sua competência e o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, Corte Constitucional e recursal em matéria de interpretação da norma fundamental do Estado Brasileiro.

Ao STF incumbe, dentro de suas atribuições e provocado por algum legitimado, examinar se a Constituição está sendo observada, implementada e concretizada em matéria de direitos fundamentais, mediante o exercício concentrado da atividade de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, por ações e omissões dos órgãos políticos. Nessa atuação jurisdicional de controle normativo, a função de interpretação gera efeito vinculante.

Essa função constitucional de convergência sobre a interpretação constitucional é necessária quando se concebe a Constituição como conjunto normativo fundamental e escalonada em grau de superioridade em relação às demais leis e normas produzidas pelos órgãos públicos.

Assim, de forma independente, a Suprema Corte avalia a configuração de ação ou omissão dos demais poderes públicos tendente a violar norma da Constituição. E as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF possuem força vinculante e devem ser observadas por todos os órgãos públicos judiciais, administrativos e pela própria sociedade.

A respeito do efeito vinculante, afirmou o Ministro Gilmar Mendes em voto:

[...] o efeito vinculante da decisão está intimamente ligado à própria natureza da jurisdição constitucional em um dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo Tribunal. [...]. Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.¹¹⁷

¹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992, p. 26.

¹¹⁷ BRASIL. STF. Reclamação n. 2256-RN. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Natal, 11 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 30 abr. 2004b.

Por certo, importa registrar que o efeito vinculante das decisões plenárias do STF em sede de controle normativo abrange apenas a parte dispositiva do julgamento. Conforme o entendimento atual, que adota teoria restritiva, os motivos determinantes, como fundamentação essencial do julgamento, não são vinculantes.

O Ministro Gilmar Mendes, no início dos anos dois mil, informava que a Suprema Corte evoluía no caminho de empregar efeito vinculante em consonância com o instituto desenvolvido no direito processual alemão, outorgando maior eficácia às decisões da Corte Constitucional e impondo a obrigatoriedade de observância tanto à parte dispositiva quanto aos fundamentos determinantes decisórios.¹¹⁸ Mas atualmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes não prevalece em controle concentrado de constitucionalidade.

A par disso e no mesmo contexto acerca da atuação normativa do STF, a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acresceu o art. 103-A à Constituição, criando o instituto da súmula vinculante, autorizando que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

Trata-se de autorização normativa conferida pelo parlamento constituinte em favor da atuação da Suprema Corte, objetivando-se a uniformização da interpretação em relação à matéria constitucional.

Sobre isso, é verdadeiro admitir-se que na resposta adotada diante do processo de verificação de compatibilidade vertical de uma norma do ordenamento jurídico com a Constituição, o juiz da Corte produz norma, atuando na função de legislador negativo ou positivo, pois é o intérprete que compreende, examina, determina o significado e aplica a norma.

A sentença normativa decorre da relevância de o juiz promover a justiça prevista nos textos legislativos e almejada nos processos orientado em sua atividade pela observação da supremacia dos princípios e valores constitucionais. E, assim, em caso de caracterização de omissão legislativa que prejudique a efetividade de direito fundamental, eventualmente produz norma, com efeito jurídico amplo, alcançando a todos. Importa garantir-se a intangibilidade dos direitos fundamentais.

¹¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 339.

Vale registrar que as decisões normativas não vinculam o Parlamento, que poderá deliberar em processo legislativo sobre o tema, respeitados os parâmetros constitucionais, e definir o texto legislativo em substituição ao que fora definido.

É de se observar que as decisões da Corte Suprema possuem a tarefa essencial de atualizar a Constituição, mediante a atuação interpretativa, observando as transformações da realidade social.

Em termos gerais, sentença normativa significa decisão do Supremo Tribunal Federal que edifica norma jurídica adequando e integrando o texto de lei ou ato normativo aos ditames constitucionais, visando a concretização dos direitos fundamentais.

5.4 Modulação dos efeitos

A atividade das Cortes Constitucionais no exercício da tarefa de verificação da compatibilidade normativa, isto é, no exame de constitucionalidade de lei, tratado internacional, ato normativo ou omissão legislativa relevante, ocorre mediante processo constitucional em que são proferidas decisões.

Essas decisões, de acordo com a técnica de julgamento utilizada e fundamentação decisória, podem ser classificadas como decisões meramente declaratórias, decisões interpretativas e decisões manipuladoras.

A decisão meramente declaratória é a que examina a argumentação dos participantes no processo constitucional e reconhece, ao final, que a norma produzida, dotada de validade presumida, é constitucional ou inconstitucional. No Brasil, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a regra é que, quando se declara a incompatibilidade de uma norma, equivale a dizer que a mesma é nula.

Haverá decisão interpretativa quando se declarar, mediante interpretação conforme a Constituição, ou que existe interpretação compatível com os ditames constitucionais, ou que determinada interpretação da norma é incompatível com a Constituição e, portanto, não deve ser utilizada. Nesse contexto, a norma examinada continua válida e em vigor.

Por sua vez, a decisão manipuladora pode ser ainda classificada como aditiva e substitutiva. Será do primeiro modo quando a Corte Constitucional definir que a norma posta sob apreciação precisa contemplar determinada situação nela não prevista expressamente pelo Parlamento para que seja válida, compatível com a Constituição. E haverá decisão substitutiva

na hipótese de a Corte declarar que eventual norma jurídica é inconstitucional e, indo além, produz com o julgamento novo texto normativo que substitui o texto legislado inválido.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se das técnicas de decisão acima mencionadas, interpretando a Constituição.

Como regra, a decisão da Suprema Corte brasileira que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo posto ao exame de compatibilidade vertical possui eficácia contra todos, ou efeito *erga omnes*, e efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e para a Administração pública federal, estadual e municipal.

É o que se percebe da literalidade do artigo 28, parágrafo único, da lei nº 9.868/99¹¹⁹ e do artigo 102, §2º, da Constituição Federal.¹²⁰

A decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme já dito anteriormente, não impede que o Poder Legislativo, em tese, possa reeditar o ato legislativo questionado, vez que não se submete ao efeito vinculante do julgamento.

A vinculatividade que se projeta, em controle concentrado, é da parte dispositiva do julgamento e não dos fundamentos determinantes, conforme entendimento atual da Suprema Corte, e assim não se permite a extensão dos efeitos decisórios a todas as leis ou atos normativos de igual de conteúdo à norma ou dispositivo examinado, sem a necessidade de se aguardar a propositura de tantas ações quantas sejam cabíveis. Denomina-se esse fenômeno jurídico de efeito transcendente dos motivos determinantes, ou da razão de decidir, sendo que não se admite reclamação constitucional fundada nessa teoria.

Ademais, ainda sobre os efeitos da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tem-se que a decisão que declara a inconstitucionalidade torna nula a norma impugnada, ou seja, produz efeito *ex tunc*, retroagindo até a nascedoruro da norma, que em regra não produzirá efeito jurídico.

Dessa maneira, informada a regra geral sobre os efeitos jurídicos respectivos, permite a Lei nº 9.868/99, em seu artigo 27, que o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos

¹¹⁹ Lei nº 9.869/99, art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

¹²⁰ Constituição Federal, art. 102, §2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

decisórios, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, desde que observada a vontade de dois terços de seus membros, moldurando os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que a mesma só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser estabelecido.

Com isso, pode o STF excepcionar a regra dos efeitos *ex tunc* e *erga omnes* da decisão nos processos de verificação de compatibilidade constitucional, para a fixação de efeitos mais adequados à situação processual, ponderando o alcance e o tempo, produzindo efeitos limitados a certas hipóteses e *ex nunc* ou a contar de outro momento que seja fixado, observando-se a melhor medida para o processo específico.

Além da técnica de modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal também se utiliza das técnicas de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

De acordo com a técnica de interpretação conforme a Constituição, na hipótese de ser possível uma pluralidade de interpretações acerca do ato normativo impugnado, será adotada como válida a interpretação que se adere à Constituição. Nesse caso processual, o Supremo Tribunal Federal julgará no bojo da ação direta de inconstitucionalidade o pedido parcialmente procedente, para declarar inconstitucionais as interpretações admissíveis e diferentes da única interpretação compatível com a Constituição.

Por sua vez, na utilização da técnica de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a Suprema Corte retira do ordenamento jurídico determinadas hipóteses de aplicação da norma, que eventualmente poderiam ser verificadas com o uso da regra impugnada, e que configuraria inconstitucionalidade.

Tocante a distinção entre essas duas técnicas de decisão constitucional, explica o Ministro Gilmar Mendes:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas duas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da

declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro).¹²¹

Nas ações de inconstitucionalidade por omissão, o STF poderá utilizar-se de decisão manipuladora, atuando de forma supletiva e dispondo sobre a matéria não editada pelos demais órgãos que deveriam originalmente produzir o ato normativo, assegurando, assim, o direito fundamental à efetividade da Constituição.

Assim, seja a omissão legislativa ou regulamentar, total ou parcial, não se concebe possa um direito fundamental previsto na Constituição ser obstado pela atitude omissiva do poder público, considerando o compromisso que há de ser implementado ante os ideais de justiça social e de dignidade da pessoa humana.

Por isso, compete ao Judiciário, nesses casos de omissão relevante sobre a implementação de preceito fundamental, integrar a ordem jurídica, suprimindo a falta essencial de ato público, para efetivar as normas constitucionais que necessitam de regulamentação, produzindo eventualmente nos processos constitucionais normas aditivas ou substitutivas de texto, além da própria comunicação ao Poder Legislativo.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 286.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho destacou o sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando as particularidades desse sistema, a justificativa de sua adoção no Brasil enquanto modelo que garante a segurança jurídica, a coerência e a integridade do ordenamento jurídico.

Diante do cenário jurídico atual, o direito judicial, por suas normas vinculantes, é considerado pela doutrina como fonte normativa de direito, ao lado da legislação. E a aplicação das normas do ordenamento jurídico, seja na forma de regras, princípios ou precedentes, exige que os operadores e intérpretes do direito estejam atentos aos fatos casuísticos e se dediquem à argumentação jurídica, demonstrando o cabimento da norma aplicável no caso prático.

Para isso, é importante avaliar o grau de discricionariedade do juiz ao apreciar o caso concreto e a doutrina de Ronald Dworkin sobre o direito como integridade confere base filosófica ao entendimento dessa questão jurídica.

Na mesma esteira de entendimento, releva perceber que a prática da subsunção simples e direta do fato à norma não se evidencia como procedimento que garante a adequada compreensão, interpretação e aplicação do direito. O horizonte histórico e a realidade atual são circunstâncias que influenciam na obtenção da solução decisória justa e consentânea com os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Destarte, o sistema brasileiro de precedentes, possibilitando o incremento da força obrigatória ou persuasiva das decisões judiciais, pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça, reconstruindo o direito nos limites legais e apontando respostas institucionais atualizadas e adequadas aos casos práticos, mediante a tarefa de interpretação da norma e debates argumentativos realizados pelos participantes do processo judicial.

Através do presente estudo, abordou-se a tradição jurídica do sistema *common law* e a sua influência inerente sobre os precedentes judiciais. Realizou-se a análise do sistema jurídico decorrente da tradição *civil law*, especificando a função da jurisprudência no desenvolvimento histórico do sistema jurídico.

No estudo das culturas jurídicas, que influíram na construção dos ordenamentos de países do mundo ocidental, nota-se que embora distintas uma do outra na classificação tradicional, atualmente os ordenamentos jurídicos se aperfeiçoam mutuamente mediante a utilização recíproca de conceitos e termos gerais do processo, aproximando-os.

Ademais, tratou-se do precedente judicial propriamente dito, sua natureza jurídica e relevância para a edificação de qualquer sistema normativo conectado com a realidade, considerando o aprofundamento epistemológico, vinculado ao exercício intelectual do intérprete e de superação da concepção clássica de simples subsunção na aplicação da norma jurídica aos casos práticos. Destacou-se o sistema brasileiro de precedentes, com suas especificidades.

Nesse espaço, a atuação da magistratura e sua organização estrutural enquanto sistema de justiça é basilar, evidente e contemporânea no modelo de concepção do fenômeno jurídico de criação normativa, sistematizada pela aplicação e observação de regras previstas no Código de Processo Civil e na própria Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. 9. ed. London: Cavendish, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Decreto nº. 2.684, de 23 de outubro de 1875. **Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772publicacaooriginal-65290-pl.html>. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. **Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. STF. Reclamação n. 2256-RN. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Natal, 11 set. 2003. Diário da Justiça, Brasília, 30 abr. 2004.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. **Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 mar. 2023.

CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. v. VI. Cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes para a efetividade dos Direitos Fundamentais.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). (Coleção Andrea Proto Pisani – v. 3). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1938.

COGLIOLO, Pietro. **Filosofia del diritto privato**. 3ª tir. Firense: G. Barbèra, 1912.

CRAMER, Ronaldo. **A súmula e o sistema de precedentes no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

CRUZ E TUCCI, José Roberto. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

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

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DOLEZALEK, Gero. Precedenti giudiziali nello ius commune. In: VICENTI, Umberto (Org). **Il valore dei precedenti giudiziale nella tradizione Europea**. Padova: CEDAM, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi* x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, v. 42, n. 265, p. 419-441, mar. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÓES, Maurício Dantas. Uma reflexão sobre o papel do enunciado da súmula da jurisprudência como instituto central do sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo**, v. 308, p. 257-285, out. 2020.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e organização de Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

JHERING, Rudolf von. **Lo scopo nel diritto**. Traduzione e cura di Mario G. Losano. Torino: Einaudi, 1972.

KASER, Max. **Zur Methode der römischen Rechtsfindung**. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I, Philologisch-historische Klasse, n. 2. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.

KAUFMMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MADEIRA, Daniela Pereira. **El papel de los precedentes em el sistema del civil law**: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el processo civil contemporáneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1972.

MELLO, Patricia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Weber Luiz. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PASSANANTE, Luca. **II precedente impossibile**. Torino: Giappichelli Editore, 2018.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 6. Coimbra: Coimbra Ed., 1953.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestale di diritto e procedura civile**, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

_____. **Precedente e giurisprudenza**. Tradução do italiano para o português de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. (Tradução autorizada e datada de 04 abr. 2011)

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. New York/NY: Routledge, 2016.

TESHEINER. José Maria Rosa; THAMAY. Rennan Faria Krüger. **Teoria geral do processo**: em conformidade com o novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIUM, 2016.