

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS  
FACULDADE DE DIREITO

**OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO DE 2015<sup>1</sup>**

Liniker Papke da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO**

O Código de Processo Civil de 2015, no ponto que diz respeito à atividade jurisdicional, procurou compatibilizar o direito processual infraconstitucional com o modelo processual constitucional, buscando eliminar uma antinomia que remonta à nossa primeira república. Com efeito, apesar de termos adotado um sistema processual constitucional típico da experiência estadunidense, no que diz respeito ao processo civil infraconstitucional, recepcionamos em nosso ordenamento jurídico a experiência francesa napoleônica, adotando um sistema misto ou híbrido que ocasionou verdadeira confusão entre a jurisdição da teoria e a da prática. É a partir daí que o sistema de precedentes passa a ser necessário, a fim de garantir a coerência do ordenamento jurídico, a isonomia e a segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes obrigatórios. Separação dos Poderes. Neoconstitucionalismo. Neopositivismo.

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo é a versão resumida do trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, intitulado “Os Precedentes

---

<sup>1</sup> Banca examinadora: Professora Doutora Elaine Harzheim Macedo (orientadora), Professor Doutor Álvaro Vinícius Paranhos Severo e Professor Doutor Artur Luis Pereira Torres.

<sup>2</sup> Graduando do curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Contabilista. Foi assessor da Procuradoria de Recursos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, exonerando-se para exercer atividade incompatível com o cargo público. Participou como pesquisador (bolsista de iniciação científica - PIBIC/CNPq) no grupo de estudos: Novas Tecnologias e Relações de Trabalho (PPGD/PUCRS). Participou como pesquisador (bolsista de iniciação científica - BPA/PUCRS) no grupo de estudos: Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição (PPGCrim/PUCRS). Atualmente participa do grupo de pesquisa: Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo (PPGD/PUCRS), sob a orientação de Elaine Harzheim Macedo.

Obrigatórios e o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: Legitimidade do Sistema de Precedentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro”.

No texto a seguir, será abordada a compatibilidade da doutrina dos precedentes com o modelo de separação dos poderes existente em território nacional. Isso porque este é um princípio que foi eleito à condição de cláusula pétrea, de modo que qualquer lei ou emenda à constituição que suprima ou cause embaraço a autonomia de algum dos poderes da república seria de toda inconstitucional, e, existe um sério receio, por parte de grande parte da doutrina, de que a criação de um sistema de precedentes obrigatórios possa vir a permitir uma usurpação, por parte do Poder Judiciário, da função legiferante.

O segundo ponto abordado no presente estudo diz respeito à inafastabilidade do Poder Judiciário, também cláusula pétrea constitucional, segundo a qual é dado ao Judiciário se imiscuir nos atos dos demais poderes, de modo que nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune ao seu controle, sendo este o nosso modelo de separação de poderes, um sistema de *checks and balances*.

O terceiro ponto tende a buscar a legitimação racional do modelo de precedentes, o qual passa a fazer sentido a partir do momento em que se concebe a afirmação de que é a atividade jurisdicional interpretativa que dá concretude ao ordenamento jurídico. É justamente essa concepção que faz necessária a adoção de um sistema de precedentes, a fim de se garantir a coerência do ordenamento jurídico, a busca pela isonomia e o respeito à segurança jurídica.

O quarto e último ponto busca demonstrar que diferentemente das conclusões premeditadas que poderiam ser geradas no sentimento dos juristas acostumados com a dogmática existente no sistema romanista, a obediência aos precedentes não torna a atividade jurisdicional algo mecânico, em que ao juiz cabe apenas a posição de observar se algum outro julgador já se pronunciou sobre determinada matéria para, assim, decidir da mesma forma.

## **1 DOGMAS PREEXTABELECIDOS: DA ESTRITA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO SISTEMA DE *CHECKS AND BALANCES***

É de suma importância o entendimento do desenho da separação dos poderes no sistema jurídico-político brasileiro, tal qual concebido pelo constituinte originário em 1988, para que possamos cogitar da uniformização do Direito por meio de um sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque muito se discute acerca da possível usurpação judicial das funções legiferantes que um sistema de precedentes obrigatórios pode acarretar e, partindo da premissa de que o princípio da separação dos poderes foi eleito à condição de cláusula

pétrea<sup>3</sup>, como consequência, qualquer lei ou emenda à constituição que suprima ou cause embaraço a autonomia de algum dos poderes da república seria de toda inconstitucional.

Pois bem, a partir do momento em que se entendeu o Direito como a norma editada pelo Estado, ligando-o intimamente ao monopólio da produção e aplicação do Direito, criou-se a necessidade de condicionar a atuação do Estado a certos limites<sup>4</sup>. O Estado moderno acabou concentrando o poder nas mãos do príncipe, originando, assim, o Estado absoluto<sup>5</sup>. Entretanto, como princípio do Estado democrático, nasce a concepção de que o poder necessariamente precisa ser exercido por autoridades independentes entre si, de modo que a função de gestão, a função legiferante e a função jurisdicional fossem atribuídas a poderes mais ou menos autônomos<sup>6</sup>.

Com isso, produção e aplicação do Direito, a partir daí, passam a se tratar de funções apartadas do poder, de modo que ao poder legislador cabe produzir o Direito, cuja fonte única passa a ser a própria lei, e, ao judiciário, cabe a Jurisdição, concebida conforme a doutrina de Chiovenda como a aplicação e afirmação do Direito produzido pelo legislador<sup>7</sup>.

Entretanto, é preciso refletir sobre qual a real função de cada um dos poderes no nosso sistema político-jurídico atual, afinal, a tradição romano-germânica de estrita separação dos poderes ancorada no modelo inspirado pela revolução francesa descaracterizou-se com o passar do tempo e hoje, apesar de apresentar-se como um dogma em países que adotaram o *civil law*, não detém a mesma carga eficaz de outrora<sup>8</sup>.

Contudo, na origem, para que se justificasse o dogma da separação dos poderes, criou-se outro, segundo o qual a segurança jurídica apenas seria possível se a Lei fosse estritamente aplicada, com a certeza da subordinação do juiz a ela, por isso mesmo, seria inconcebível que o juiz, diante do caso concreto, pudesse interpretar a legislação de outro modo que não pronunciando apenas o seu exato texto, suas palavras<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4ª ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61 - 62.

<sup>5</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 30.

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4ª ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

<sup>7</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4ª ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62 - 63.

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100 - 101.

Ocorre que com o passar do tempo, a atividade jurisdicional passa a demonstrar que a aplicação da lei, pelo juiz, implica também numa função interpretativa que culmina na criação do direito, situação incompatível com a estrita separação dos poderes. O preceito abstrato editado pelo legislador, em sua formulação genérica, passa a ser entendido como um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador passa a completar, concretizando-o à luz do caso particular<sup>10</sup>.

Igualmente, não se pode desconhecer que a prática acabou demonstrando que um mesmo texto é interpretado de inúmeros modos por diferentes juízes, que decidem de forma diferente casos idênticos. Este é o ponto central da lógica de um sistema de precedentes obrigatórios, pois, curiosamente, a despeito de tal constatação, não se abandonou a suposição de que a Lei seria a única fonte do Direito e que, igualmente, seria suficiente para garantir a segurança jurídica<sup>11</sup>. Por isso, conforme defende Marinoni, o sistema romano-germânico experimenta, nos dias de hoje, verdadeira contradição entre o juiz real e aquele descrito na doutrina, a qual se preocupa acriticamente apenas em justificar que a atual função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da estrita separação dos poderes, esquecendo-se de “esclarecer que o juiz da revolução francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura”<sup>12</sup>.

É preciso repensar, pois, até que ponto os dogmas da teoria ainda se aplicam na prática, pois, conforme salienta Marco Felix Jobim, certas teorias jurídicas que têm tomado forma nas academias estão sendo criadas pelo método racionalista, a fim de que, apenas após, sejam experimentadas na prática, de modo que sem olhar “para o horizonte fático no qual devem ser aplicadas, ou seja, o dia a dia forense, acabam nascendo para o esquecimento”. O autor completa dizendo que qualquer teoria que não leve em conta a realidade, ou seja, o modo como as coisas realmente estão acontecendo no Poder Judiciário, por mais interessante que possa parecer, será fadada à incompletude do que ela realmente deseja modificar<sup>13</sup>.

É com base nesse raciocínio que se buscará demonstrar, a título introdutório, que a atual Constituição brasileira é capaz de recepcionar o sistema de precedentes, não sendo este, portanto, contrário àquela, pois a doutrina do *stare decisis*, longe de configurar um

---

<sup>10</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4ª ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100 - 101.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

<sup>13</sup> JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 131 - 133.

desrespeito ao princípio da separação dos poderes, consubstancia meio eficaz de concreção do ordenamento jurídico, de garantia da segurança jurídica e da isonomia, perfeitamente compatível com a função constitucional do Poder Judiciário no nosso ordenamento político-jurídico atual.

Pois bem, em todos os tempos, a cultura influenciou a organização política das nações, ao ponto de receber especial atenção na doutrina de Maquiavel<sup>14</sup>, que se dedicou a demonstrar os fracassos dos conquistadores em manter os territórios conquistados quando impunham suas leis sem o consentimento das civilizações dominadas. Essa premissa não se exaure com o tempo, e, até hoje, legitima a afirmação de que os modelos político-jurídicos que não se atentam às particularidades e aos anseios de suas populações tendem ao fracasso.

Essa crítica se faz necessária porquanto, desde nossa independência, o pensamento político-jurídico brasileiro apenas refletia o que vinha de fora<sup>15</sup>, o que, quiçá, permanece vivo até os dias atuais. Com efeito, essa parece ser a regra existente nos países da América Latina, nos quais, não raras vezes, observa-se certo caos de competências em seus Poderes de Estado, que se formam a partir dos retalhos de instituições dos Estados Unidos e da Europa, adotados em diferentes momentos históricos e, em geral, deformados, em virtude de intervenções em seu modelo original<sup>16</sup>.

O Brasil, como antecipado, não passa ao largo dessa constatação, na medida em que apesar de aproximar-se da família do direito romano-germânico, formado a partir da doutrina da estrita separação dos poderes, submete-se ao controle difuso de constitucionalidade, em que cada juiz pode deixar de aplicar a lei diante de um caso concreto, e, apesar disso, apresenta notória resistência a outros institutos típicos da experiência do *common law*, como é o caso do *judge made law* e do respeito aos precedentes<sup>17</sup>.

Entretanto, o problema da dogmática da estrita separação dos poderes, ao menos em âmbito nacional, não é afeto apenas ao Judiciário, na medida em que existe enorme

---

<sup>14</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**. Ridendo Castigat Mores, 2005. p. 32 – 33. Conforme refere o autor: “[...] quando as cidades estão acostumadas a viver sob um príncipe, extinta a dinastia, sendo de um lado afeitas a obedecer e de outro não tendo o príncipe antigo, dificilmente chegam a acordo para escolha de um outro príncipe, não sabem, enfim, viver em liberdade: dessa forma, são mais lerdas para tomar das armas e, com maior facilidade, pode um príncipe vencê-las e delas apoderar-se. Contudo, nas republicas há mais vida, mais ódio, mais desejo de vingança; não deixam nem podem deixar esmaecer a lembrança da antiga liberdade: assim, o caminho mais seguro é destruí-las ou habitá-las pessoalmente.”

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 162 - 163. Conforme observado pelos autores, ao comentar nossa primeira Constituição.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos**. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26 - 27.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

descompasso teórico e prático no que diz respeito à invasão do Executivo nas funções típicas legiferantes. Isso porque o nosso Executivo permite, incentiva e alimenta verdadeira proliferação de Medidas Provisórias, subtraindo do legislador a sua função precípua<sup>18</sup>. Essa confusão origina-se com a constituinte de 1988<sup>19</sup>, que procurou adotar um sistema de governo Parlamentarista, mas que, na última hora, optou pelo modelo Presidencialista, conservando, contudo, este mecanismo típico do regime Parlamentarista, a ser exercido, aqui, pelo chefe do Poder Executivo, em uma notória deturpação do instituto<sup>20</sup>.

Isso demonstra claramente que não se pode buscar, nas doutrinas e nos sistemas comparados, a explicação de institutos importados sem que se proceda à sua adequação à realidade e à necessidade do sistema que os importou<sup>21</sup>. Em outras palavras, pouco importa o que o princípio da separação dos poderes representou para o sistema romano-germânico na sua origem, mas, ao revés, é preciso pensá-lo à luz do que realmente representa no sistema político-jurídico brasileiro atual.

Com efeito, é justamente por conta de importações de institutos de outras experiências culturais sem a devida adequação à realidade prática do sistema que às recebe, que cada um dos poderes de Estado acaba sendo dotado de funções manifestas e latentes, ou, em outras palavras, funções anunciadas no discurso oficial e outras que realmente são cumpridas na sociedade, existindo, por vezes, um gigantesco contrassenso entre o que se diz e o que se

---

<sup>18</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23.

<sup>19</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 154. Conforme salienta o autor: “A competência do Executivo nessa matéria é relativamente recente. As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1946 não contemplaram o Presidente da República com idêntica competência. As de 1967 e 1969 previram a figura do decreto-lei. Assim também a Constituição de 1937.”

<sup>20</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23.

<sup>21</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo - Em Conformidade com o Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Conforme o autor: “O costume é de produção lenta, local e de difícil constatação. Ao organizar-se em Estado, a sociedade o constitui como um sistema de produção de normas jurídicas. Produzem-se, então, normas legais e jurisprudenciais, com maior rapidez, eficiência e racionalidade, que constituem emergências do sistema. A lei, sobretudo a lei, pode ser editada rapidamente, sua existência pode ser facilmente determinada e sua vigência pode estender-se por imensos territórios, regendo a conduta de indivíduos que, distantes uns dos outros, jamais poderiam gerar costumes comuns a todos. Modernamente, o Estado apresenta-se tripartido em três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este se apresenta, assim, como subsistema do sistema de produção de normas jurídicas. A sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva, quase sempre, são as normas produzidas pelo Estado, através de seus três Poderes. Todos eles produzem normas gerais e abstratas, sobretudo o Legislativo. Ao Executivo e ao Judiciário caberia, em princípio, a produção de normas concretas. Todavia, isso está longe de refletir a realidade. O Poder Executivo produz, em larga escala, também ele, normas gerais e abstratas. O Poder Judiciário produz especialmente normas concretas, mas com a virtualidade de se tornarem gerais, pelo fenômeno denominado jurisprudência”.

faz<sup>22</sup>. É por isso que a manifestação da cultura de um povo é de imensa importância para o Direito, na medida em que este precisa estar de acordo com os ideais de seu povo, de sua sociedade, de sua nacionalidade, e não de acordo com meras e impensadas importações, feitas sem o estudo necessário para a sua implantação no direito que as recebe<sup>23</sup>.

Pois bem, o cânone da separação dos poderes<sup>24</sup>, por exemplo, aplicado ao pé da letra, impediria que os operadores do direito pudessem atribuir ao texto normativo sentido estranho ou alheio àquele que nele se contém, na medida em que, se assim o fizessem, estariam a criar preceitos outros, distintos daqueles que deveriam apenas e tão somente declarar<sup>25</sup>. Entretanto, no Brasil, encontramos-nos em meio a um paradoxo muito interessante. Enquanto o princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu tornou-se um dogma que jamais sofreu oposição em sistemas políticos democráticos, nos últimos tempos, ao seu lado, a criação judicial do direito, ou, em outras palavras, o ativismo judicial, encontrou adeptos em todo o mundo jurídico, minando as resistências dos seguidores da doutrina de estrita separação entre os poderes de Estado<sup>26</sup>.

Isso se dá, basicamente, porque a separação dos poderes, ao menos conforme inicialmente idealizada na família romanista, entrou em crise há certo tempo, justamente porque superada a conjuntura político-jurídica em que inseridos os seus idealizadores, tendo sido ela incorporada e, de certa forma, conservada nas etapas seguintes da nossa história, transformando-se, entretanto, de modo a adaptar-se ao paradigma constitucional atual, que, sem deixar de ser liberal, tornou-se também social e comprometido com os direitos ditos fundamentais, impulsionando a criação das chamadas Cortes Constitucionais, cuja atuação política estaria justamente comprometida com a efetivação da força normativa da Constituição<sup>27</sup>. De sorte, o legislador inserido no constitucionalismo atual ou no chamado neoconstitucionalismo, encontra-se vinculado aos direitos fundamentais expressos pela

---

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos**. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

<sup>23</sup> JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 32.

<sup>24</sup> O princípio em comento é de tal importância que recebeu especial proteção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual estabelece, em seu artigo décimo sexto, não possuir constituição a sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos nem a separação dos poderes.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92.

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 96 - 97.

Constituição, de modo que a edição de normas contrárias a esses direitos permite a análise da Jurisdição Constitucional ao seu conteúdo<sup>28</sup>, prática impensada outrora.

Igualmente, passa a ser adotada com o neopositivismo, hodiernamente, a técnica legislativa de edição de cláusulas abertas, gerais, contrariando a técnica casuística exercida até então no sistema romano-germânico, o que permite que o Judiciário e, por consequência, o julgador, tenha amplo espaço para participar da construção e da efetivação da norma, diante da noção de que o texto legislativo não seria, por si só, suficiente para tanto<sup>29</sup>.

Por isso mesmo, causa enorme estranheza que os operadores do direito, nos tempos atuais, tentem minar o dito ativismo judicial e, por consequência, a adoção de um sistema baseado em precedentes de eficácia obrigatória, invocando para tanto o princípio da separação dos poderes, pouco ou nada compreendido à luz do ordenamento jurídico brasileiro atual, sem que se atente, então, à carga eficaz que este possui no nosso sistema.

## 2 O PODER JUDICIÁRIO COMO INTÉRPRETE DA LEI E DA CONSTITUIÇÃO NO ATUAL SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO BRASILEIRO. DIÁLOGO ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O NEOPOSITIVISMO

Segundo Sieyès, a própria constituição é superior aos poderes por ela constituídos, que somente alcançam plena eficácia se sujeitarem-se à ordem por ela estabelecida<sup>30</sup>. Isto é, quando concebe o Estado, a Constituição expressa soberania ou, em outras palavras, autodeterminação<sup>31</sup>. De acordo com essa afirmação, o próprio princípio da separação dos poderes seria regulamentado pela Constituição, de modo que sua leitura deve ser feita à luz da carga eficaz que lhe é atribuída por ela.

Isso porque o constitucionalismo não retira o seu fundamento legitimador de um sistema jurídico preexistente que lhe seja natural ou superior, mas sim, firma-se pela vontade das forças determinantes da sociedade, que a precede<sup>32</sup>. É de se dizer, então, a partir dessa premissa, que o próprio poder constituinte, embora definido como: inicial, ilimitado, e

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 324 – 325.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Compreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 22.

<sup>31</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 479.

<sup>32</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000. P. 159 - 180. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197.



incondicionado; encontra sua limitação nos valores culturais que dizem respeito à nação que o legitima e o concebe como expressão última de sua vontade política. Do contrário, o poder constituinte originário não teria êxito, não encontrando a adesão dos cidadãos que compõe a nação soberana<sup>33</sup>, o que poderia certamente culminar na sua reforma, reestruturação, ou até mesmo no rompimento com a ordem estabelecida.

O constitucionalismo, assim, destaca-se por ser fundamental à organização e ao funcionamento do Estado, estabelecendo seus elementos primários e as bases de sua estrutura política. E, embora não seja o único, dentre seus objetos, encontram-se a organização das bases da estrutura política do Estado, de suas instituições e seus órgãos, além do modelo de aquisição e limitação do poder, inclusive, diga-se, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais<sup>34</sup>. O objetivo de criar órgãos diferentes para exercer funções estatais é, justamente, descentralizar a força que o conjunto de tais órgãos atribuiria a uma só pessoa ou grupo de pessoas, as quais poderiam, por assim dizer, dominar os demais membros da sociedade<sup>35</sup>. Foi justamente isso que ocorreu com o legalismo, pois, aos poucos, a Lei passou a deixar de representar a vontade geral, substanciando, quiçá, apenas uma vontade política, representada pelo grupo majoritário no seio do Parlamento<sup>36</sup>.

É nesse contexto que o Estado Constitucional consubstancia a junção do direito Constitucional e da democracia, no qual os direitos fundamentais individuais e coletivos exercem papel contramajoritário, pondo a lei e os atos dos poderes públicos em grau de subordinação à Constituição<sup>37</sup>. Os princípios constitucionais que outrora representavam apenas um ideal passam a possuir força normativa, obrigando o legislador a respeitá-los e o judiciário a defendê-los<sup>38</sup>. O conteúdo da Lei, em outras palavras, passa a fazer parte do debate jurídico<sup>39</sup>, cabendo ao Judiciário interpretar o texto legal, sem que, com isso, desrespeite a separação entre a função legislativa e a função de julgador.

---

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198 - 199.

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.1.

<sup>35</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 480.

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 50 - 51.

<sup>37</sup> ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 65.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358 - 359.

<sup>39</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 50 - 51.

Como Lei Fundamental que é, a Constituição de determinado ordenamento jurídico consubstancia o conjunto de normas que organizam o Estado, determina as funções e as competências dos órgãos que exercem o Poder Público, além das formas e dos limites desse exercício, não estando subordinada a nenhuma outra norma, encontrando seus limites apenas nela mesma<sup>40</sup> - com a ressalva do inicialmente destacado, no que diz respeito à cultura e ao momento histórico que a precede. Sendo assim, cada uma das funções de Estado não é compartimentada ou estanque com relação às demais, de sorte que, embora exerçam poder, não são soberanas, pois têm, acima de si, a Constituição, que legitima sua atividade<sup>41</sup>.

É justamente por isso que, por ocasião da inafastabilidade do Poder Judiciário<sup>42</sup>, cláusula pétrea constitucional segundo a qual nenhum ato ou ameaça a direito está acima do controle jurisdicional, é dado ao Judiciário se imiscuir nos atos dos demais poderes, de modo que nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune ao seu controle<sup>43</sup>, eis o nosso modelo de separação de poderes, um sistema de *checks and balances*. Some-se a tudo isso, ainda, a adoção da técnica legislativa de edição de cláusulas abertas, gerais, contrariando a técnica casuística exercida até então, passando-se a permitir que o julgador tenha amplo espaço para participar da construção e da efetivação da norma, diante da noção de que o texto legal não seria por si só, suficiente para tanto<sup>44</sup>.

Por conta de tudo isso que, conforme sustenta Paulo Ferreira da Cunha, é o Judiciário, na realidade, o único a poder intervir diretamente e em última instância, ou a título juridicamente definitivo, em relação à interpretação da Lei. Isso porque o legislador cria originalmente, mas não aplica, enquanto a administração executa, mas não é original, nem originária, devendo respeito ao menos ao princípio da legalidade formal. Todos os demais Poderes, entretanto, a partir do momento em que intervenha o controle de legalidade e ou o de constitucionalidade, dependem da última palavra de um juiz, de um colégio de juízes, ou de um órgão exercendo, na prática, atividade jurisdicional<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 30 – 31.

<sup>41</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 480.

<sup>42</sup> ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 62. Com a constitucionalização da cláusula da ubiquidade, ou inafastabilidade do Poder Judiciário, pela Constituição brasileira de 1946, reeditada na Constituição de 1988, conforme sustenta o autor: “Consolida-se o controle judicial dos atos dos demais poderes e nem mesmo a lei poderá afastar esse controle”.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 58.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Compreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94.

<sup>45</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. **Res publica, ensaios constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 104 – 105.

Ora, o sistema constitucional brasileiro destinou, ao Poder Judiciário, a competência para atribuir o sentido válido das regras e princípios jurídicos, especialmente no caso de existirem controvérsias acerca dos comportamentos adequados ou das interpretações possíveis para um determinado texto<sup>46</sup>. O Judiciário foi eleito, constitucionalmente, à condição de interprete último da Constituição, das Leis, e dos demais atos normativos infralegais, seguindo o modelo estadunidense do *judicial review*, de modo a poder impor condutas e anular atos contrários à ordem constitucional e legal, sem assumir, dessa forma, a função típica de qualquer dos outros poderes<sup>47</sup>.

Em outras palavras, a partir do neoconstitucionalismo do *civil law*, a função constitucional do Judiciário passa a ser a de interpretar os inúmeros textos legislados e, complementado pelo neopositivismo, construir as normas constitucionais e legais *lato sensu*, podendo, igualmente, detectar e suprir omissões legislativas, como por exemplo, na ação de inconstitucionalidade por omissão, no mandado de injunção, ou no poder concedido a ele para definir o direito no caso de ausência de norma para reger determinada situação<sup>48</sup>.

Essas funções nada mais são do que instrumentos para efetivação do poder que a sociedade entendeu por bem conceder ao Poder Judiciário por meio da ordem constitucional<sup>49</sup>. Isso porque tanto quanto os outros poderes, o Judiciário nada mais é do que a expressão do poder popular, na medida em que este retira sua legitimidade da própria Constituição, sendo incorreto estigmatizá-lo com o adjetivo pejorativo de poder contrapopular ou antidemocrático<sup>50</sup>.

Conforme cediço, a sociedade é composta por maiorias e minorias, de modo que foi necessário assegurar constitucionalmente ao Judiciário a incumbência de proteger os direitos dessas minorias frente à vontade majoritária. Sendo assim, a democracia contemporânea, mormente aquela influenciada pelo pós-segunda guerra, não se assenta apenas no princípio majoritário, mas também na realização de direitos substantivos, na concretização de direitos fundamentais, bem como na observância de procedimentos que visem assegurar a livre e igualitária participação de todas as pessoas nos processos decisórios do Estado<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> ALVES, Luís Carlos Martins. O regime jurídico-constitucional dos Tribunais Superiores. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (org.). **Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

<sup>47</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 549.

<sup>48</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 550.

<sup>49</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 551.

<sup>50</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 551.

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

Por qualquer perspectiva em que se analise, então, percebe-se que no nosso constitucionalismo atual, o Poder Judiciário é, sem sombra de qualquer dúvida, legitimado para exercer a atividade interpretativa que lhe é dada pela Constituição, exercendo seu poder de freios e contrapesos.

E, ainda, como não poderia deixar de ser, a técnica legislativa de edição de cláusulas abertas e gerais somada à força normativa da Constituição e à destinação da função de interprete da Constituição e das Leis ao Judiciário<sup>52</sup>, acabou conferindo um poder aos julgadores para perfectibilizar a norma diante de um caso concreto, dando sentido ao texto legal, além de possibilitar a adequação do texto legislativo às novas situações porventura existentes<sup>53</sup>. Por isso, conforme explica Mitidiero, com a passagem do Estado legalista, aí se compreendendo aquele que tem sua origem nos ideais revolucionários franceses, para o Estado constitucionalista, notadamente, a partir do pós-segunda guerra mundial, três grandes alterações passam a influenciar o processo do sistema romano-germânico para que este não mais possuísse um perfil pré-ordenado somente à resolução de casos concretos em juízo<sup>54</sup>.

Conforme o autor, a primeira mudança concerne à teoria das normas, pois, no Estado legalista, pressupunha-se que toda norma seria sinônimo de regra, sendo os princípios compreendidos como fundamentos para normas, mas jamais como normas. Já no Estado constitucionalista (neoconstitucionalismo), a teoria das normas articula-se em três grandes espécies, podendo ser enquadradas em princípios, regras e postulados, de modo que os princípios constitucionais passam a ter força normativa, vinculando seus destinatários<sup>55</sup>.

O autor segue seu raciocínio, abordando o fato de que a segunda mudança diz respeito à técnica legislativa até então empregada, pois a legislação deixa de ser meramente rígida e casuística para se tornar, em muitos casos, também, aberta ou geral, contendo termos indeterminados<sup>56</sup> que ensejam um maior espaço para interpretação<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo - Em Conformidade com o Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Conforme o autor: “Nosso sistema, fundado em leis gerais e abstratas, é, por isso mesmo, um sistema flexível. A hermenêutica abre amplo espaço para a adequação da norma geral ao caso concreto, afastando-se injustiças decorrentes da imprevisão do legislador relativamente às peculiaridades de cada caso. Para isso, aliás, existem os juízes: para que cada um possa ter examinado o seu caso, com as suas circunstâncias próprias.”

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95.

<sup>54</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

<sup>55</sup> BARBERIS, Mauro. *Stato costituzionale*. Modena: Mucchi Ed., 2012. p. 66 - 71. *Apud* MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

<sup>56</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

Os estudos jurídicos passam, então, a abandonar de forma cada vez mais veemente o formalismo teórico, segundo o qual a interpretação apenas se presta para reproduzir a lei. Passa-se a admitir que a lei ou o texto legal não tem significado em si mesmo, de modo que o juiz sempre atribui a um ou outro determinado sentido. O sentido, a partir de então, não se pode confundir com o texto, de modo que é o sentido, e não o texto, o que constitui a norma, a qual se perfectibiliza diante do significado que é tomado em conta pelo juiz ao decidir<sup>58</sup>. Encontra-se aí, justamente, a terceira mudança estrutural, pois se admite a separação entre texto e norma, de sorte que o legislador outorga o texto, enquanto as normas são o fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus aplicadores<sup>59</sup>.

É por isso que os ordenamentos jurídicos mistos ou híbridos como o brasileiro demonstram uma tendência à autorização constitucional e legal para a vinculação aos precedentes, pois é repensada a separação de tarefas entre legislador e juiz. De sorte, os precedentes obrigatórios deixam de ser contraditórios ao princípio da separação dos poderes e da legalidade, do mesmo modo que não lhes são contraditórios a existência de princípios com força normativa, cláusulas gerais, bem como conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque o próprio constituinte autorizou “a integração de conteúdo pelo Poder Judiciário, nos limites da legalidade e da Constituição”, de modo que sustentar a irrelevância dos precedentes nestes casos, em que o próprio constituinte ou legislador “abriu espaço para a discricionariedade judicial controlada pelo texto legal, seria ingênuo ou demagógico”, ocorrendo o mesmo em relação à atividade interpretativa em geral<sup>60</sup>.

Desse modo, passa a ser uma exigência que a norma fixada no julgamento não sofra variação diante de casos idênticos, de modo que, ao julgar, o magistrado fixa a norma que não mais será aberta, emprestando-lhe, contudo, efeito geral, para que possa ser aplicada em todos os casos de idêntico teor, o que na tradição do *civil law* se caracterizou por meio da jurisprudência. Os conceitos indeterminados, pois, por sua natureza, passam a permitir

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94.

<sup>58</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011. p. 63 - 64. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

<sup>59</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.

<sup>60</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

também a modelagem dos textos legais à realidade social, de modo que sua permeabilidade facilita a adequação dessas cláusulas aos novos tempos, cabendo às Cortes de cúpula não apenas outorgar sentido ao texto<sup>61</sup>, mas também conferir-lhes novo sentido quando necessário, por meio de medidas estruturantes<sup>62</sup>.

Portanto, é de se salientar, conforme refere Marinoni, que é no mínimo estranho o fato de que, apesar de ampla difusão das técnicas das cláusulas abertas a partir dos anos quarenta, o *civil law* não tenha se apercebido da necessidade de dar estabilidade às normas fixadas em juízo, a fim de que seja dada concretude às cláusulas abertas. O autor complementa a crítica salientando que o sistema que prevê esta espécie de técnica legislativa e não se preocupa com a estabilidade das normas fixadas em juízo é negligente em relação aos próprios valores que pretende defender<sup>63</sup>.

O resultado, ao menos no Direito brasileiro, é demonstrado pelo conhecimento empírico: adotou-se um sistema baseado na jurisprudência, sem qualquer efeito obrigatório, permitindo decisões conflitantes para idênticos casos, mesmo depois de fixado um entendimento perante os Tribunais de cúpula, o que ocasionou, de forma legítima, diga-se, a propagação de críticas e ataques severos à realidade forense que se criara.

Rossi, por exemplo, elabora severas críticas ao método de decisões com base em ementas, ou seja, sem análise dos fatos que permeiam a decisão paradigma, ou, em outras palavras, dos motivos determinantes que ensejaram a solução encontrada no caso paradigmático, a fim de que fosse possível a análise e confronto de sua retidão. Isso ocorre porquanto no sistema baseado na jurisprudência, os julgadores apegam-se apenas à conclusão do julgado paradigma, e não à sua fundamentação, impossibilitando a distinção entre o caso em discussão e o entendimento consolidado com base em sabe-se lá qual contexto<sup>64</sup>. Essa crítica, entretanto, s.m.j, apesar de legítima, justifica ainda mais a necessidade de regulamentação das decisões com base em precedentes.

Em outras palavras, o sistema de precedentes já existe e encontra-se consolidado, de modo que restaria ao legislador duas opções, retornar à teoria da exegese, com uma estrita

---

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Compreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95.

<sup>62</sup> JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes: Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Compreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

<sup>64</sup> ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 240 - 279.

separação dos poderes, a construção de uma corte de cassação submetida ao *référé législatif*, ou então, como fez, adotar e regulamentar, por assim dizer, o sistema de precedentes.

### **3 RAZÕES PRÁTICAS E JURÍDICAS PARA A DOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES**

Conforme destacado ao longo do texto, a família do direito romano-germânico, a partir da revolução francesa, concebeu a Lei, por excelência, como forma de uniformização do direito e de garantia da segurança jurídica, de sorte que o juiz, ao aplicá-la no caso concreto, não a interpretaria, mas apenas proferiria suas palavras<sup>65</sup>. O direito brasileiro não ficou alheio a esse dogma, e, no que diz respeito à supremacia que é dispensada à lei, mormente por parte da doutrina majoritária, percebe-se claramente que esta goza de muito mais prestígio do que a atividade jurisdicional cristalizada por meio da interpretação<sup>66</sup>.

De sorte, historicamente, se concebeu no direito brasileiro uma hierarquização das formas de expressão do direito, onde a lei encontra-se acima das demais, demonstrando a existência de um culto ao texto legal. Com efeito, a doutrina majoritária sempre exaltou suas qualidades, buscando destacar a lei como um produto normativo mais legítimo do que a construção judicial do direito. De fato, existem autores que chegam a mencionar que o incremento da atividade jurisprudencial poderia desencadear uma ditadura do poder judiciário<sup>67</sup>.

Contudo, o que mais causa estranheza, na prática, é o fato de ser muito raro que um operador do direito, mormente os que atuam no contencioso, deixe de considerar as decisões dos tribunais na fundamentação de suas peças processuais, ainda mais quando pretendem alcançar os graus de jurisdição superiores, a fim de discutir, justamente, o alcance de determinada legislação aplicável ao conflito em que atuam<sup>68</sup>.

Ora, é inegável que o precedente judicial é fruto da própria atividade jurisdicional, existindo em todos os sistemas jurídicos, independentemente de sua filiação a esta ou àquela

---

<sup>65</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.17.

<sup>66</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20 - 21.

<sup>67</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

<sup>68</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

família do direito<sup>69</sup>. O que ocorre, como antecipado, é que o precedente judicial na tradição do *civil law* foi relegado à um segundo plano, porquanto nessa tradição a lei seria a forma de produção jurídica por excelência, enquanto nos sistemas filiados à tradição do *common law* os precedentes são de observância obrigatória<sup>70</sup>.

De qualquer modo, reitera-se, seja na experiência jurídica do *common law*, seja na experiência do *civil law*, a verdade é que os órgãos jurisdicionais, no exercício de suas funções precípua, proferem inúmeros atos decisórios, dos quais o núcleo de cada um deles constitui um precedente judicial<sup>71</sup>. Com efeito, a importância dos precedentes judiciais, ao menos a importância fática, vem sendo amplamente admitida pelos sistemas jurídicos baseados na família romanista do direito, entretanto, sua posição teórica ainda encontra resistência, notadamente no ponto que diz respeito à sua capacidade de ser fonte do direito<sup>72</sup>.

O paradigma, entretanto, parece estar se modificando. Isso porque enquanto nos países que seguem o modelo do *common law* a força vinculante dos precedentes tem se tornado mais flexível, nos ordenamentos atingidos pela codificação é incontestável a tendência da adoção de precedentes no núcleo decisório dos julgamentos, de modo que o judiciário não tem se prestado exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas tem atentado para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros<sup>73</sup>. Isso porque a necessidade de garantia da segurança jurídica e da isonomia “fundamentam a organização de um processo destinado à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais”, a partir da premissa de que o processo não se destina apenas às partes, mas à sociedade em geral<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.1.

<sup>70</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.17.

<sup>71</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.11.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica, tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001, p. 260. *Apud*, TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.18 - 19.

<sup>73</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica, Tradução de Maria Cristina G. Cupertino, São Paulo, Landy, 2002, p. 168. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 25.

<sup>74</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 17. Conforme destaca o autor: “Do ponto de vista do Estado Constitucional, o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes. Daí que a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem uma dupla direção – dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral. Os meios de que se vale o processo para obtenção desse escopo são igualmente dois: a decisão justa – acompanhada em sentido o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o precedente judicial. Pode tutelar os direitos no processo, portanto, tanto em uma dimensão particular como em uma dimensão geral”.



### 3.1 SUPERAÇÃO DO FORMALISMO INTERPRETATIVO: AS DIFERENTES TEORIAS HERMENÊUTICAS E SUA INFLUÊNCIA NA DOCTRINA DOS PRECEDENTES

Inicialmente, é preciso salientar que a retidão das decisões judiciais, s.m.j, relaciona-se muito mais com a filosofia jurídica do que com a discussão sobre a adoção ou não de um sistema de precedentes. Igualmente, a discussão acerca da criação judicial do direito ou da mera declaração acaba por relacionar-se muito mais com a modulação dos efeitos da decisão do que com a adoção ou não da doutrina dos precedentes, de modo que tais discussões não possuem o condão, em princípio, nem de legitimar, nem de deslegitimar a teoria do *stare decisis*. Isso porque a discussão acerca das teorias constitutivas e criativas existe também no *common law*, que já adota um sistema de precedentes, de modo que é a possibilidade de interpretação judicial das cláusulas abertas que justifica a adoção da teoria do *stare decisis*, e não a criação ou declaração judicial do direito, já ambas constituem atividade interpretativa.

Pois bem, a evolução da teoria do direito, bem como da teoria da interpretação, além do impacto do neoconstitucionalismo sobre o conceito de Direito, deixam claro que o interprete acaba elaborando a norma jurídica a partir do texto legal, de sorte que a ideia de uma interpretação que revela o sentido exato da lei é substituída pela de atribuição de sentido ao direito, que passa a ser função última do Judiciário<sup>75</sup>. Com efeito, a função judicante, mormente a das Cortes de cúpula, está se modificando gradativamente em todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, deixando-se de lado o seu papel de controle, de preocupação com a exata e supostamente correta aplicação da lei (formalismo interpretativo), para se preocupar com a interpretação e uniformização do direito<sup>76</sup>, aderindo ao paradigma realista interpretativo do “ceticismo moderado” no campo da interpretação jurídica<sup>77</sup>.

Sendo assim, a interpretação e a argumentação ganham amplo espaço no cenário da jurisdição, de sorte que a preocupação do julgador deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou, em outras palavras, na racionalidade da interpretação, de modo que “o direito passa a ser

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Compreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

<sup>76</sup> Cf. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>77</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

interpretação argumentativa e, assim, ganha significado que se distancia da letra da lei”<sup>78</sup>. Desse modo, explica Zaneti Junior que, “conforme as contemporâneas teorias da interpretação, todo texto depende de interpretação, sendo consequente que texto e norma não se confundam, pois tem-se que a norma é o resultado da interpretação”<sup>79</sup>.

É a partir daí que se concebe a necessidade de dar coerência às interpretações judiciais dos textos normativos, na medida em que nos afastamos da teoria formalista que sustenta que ao juiz cabe investigar o significado do texto e o declarar<sup>80</sup>.

Ora, se o juiz interpreta apenas para afirmar o que se encontra gravado implicitamente no texto legal, diante da ideia de completude e coerência do direito positivo, não possuindo, em tese, qualquer discricionariedade, pois ao decidir, estaria preso a uma norma preexistente, de modo que a interpretação seria um mero enunciado descritivo, sujeito a testes de verdade e falsidade, onde existiria apenas uma interpretação possível<sup>81</sup>, não se faz necessário qualquer sistema de precedentes, pois é a própria lei que é aplicada e, portanto, o juiz apenas pronuncia suas palavras. Entretanto, essas objeções teóricas ligadas ao princípio da legalidade, antes de contribuir para a melhor compreensão do papel da atividade jurisdicional, “escondem um preconceito ideológico em relação à atividade dos tribunais, formado em séculos de luta pela afirmação da artificialidade do direito e pela necessidade de segurança interpretativa”, em razão da já superada concepção formalista da interpretação<sup>82</sup>. Desse modo, essa teoria falseia-se diante da realidade prática contemporânea, parecendo muito mais um discurso de conteúdo legitimador, este, da estrita separação dos poderes e, como consequência, da estrita legalidade, do que uma teoria que pretende definir a atividade interpretativa do Judiciário.

Entretanto, conforme alerta Marinoni, é curioso o fascínio que tal teoria ainda exerce sobre os tribunais pátrios e alguns institutos, embora desacreditada e destituída de qualquer

---

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

<sup>79</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

<sup>80</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

<sup>82</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

força teórica, permanecendo presente no pensamento jurídico comum e no estilo da fundamentação de nossas Cortes<sup>83</sup>.

Na realidade, o interprete acaba elaborando a norma jurídica a partir do texto legal, de sorte que a ideia de uma interpretação que revela o sentido exato da lei é substituída pela de atribuição de sentido ao direito, que passa a ser função última da jurisdição<sup>84</sup>. É a partir daí que as teorias têm se voltado para o fato de que texto e norma não se confundem, sendo a norma resultado da interpretação<sup>85</sup>. É por isso também que se defende que o sentido não pode ser confundido com o texto, de modo que é o sentido, e não o texto, que constitui a norma, a qual se perfectibiliza diante do significado que é tomado em conta pelo juiz ao decidir<sup>86</sup>, o que pode ocorrer independentemente da clareza do dispositivo interpretado, porquanto a atribuição de sentido é consequência imediata, natural e inevitável do contato de alguém com qualquer enunciado<sup>87</sup>.

De sorte, a linguagem da fonte, por mais clara que possa parecer, jamais será a linguagem do interprete. Por isso que, se acaso admitirmos que o juiz seja capaz de pronunciar o exato sentido da lei ou a sua única interpretação correta, permanecemos presos à ideia de que a interpretação averigua a norma implícita no texto legal, a descobre e, assim, simplesmente a declara, aceitando que o sentido encontrado sempre esteve ali inserido<sup>88</sup>.

Entretanto, a lei não detém a norma, na medida em que esta é reconstruída pelo juiz a partir do texto, a partir de elementos extratextuais presentes na ordem jurídica e, também, por meio de diretivas interpretativas e valorações. De sorte, quando se diz que o juiz, além do texto legal, toma em conta princípios e fundamentos da ordem jurídica, os quais estariam por trás desse texto legal, na realidade, este não deixa de construir a norma, pois a solução do caso não deriva objetivamente desses princípios e fundamentos, como se fossem mera declaração do que sempre existiu ou, em outras palavras, a única resposta correta. Pelo contrário, trata-se

---

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

<sup>85</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

<sup>86</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011. p. 63 - 64. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

de interpretação que é construída de forma mais ou menos discricionária, tendo todos esses elementos como seus auxiliares<sup>89</sup>.

O debate, entretanto, conforme sustentado no primeiro parágrafo deste item, adentra no campo da hermenêutica filosófica, contudo, é preciso que fique claro que, seja qual for a conclusão alcançada, ou, em outras palavras, possa o juiz dar uma resposta correta ou exercer uma função criativa, a verdade é que em ambos os casos ele exerce atividade interpretativa, fechando as cláusulas abertas ao decidir sobre sua aplicação ou não em determinado caso.

De sorte, o que importa para a adoção de um sistema de precedentes é a superação do formalismo interpretativo. Com efeito, o campo das justificativas acerca das opções interpretativas ou, em outras palavras, da retidão das interpretações judiciais, é tema que diz com a filosofia do direito, e não com a doutrina dos precedentes, sendo importante, para o momento, apenas entendermos que a interpretação é permitida e que a motivação da decisão deve existir a fim de que sua retidão possa ser contestada. Contudo, estejam corretos ou não, os fundamentos da decisão se caracterizam como os seus motivos determinantes, e é justamente isto que compõe o núcleo dos precedentes.

Por isso mesmo, conforme defende Marinoni, a solução judicial para determinada questão, seja qual for, precisa ser coerente e sempre a mesma diante de casos idênticos<sup>90</sup>. Sendo assim, a principal razão para que se adote um sistema de precedentes é a racionalidade<sup>91</sup> e a isonomia, ou seja, parte-se da premissa de que as decisões judiciais

---

<sup>89</sup> QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais (teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 178. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

<sup>91</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526. Conforme o autor: "devemos abandonar completamente qualquer esperança depositada no formalismo interpretativo (interpretação jurídica *paleojuspositivista*), assim como, não se pode, igualmente caminhar no sentido de uma teoria da interpretação mista ou eclética, que pretenda confiar apenas na defesa dos valores de certeza e segurança por leis e códigos, sentindo-se satisfeita com a margem de discricionariedade deixada ao intérprete pela natural vagueza dos termos jurídicos, toda vez que este se encontre diante de uma 'zona de penumbra' ou diante de normas de 'textura aberta' (*open texture*). Como se viu, por melhores que sejam os dispositivos inseridos nas leis e códigos, esses dependerão de interpretação. Por outro lado, a despeito da crise jurídica atual do direito legislado, que pode e deve ser superada mediante o trabalho da doutrina e do legislador, ainda assim será cabível um modelo de precedentes como complementar ao direito legislado. Portanto, um modelo de precedentes é racional porque completa o círculo de interpretação jurídica, propondo um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na qual prepondera a função das cortes de vértice, das Cortes Supremas. Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução *apenas* do caso

precisam tratar “igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar”. Logo, não é a correção, mas sim a pretensão de correção que deve legitimar, imparcialmente, os atos humanos e “espalhar, em todas as áreas do conhecimento, os seus efeitos”, o que se encontra na base da premissa de universalização do sistema de precedentes<sup>92</sup>.

Desse modo, retirados os empecilhos ideológicos da tradição romanista, deve ser percebido que um modelo adequado de precedentes judiciais normativos é capaz de garantir racionalidade, igualdade, previsibilidade – que se desdobra em proteção da confiança e segurança jurídica – e efetividade do ordenamento jurídico para além e complementarmente às normas jurídicas legisladas que já tem por finalidade estes objetivos<sup>93</sup>.

É de se salientar, ademais, que embora a justiça da decisão não seja relevante para a adoção ou não da doutrina dos precedentes obrigatórios, não se busca, com a teoria do *stare decisis*, a concreção de decisões injustas, já que a evolução da própria doutrina dos motivos determinantes traz consigo a possibilidade de superação dos precedentes, o que pode se dar com a edição de texto legal que modifique a premissa na qual se assentou a *ratio* da decisão, ou então, diante de um fundamento não analisado ou, ainda, diante da consciência de que, de fato, o precedente não traz a melhor compreensão do Direito, merecendo ser superado.

Entretanto, não se pode esquecer que nos encontramos em um sistema em muito diferente do *common law*, de modo que nossa concepção de segurança jurídica é muito mais fechada que naquele sistema. Por isso mesmo, o questionamento acerca de qual a natureza da decisão judicial, se declarativa ou constitutiva, dirá respeito com a carga de modulação de efeitos que o precedente precisa possuir para que não ofenda a segurança depositada tanto no ordenamento jurídico quanto nos precedentes adotados.

---

concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização”.

<sup>92</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

<sup>93</sup> ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

#### **4 EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO E A TENTATIVA DE ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES E SUA APLICAÇÃO, EM ESPÉCIE, NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015**

Parece ser assente na doutrina que o artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 importou o sistema de precedentes obrigatórios para o ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, este não o fez de forma isolada, de modo que a obediência aos precedentes encontra guarida em inúmeros dispositivos espalhados ao longo do Código<sup>94</sup>. O sistema, é de se reforçar, foi importado pelo legislador, de modo que é preciso recepcioná-lo e modulá-lo à luz das necessidades brasileiras, embora possa ser aproveitada toda a experiência carreada na doutrina dos precedentes obrigatórios.

De sorte, apesar da adoção tardia no Brasil, a tradição do *common law* há muito tempo se apercebeu da necessidade de emprestar estabilidade e uniformidade às decisões judiciais<sup>95</sup>. Por essa razão, o sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 sofreu forte influência da doutrina do *stare decisis* formada a partir do *comune ley*.

É preciso, ainda, esclarecer que diferentemente das conclusões premeditadas que poderiam ser geradas no sentimento dos juristas acostumados com a dogmática existente no sistema romanista, a obediência aos precedentes não torna a atividade jurisdicional algo mecânico, em que ao juiz cabe apenas a posição de observar se algum outro julgador já se pronunciou sobre determinada matéria para, assim, decidir da mesma forma<sup>96</sup>. Isso, na realidade, por paradoxal que possa parecer e, guardadas as proporções, reflete a própria ideia da exegese, em que o juiz apenas pronuncia sentidos predeterminados, não se admitindo qualquer interpretação.

Entretanto, muito antes pelo contrário, o próprio precedente pode e deve ser interpretado, o que não lhe retira, contudo, a efetividade, na medida em que até mesmo a coisa julgada comporta interpretação. Por isso mesmo, parte-se do princípio de que todo precedente judicial é composto de duas partes distintas, sendo a primeira composta das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, e, a segunda, da tese ou do princípio jurídico assentado na

<sup>94</sup> ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 364.

<sup>95</sup> ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161.

<sup>96</sup> ASCENSÃO, J. Oliveira. **Fontes do direito no sistema do *common law***. RDP, n. 35 – 36, p. 05 – 24, jul./dez. 1975. *Apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.123.

motivação do provimento decisório, compondo-se assim a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão<sup>97</sup>. Justamente por isso o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, em seu parágrafo segundo, estabeleceu que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, o que neutraliza antiga prática de edição de enunciados abstratos, sem referência às circunstâncias fáticas e jurídicas que deram ensejo à sua formação, o que impedia ou tornava muito difícil qualquer distinção ou superação do enunciado<sup>98</sup>.

Por isso mesmo, para ser compreendida a doutrina do *stare decisis*, a fim de dar-lhe efetividade, antes mesmo da análise acurada dos pormenores do próprio precedente e do caso em julgamento, será preciso uma prévia compreensão dos institutos que compõem a teoria dos precedentes, de todo desconhecida, até então, em nosso ordenamento jurídico<sup>99</sup>.

Com efeito, o regime dos precedentes opera no sistema jurídico a partir da interação de alguns fatores<sup>100</sup>, inserindo-se aí a organização de todo o sistema, como engrenagens que, juntas, dão eficácia a toda a teoria dos precedentes. É necessário, assim, compreender o significado de institutos como a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, identificando-os no precedente. Igualmente, no cotejo entre o precedente e o caso em julgamento, é necessário compreender e reconhecer a possibilidade de *distinguishing*, *overruling* e ou *reversing*, a fim de aplicar ou não o precedente à situação em concreto<sup>101</sup>.

O primeiro ponto da teoria dos precedentes diz respeito à sua dimensão institucional, ou, em outros termos, à organização judiciária e à hierarquia existente entre os juízes e Tribunais, encontrando-se aqui os precedentes de ordem vertical, horizontal e o autoprecedente. O precedente do Tribunal hierarquicamente superior exerce um grau de influência vertical naqueles que lhe são inferiores, enquanto os precedentes horizontais se prestam para uniformizar a jurisprudência entre diferentes órgãos julgadores de um mesmo Tribunal. Os autoprecedentes ou precedentes *interna corporis*, ao seu turno, se impõe por

<sup>97</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

<sup>98</sup> ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 364.

<sup>99</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.124.

<sup>100</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 305.

<sup>101</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.124.

medida de isonomia e coerência do ordenamento jurídico, podendo ser seguidos até que um precedente posterior lhe revogue a *ratio*<sup>102</sup>.

O segundo ponto da teoria é de dimensão objetiva, dizendo respeito à determinação da influência do precedente na decisão de casos futuros. Caso o precedente possua efeito obrigatório (*stare decisis*), é preciso encontrar a parte da decisão que possui o condão de vincular o órgão julgante, ou, dito de outro modo, quais os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) e quais aqueles que, embora componham a fundamentação, não se encontram no rol de fundamentos que determinaram a decisão (*obiter dictum*)<sup>103</sup>.

Tomando por base o direito inglês, a aplicação da regra do precedente exige a análise dos comentários das decisões judiciais, ou seja, das razões dadas pelos juízes em apoio às suas decisões, de sorte que o jurista precisa distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio* do julgamento, daquilo que lhe é periférico<sup>104</sup> (*obiter dictum*), a fim de definir se aquele precedente é ou não aplicável ao caso em análise (*distinguishing*).

Desse modo, a *ratio decidendi* constitui o precedente que se incorpora ao direito e precisa ser seguido em um caso futuro. O que constitui *obiter*, por sua vez, não possui esta autoridade. Este, entretanto, possui certo valor persuasivo, a depender do prestígio do órgão que o pronunciou e da aceitação de exatidão de sua análise<sup>105</sup>, podendo constituir inclusive a indicação de superação de um entendimento pretérito, ou a indicação de um futuro posicionamento.

O terceiro ponto da teoria diz com a definição de qual espécie de precedente tem de ser seguido. Historicamente, no *common law*, um único precedente é capaz de produzir eficácia obrigatória, enquanto no direito romanista<sup>106</sup> os precedentes persuasivos são compostos de uma gama de decisões que se constituiriam em jurisprudência<sup>107</sup>. Essa última parece ter sido seguida no modelo de precedentes brasileiro, com a ressalva dos julgamentos

<sup>102</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 305.

<sup>103</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 305 - 306.

<sup>104</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 343.

<sup>105</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 343.

<sup>106</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 5. Conforme o autor, um único precedente não pode ser confundido com jurisprudência. Jurisprudência seria “o conjunto de decisões providas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante”, enquanto precedente, para o aludido autor, seria a “decisão, integrante ou não de um conjunto harmônico e reiterado e não necessariamente gerado por colegiado”.

<sup>107</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 306 - 307.



proferidos nos casos repetitivos, em que um único precedente é capaz de vincular todos os demais julgadores.

## CONCLUSÃO

O sistema constitucional brasileiro destinou, ao Poder Judiciário, a competência para atribuir o sentido válido das regras e princípios jurídicos. O Judiciário foi eleito, constitucionalmente, à condição de interprete último da Constituição, das Leis, e dos demais atos normativos infralegais, seguindo o modelo estadunidense do *judicial review*, podendo impor condutas e anular atos contrários à ordem constitucional e legal.

Com efeito, a partir do neoconstitucionalismo do *civil law*, a função constitucional do Judiciário passa a ser a de interpretar os inúmeros textos legislados e, complementado pela técnica legislativa abstrata do neopositivismo, construir as normas constitucionais e legais *lato sensu*. É justamente por isso que é totalmente compatível com a ordem constitucional que o Poder Judiciário possa interpretar e dar sentido aos textos legislativos, e, com isso, criar a regra aplicável ao caso concreto, a fim de dar concreção a todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Daí que nasce, igualmente, a necessidade da adoção de um sistema de precedentes voltado a garantir a uniformização e o respeito aos entendimentos pretorianos, pois não é razoável que cada juiz ou tribunal possa interpretar o texto legal a seu bel-prazer, contrariando postulados como os da isonomia e a segurança jurídica. O Código de Processo Civil de 2015, no ponto que diz respeito à atividade jurisdicional, põe um ponto final, ao menos em tese, a uma verdadeira antinomia existente entre o processo constitucional e o processo infraconstitucional brasileiros.

Isso porque apesar de termos adotado um sistema processual constitucional típico da experiência estadunidense, no que diz respeito ao processo civil infraconstitucional, recepcionamos em nosso ordenamento jurídico a experiência francesa napoleônica, esta, de forma tardia, adotando um sistema misto ou híbrido que ocasionou verdadeira confusão entre a jurisdição da teoria e a da prática.

Contudo, parece que finalmente entendemos que o processo tem de se adaptar ao sistema político-jurídico para que o Judiciário possa cumprir sua função constitucional no ordenamento brasileiro, o que passa a ser uma realidade com o Código de Processo Civil de 2015, o qual passa a adotar um complexo de institutos como a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, reconhecendo a possibilidade de *distinguishing*, *overruling* e ou *reversing*, a fim de aplicar ou não o precedente à situação em concreto, de modo que, sem sombra de dúvidas, o Código de

2015 importa, de forma muito semelhante, o sistema de precedentes que há muito existe na família do *common law*. Desse modo, é posto um ponto final e completada a recepção do *judicial review* iniciado pelo constituinte de 1891.

## **REFERÊNCIAS**

ALVES, Luís Carlos Martins. O regime jurídico-constitucional dos Tribunais Superiores. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (org.). **Processo nos Tribunais Superiores: de acordo com a Emenda n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Res publica, ensaios constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2ª ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JOBIM, Marco Felix. **Medidas estruturantes: Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O príncipe**. Ridendo Castigat Mores, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes.: Recompreensão do sistema processual da corte suprema.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização.** São Paulo: Atlas, 2006.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** 4ª ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo - Em Conformidade com o Novo CPC.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: Segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário. Crise, acertos e desacertos**. Traduzido por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil: Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, vol. 10, ago./2015. p. 465 - 526.

ZANETI JR. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2015.