



Juraci Mourão Lopes Filho

OS PRECEDENTES JUDICIAIS

**no Constitucionalismo
Brasileiro Contemporâneo**

2.^a edição
revista e atualizada



Juraci Mourão Lopes Filho

OS PRECEDENTES JUDICIAIS

**no Constitucionalismo
Brasileiro Contemporâneo**

2.^a edição
revista e atualizada

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

APRESENTAÇÃO DA SEGUNDA EDIÇÃO

Após a publicação da primeira edição deste livro, o estudo sobre os precedentes judiciais ganharam grande ênfase na doutrina brasileira, o que foi corroborado pela edição do Código de Processo Civil de 2015. O novo diploma processual trouxe inédito disciplinamento sobre o tema, inovando não só em relação a seu anterior, mas também se comparado à doutrina do *stare decisis* de tradição inglesa.

Assim, foram necessários reparos e acréscimos sobre o texto originalmente apresentado como tese de doutorado. Realizaram-se, ainda, pontuais aperfeiçoamentos nas exposições teóricas, bem como se buscou deixar mais claras algumas passagens, mediante maior rigor terminológico. Erros textuais foram corrigidos e novos exemplos foram trazidos. Responderam-se, também, objeções formuladas por autores de expressão nacional, as quais muito nos honraram.

Entretanto, a maior inovação desta edição é justamente investigar as disposições do novo Código à luz do paradigma e referencial desenvolvidos e defendidos. Os estudos foram originalmente realizados antes desse diploma, mesmo sem dar maior atenção às inúmeras versões do projeto que então tramitava. Buscou-se, em verdade, desde a primeira investigação do tema, em dezembro de 2008, uma análise teórica profunda, desde a infraestrutura filosófica, perpassando pelas camadas mais profundas da teoria e da ideologia. Isso permitiu a construção de uma visão não condicionada pelos debates em torno do texto legal ora em vigor.

Quando se despendeu, então, análise sobre essa camada superficial do direito positivado, utilizaram esses instrumentos mais profundos. Isso se mostrou de extrema valia, pois permitiu uma visão mais crítica do novel diploma, permitindo observações um pouco distintas daquelas encontradas na primeira dogmática erigida em torno do mesmo.

Não se redigiu capítulo específico sobre as novas disposições codificadas, justamente para submeter sua análise estritamente ao cabedal construído. Em razão disso, o texto foi revisto integralmente, inserindo-se, em várias passagens, a alusão aos novos enunciados, segundo sua pertinência com o que se expunha.

Há, no entanto, dois trechos em que se detém mais especificamente sobre o Código de Processo Civil de 2015. O primeiro está no capítulo 2, ao

se apresentar o novo código como uma razão específica para o fortalecimento dos precedentes no Brasil, a qual, justamente por ser específica, deve ser compreendida em função das razões gerais que já eram indicadas na primeira edição (teórica, político-institucional e prática). O segundo trecho está no capítulo 3, quando se exploram as disposições mais importantes do diploma em item dedicado à camada superficial do direito positivo, justamente para demonstrar que sua interpretação/aplicação é condicionada diretamente pelas camadas mais profundas que se trata nos itens imediatamente anteriores.

Espera-se, então, submeter à comunidade jurídica uma obra não só mais atualizada, mas, igualmente, incrementada e revisada.

Juraci Mourão Lopes Filho
Fortaleza, junho de 2016.

ANÁLISE DO QUADRO ATUAL DE USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1 O FORTALECIMENTO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDI- CIONAIS NO DIREITO

Há alguns anos, no Brasil, se verifica um considerável aumento da importância dos mais diversos pronunciamentos jurisdicionais para as atividades jurídicas e para o estudo do Direito. As recentes alterações constitucionais e legislativas corroboram comportamento que já se consolidava na prática de juristas e profissionais forenses de utilizar entendimentos pretorianos prévios (pacificados ou isolados) como principal instrumento de justificação e fundamentação de teses e pretensões.

Súmula vinculante; súmula impeditiva de recursos; decisão em recursos repetitivos; jurisprudência dominante, precedentes autorizadores de decisões monocráticas pelo relator de recursos, de sustação da eficácia executiva de título executivo e julgamento liminar pelo juiz de primeiro grau são instrumentos processuais que surgiram nos últimos anos e que redimensionaram o papel dos precedentes. Tais instrumentos foram tratados com inovadora atenção no novo Código de Processo Civil, aos quais adicionou o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência. O novel diploma se ocupa ainda em trazer disposições gerais sobre os precedentes, valendo destacar, entre outros, o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente. Inquestionavelmente, ao lado da legislação, os pronunciamentos judiciais passaram a ser padrões de regulação do comportamento não só de magistrados como também das pessoas de uma maneira geral.

É inegável, nos dias atuais, a incomensurável influência que os julgamentos dos tribunais mais elevados, especialmente do Supremo Tribunal Federal, exercem sobre toda a comunidade jurídica e na configuração e delineamento de um direito ou obrigação.

Mesmo o estudo do Direito passa por esse prisma. Gradativamente, o ensino jurídico, com seus manuais didáticos, recorre com maior ênfase às

manifestações jurisdicionais para delinear o conceito e alcance dos institutos jurídicos, tomando-as por dados de definitiva relevância. Na mesma medida, a doutrina deixa de adotar um viés crítico possível de ser realizado desde uma prévia elaboração de referencial teórico ao qual submeta os diferentes precedentes, súmulas e jurisprudência. Ao contrário, aufere espaço abordagem que simplesmente organiza e comenta determinado assunto, de forma acrítica, com amparo na formulação pretoriana, sem que, para tanto, se tenha formado um pensamento nacional estruturado sobre o papel a ser desempenhado no sistema jurídico, ou mesmo se cogitar acerca da possibilidade de um sistema específico de precedentes tal qual estabelecido para as normas legislativas.

Paralelamente, e justo para suprir a lacuna teórica da tradição nacional, o estudo sobre o uso de precedentes vem ganhando espaço acadêmico. Até então, eram submetidos – e muitas obras ainda o fazem – a entendimento de orientação positivista sob a indistinta rubrica de “jurisprudência”, na qualidade de fonte subsidiária do Direito, sem prejuízo mesmo de autores iniciarem a abordagem discutindo se a “jurisprudência” é ou não fonte jurídica.

Ao iniciar os estudos para a elaboração deste trabalho, não mais do que duas obras tinham por objeto exclusivo a análise da teoria do precedente ou seu estudo como fonte do Direito¹. Artigos publicados em periódicos científicos eram mais comuns², sobretudo após a aprovação da Emenda

1. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
2. Sobre o tema cfr. STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 05/2009 A 06/2009. p. 284 a 319. v.17 fas.78. LIMA, Augusto Carlos Rocha de. História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e definição da sua concepção moderna. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 01/2009 A 03/2009. p. 89 a 120. v.17 fas.66. DONOSO, Denis. Um Novo princípio contraditório: análise de constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial. **RDDP: revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, 04/2009. p. 22 a 35. fas.73. BARAVIERA, Ricardo Tavares. Da aplicação dos precedentes jurisprudenciais. **Revista de direito da ADVOCEF**. Londrina: advocef, 05/2010. p. 135 a 147.. v.5 fas.10. COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 06/1998. p. 11 a 21. v.87 fas.752. FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 01/1998 A 03/1998. p. 117 a 123. fas.211. BUENO FILHO, Edgard Silveira. Os precedentes no direito brasileiro. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 06/1995. p. 24 a 26. v.84 fas.716. FINE, Toni M. O Uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no

Constitucional nº 45, que inseriu no Texto Constitucional a previsão de súmula vinculante a ser editada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao longo do estudo, viu-se surgir várias obras³, inclusive coletivas⁴, muitas vezes importando conceitos e instrumentos estadunidenses e ingleses. Após a

sistema legal norte-americano. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12/2000. p. 90 a 96. v.89 fas.782. COLE, Charles D. Precedente judicial - a experiência americana. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10/1998 A 12/1998. p. 71 a 86.v.23 fas.92. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Violência simbólica e precedentes jurisprudenciais. **Revista jurídica**. São Paulo: Nota Dez, 05/2005. p. 89 a 92.v.53 fas.331. SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Regra do precedente no direito inglês. **Revista de Direito Civil**: imobiliário, agrário e empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 01/1996 A 03/1996. 48 a 56. v.20 fas.75. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 06/2010. p. 9 a 41.v.35 fas.184. MARINONI, Luiz Guilherme. Os Precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista jurídica**. São Paulo: Nota Dez, 12/2010. p. 25 a 42.v.58 fas.398. SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. **RDDP**: revista dialética de direito processual. São Paulo: Dialética, 04/2010. p. 51 a 72.fas.85. MELLO, Patricia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 07/2005 A 09/2005. p. 177 a 208. fas.241. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **RDDP**: revista dialética de direito processual. São Paulo: Dialética, 06/2005. p. 49 a 58.fas.27. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro - análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11/2010. p. 9 a 52.v.35 fas.189. MIRANDA, Tássia Baía. Stare Decisis e a Aplicação do Precedente no Sistema Norte-Americano. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, 06/2007. 346 p. p. 259 a 292.v.34 fas.106. CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os Precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 01/2007 A 04/2007. p. 186 a 207.fas.244. CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do juiz no common law. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 02/2010. p. 195 a 220.v.35 fas.180.

3. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial – Autoridade e Aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noneses, 2012. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2011. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes Vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.
4. MARINONI, Luiz Guilherme (ccord). **A Força dos Precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodivm,

publicação da primeira edição, incrementaram-se, ainda mais, as produções sobre o assunto⁵.

Ressalvadas honrosas exceções, porém, alguns autores nacionais dedicados ao tema não realizam as necessárias categorizações – a começar pelas imprescindíveis distinções entre precedente, jurisprudência e súmula. Por isso, nesta etapa do trabalho, será utilizado o termo precedente em um sentido amplo, como sinônimo de pronunciamento judicial. Mais adiante, serão feitas as distinções necessárias.

Muitos autores, como será visto, não demarcam um referencial teórico apropriado ao objeto de estudo, reeditando compreensões criadas e desenvolvidas em uma teoria centrada na proeminência da norma legislativa no Direito, mesclando-a com conceitos e noções recém-importados de outras tradições jurídicas. Como resultado, tem-se um verdadeiro caos teórico a respeito de institutos jurídicos de importância cada vez maior. A relevância dos pronunciamentos jurisdicionais aumenta sem, ainda, se ter uma teorização adequada.

Tudo isso reflete no campo profissional. É notório o fato de que as carreiras públicas nos seus mais variados âmbitos (Magistratura, Ministérios Públicos e Advocacia Pública) são bastante atraentes para os profissionais

2010. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

5. Entre as várias obras destacam-se DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica – Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes judiciais – justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Civil brasileiro – Aproximação entre *civil law* e *common law* e aplicabilidade do *stare decisis***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes – Universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro – mecanismos de objetivação do processo**. Salvador: Juspodivm, 2013. BASTO, Antônio Carlos Pereira de Lemos. **Precedentes Vinculantes e jurisdição constitucional – eficácia transcendente das decisões do Supremo Tribunal Federal do controle difuso de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Almeidina, 2015. ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira – A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

da área, situando-se, em muitos estados brasileiros, como preferência dos universitários. A forma de seleção mediante concurso público corrobora o prestígio dos pronunciamentos judiciais, pois cada vez mais questões de provas demandam conhecimento sobre a linha jurisprudencial, súmulas ou enunciados do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores. É cobrado o simplório conhecimento de seus textos, sem demandar qualquer reflexão a respeito ou conhecimento dos votos subjacentes. Toda pessoa que esteja se submetendo ou se tenha submetido a tais avaliações bem sabe a importância dos informativos de jurisprudência nos estudos preparatórios, os quais devem ser sistematicamente memorizados, inclusive com o exercício de um elevado grau de resignação em virtude das constantes mudanças de entendimento entre uma edição e outra.

Uma vez tendo ingressado nos quadros públicos, a conduta do profissional continua a ser intensamente influenciada pelo posicionamento dos tribunais, tanto para definir a desobrigação de praticar atos processuais quanto para ascensão na própria carreira. Com efeito, na magistratura, por exemplo, o respeito a pronunciamentos sumulados dos tribunais superiores não é tomado apenas como parâmetro importante – ou mesmo obrigatório – para decidir, mas é, igualmente, critério para ascensão nos diversos níveis da carreira. A Advocacia Pública e o Ministério Público podem deixar de recorrer de decisões que consubstanciem entendimento majoritário ou sumulado.

Tudo isso ocasiona o exercício, cada vez mais comum na vida forense, de atos processuais (sejam arrazoados das partes, sejam decisões dos magistrados) cujo principal ou único fundamento consista em ementas de julgados do tribunal em que se processa o caso, dos tribunais superiores ou do Supremo Tribunal Federal. Mesmo nas instâncias mais elevadas, é corriqueiro se encontrar como argumento decisório tão somente a transcrição de ementas de seus julgados. Em se tratando de questão que se considere sumulada, a justificação comumente será a sumária menção ao respectivo texto.

Esse tipo de comportamento evidencia o fato de que não só o respeito a precedentes se fortalece, mas, principalmente, que isso ocorre da maneira reducionista, sem a consideração de amplos aspectos hermenêuticos envolvidos na solução anterior e no novo caso em que está inserido. Não se levam em conta, ainda, a dimensão hermenêutica, o jogo interpretativo existente no passado e exigido no futuro. Basta indicar uma ementa cuja generalidade do sentido literal permita a subsunção da nova situação que se tem por adimplido o dever de fundamentação e se encerrem as questões postas diante do juiz ou tribunal; tudo sem maiores reflexões e discussões.

Em meio a isso, a força dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, se avulta. A definição de muitos direitos fundamentais só se aperfeiçoa em julgamentos da Mais Alta Corte. De fato, nesse âmbito, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal indicam o alcance, abrangência e contornos. Cada vez mais se realizam reformas legislativas e constitucionais para emprestar efeitos vinculantes às decisões da Corte Maior.

Em seus julgamentos, estabelece um novo espaço na ordem jurídica por meio do dever de obediência a eles. A chamada abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, que tenta se operar pelos votos dos ministros do Tribunal Supremo, é prova disso. Propõe a existência de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* dos julgamentos proferidos neste, ao ponto de, alegadamente, ocasionar uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional não mais asseguraria ao Senado Federal o poder de estender para todos os efeitos do controle concreto, mas simplesmente o de dar publicidade ao julgamento.

O incremento dos instrumentos de controle de constitucionalidade aliada à constitucionalização do Direito faz que as decisões pronunciadas no exercício da jurisdição constitucional repercutam por toda a ordem jurídica. O juiz constitucional, com sua balança de sopesamento de valores éticos e jurídicos, que molda uma peculiar democracia judiciária, é figura da mais alta relevância nos sistemas jurídicos ocidentais, não sendo diferente no Brasil.

Esse crescimento da importância das manifestações jurisdicionais vem a reboque do crescimento da função jurisdicional no Estado do Direito, ou, mais precisamente, no Estado de Direito Constitucional. Os mais diversos países que adotam essa fórmula de Estado verificam, com maior intensidade depois da Segunda Guerra Mundial, a emergência do Judiciário no quadro institucional dos poderes e mesmo para determinação do Direito, sendo comum referência ao surgimento de um “Estado jurisdicional” e do “governo dos juízes”. Como macro-causas desse fenômeno, aponta Pier Paolo Portinaro:

Na base dessa expansão do poder judiciário podem ser identificados fatores de vários tipos: entre os seus pré-requisitos normais são habitualmente arrolados a dinâmica do ordenamento democrático, o fortalecimento da independência da magistratura, a difusão de uma cultura dos direitos, a “revolução das expectativas crescentes”; entre os elementos patológicos, e todavia menos influentes, a corrupção das classes políticas, a ineficiência dos governos, a fragilidade das oposições, que obrigam a magistratura a desempenhar um papel substitutivo. Isso pode explicar porque a intervenção da magistratura tenha acabado por assumir o caráter de uma ação realizada para preencher

um vazio político e tenha sido frequentemente interpretado como um ataque direto ao legislador por parte dos juízes – um ataque não limitado a decisões sobre os casos particulares⁶.

Mais especificamente sobre os motivos da crescente força dos precedentes, e considerando a realidade brasileira, é possível sistematizar três razões gerais.

A primeira é teórica, pois a doutrina constitucionalista que aufere espaço no Brasil aponta o instante da aplicação da norma ao caso concreto como o mais relevante da fenomenologia jurídica. Desde o abandono da crença de que o texto legislativo determina previamente a norma a ser conhecida e aplicada pelo operador jurídico, tornou-se o Direito legislado indeterminado e carente de concretização. Em outras palavras, os enunciados legislativos deixaram de ser os dados suficientes que forneceriam a prescrição jurídica predeterminada pelo legislador e passaram a ser apenas um elemento inicial do processo hermenêutico que ao final determinará a prescrição.

Para se ilustrar esse quadro, basta imaginar que a leitura de qualquer dos incisos do art. 5º da Constituição Federal é insuficiente para se apreender toda a dimensão do direito fundamental nele prescrito.

Naturalmente, a posição institucional ocupada pelo Judiciário é única e estratégica por operar essa a formulação necessária do Direito em um processo dialético com a contribuição argumentativa das partes interessadas em perspectivas fáticas e jurídicas distintas. Ademais, gozam suas decisões de um poder coercitivo inexistente nas lições doutrinárias ou no trabalho realizados por outros intérpretes e aplicadores, tais como grupos organizados da sociedade civil. Assim, é natural que a busca por segurança e previsibilidade tenha migrado do Direito legislado para os pronunciamentos jurisdicionais. É comum mencionar o surgimento de uma nova jurisdição constitucional, a qual, naturalmente, demanda uma nova teoria do precedente de jurisdição constitucional.

Mais do que representar, contudo, um movimento novo, no Brasil, faz-se uma amálgama do realismo ianque dos anos 1920 e 1930 com as pretensões exegéticas francesas do século XIX, e não algo realmente inovador em relação aos precedentes. Portanto, teoricamente se aponta para os pronunciamentos judiciais, mas sem ainda se ter um referencial adequado. Muito do que se vem

6. PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado do Direito: Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org). **Estado de Direito: História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastonli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 476-477.

escrevendo a respeito do Código de Processo Civil de 2015, no ponto que trata sobre os precedentes, padece disso. Essa é uma causa que traz consigo um problema grave a ser cuidado neste livro.

A segunda razão para a emergência da força dos precedentes é político-institucional. A superação do Estado Legislativo (em que o centro de produção jurídica era um parlamento homogêneo e apto a dar conta das restritas demandas de um Estado liberal) pelo Estado Constitucional (voltado a satisfazer os inúmeros valores e demandas de um Estado Social) fez o Judiciário subir o degrau institucional antes ocupado pelo Legislativo, que, por sua vez, entrou em crise de identidade.

No Judiciário, isso causou o inédito alargamento dos poderes dos juízes de primeiro grau. De fato, se o constitucionalismo contemporâneo indica o ponto ideal para concretização e efetivação do Direito aquele próximo à realidade social que se pretende regular, ninguém mais bem situado do que o juiz de primeiro grau. Acrescente-se o fato de que, no Brasil, o juiz singular dispõe de poderes constitucionais, especialmente de controle de constitucionalidade das normas, sem parâmetros na Alemanha, principal fonte de importação doutrinária brasileira. Isso subverteu a ordem da estrutura judiciária piramidal e hierarquizada pátria, porquanto acompanhada de uma estagnação das instâncias superiores que se viram sobrecarregadas pela grande quantidade de recursos após a redemocratização do País, desde quando a população passou a ver as vias judiciais com maior naturalidade.

Para se evitar que o protagonismo judicial reste à base da pirâmide, lança-se mão da ideia de precedentes obrigatórios, sobretudo daqueles exarados pela cúpula. Com isso, se tem instrumento de controle da base pelo ápice, mantendo a ordem hierárquica para exercício do protagonismo judicial. Paralelamente, os tribunais superiores buscam um descolamento da doutrina e do Direito legislado, tomando como principal parâmetro decisório os próprios pronunciamentos. Dessa forma, destaca-se, não só se garante um protagonismo judicial, mas um especificamente realizado com preponderância pelos órgãos de cúpula.

A terceira e última razão é prática. Nunca foi tão fácil se ter acesso às mais diferentes decisões dos mais diversos tribunais do País. Isso é corroborado pela obrigação constitucional, inexistente em outros lugares, de fundamentação e publicação dessas decisões. Até poucos anos, o acesso a essas decisões era dificultoso, pois, a despeito do dever de publicidade, não eram comuns os Diários de Justiça eletrônicos. O acesso se dava por onerosas e volumosas publicações privadas em tomos, uns reconhecidos pelos tribunais como repositório oficial, outros não.

Atualmente, não só mídias físicas, como CDs e publicações especializadas, fazem essa divulgação. A possibilidade de pesquisa por termos nos *sites* de todos os tribunais da Federação popularizou as decisões judiciais. Não há tribunal que deixe de disponibilizar página em que se permita pesquisa terminológica ou por outros parâmetros. O Código de Processo Civil de 2015, de maneira inovadora, determina, no art. 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”. Ademais, os já mencionados informativos dos julgados mais importantes publicados pelos próprios tribunais são deveras populares e necessários para o bom desempenho profissional.

Ao lado dessas três razões que podem ser denominadas de gerais, soma-se uma específica e, de certa forma, consequente dessas três primeiras, consistente na edição do novo Código de Processo Civil, que, de forma inédita e mesmo diferente do que se conhece da tradição inglesa, traz expresso disciplinamento sobre o uso de precedentes.

Desde o respectivo anteprojeto se tem a preocupação de, com o trato legislativo, se buscar pôr fim à chamada *jurisprudência lotérica* mediante um modo especial de vinculação de decisões. Isso causou o definitivo despertar da comunidade jurídica para o tema e seu fortalecimento não só no trato teórico e acadêmico, mas no cotidiano jurídico.

Tem-se, então, material legislativo sem paralelo nas tradições da Europa continental e inglesa, fazendo o Brasil trilhar caminho próprio no assunto, o que, contudo, não significa que os referenciais teóricos das referidas tradições não possam ser utilizados.

Eis um ponto que deve ser atentado a todo o momento: a simples existência de enunciados legislativos sobre o tema, por serem situados no nível superficial do direito positivo, não é suficiente para determinar tomadas de posições nas camadas mais basilares do Direito, compostas da teoria e da ideologia a serem adotadas no nível profundo do conhecimento. Esse direito legislado também tem pouco a dizer sobre a perspectiva filosófica a ser considerada no nível infraestrutural, do conhecimento pré-jurídico.

Em outras palavras, o novo código não traz consigo a teoria, a ideologia ou referencial filosófico adequados para interpretá-lo, cabendo à doutrina tal tarefa. Os novos enunciados legislativos podem ter interpretações as mais diversas, variando segundo os referenciais teórico, ideológico ou filosófico utilizados, sem que se possa afirmar que tenha um único autorizado a partir do próprio texto normativo.

Deve-se buscar, no entanto, o entendimento que, de maneira coerente nesses três níveis (infraestrutural da filosofia, profundo da teoria e da ideologia e superficial do direito positivo) melhor adequue as disposições legislativas à Constituição e ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo, conforme será exposto nesta obra. Para melhor assimilação, é necessário o detalhamento dessas três razões para proeminência atual dos pronunciamentos judiciais, bem como expor as características principais da razão específica, advinda com o novo diploma processual

2.2 RAZÕES TEÓRICAS PARA O FORTALECIMENTO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS: A BUSCA NOS PRECEDENTES DA PRECISÃO, PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA EXEGÉTICAS PERDIDAS

2.2.1 As grandes tradições jurídicas ocidentais

A atividade jurisdicional e a posição ocupada por seus pronunciamentos são intensamente influenciadas pela tradição jurídica em que um ordenamento está inserido. O conceito que se tem de precedentes e jurisprudência, a determinação de sua função ante as disposições constitucionais e legislativas, bem como a hermenêutica considerada para seu conhecimento e aplicação são de incomensurável relevância. Cada tradição tem a maneira própria de lidar com cada um desses aspectos.

Como muito bem ensina Lenio Streck⁷, é possível destacar três tradições jurídicas que se irradiam pelo ocidente: a inglesa, com destaque da figura do juiz, a francesa, com proeminência do legislativo, e a alemã, com prestígio aos doutrinadores. Em cada uma delas, os elementos característicos das demais são conhecidos. Todas lidam como textos legislativos, doutrina e pronunciamentos jurisdicionais como componentes do Direito. O que diverge é a primazia que se lhes atribui, a eficácia que se lhes confere e a maneira de operá-los.

A tradição jurídica inglesa⁸ é historicamente apegada aos costumes e, no seu viés realista, à dimensão fática do Direito. Nele, se destacou inicialmente

7. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição Hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

8. É importante ressaltar que quando se fala, aqui, de tradição inglesa ou mesmo de direito inglês se recorre a uma redução didática para significar a tradição jurídica dos países de cultura anglo-saxã fortemente influenciados pela Inglaterra. Conforme ensina René David, logo no início de sua obra sobre o tema, “o direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e

o papel do juiz em identificar o Direito arraigado pelas práticas sociais da comunidade para, então, utilizá-lo como parâmetro de julgamento. Tomou-se o juiz como um ator do processo natural de seleção de normas geradas espontaneamente pelos costumes.

A produção normativa do parlamento, existente e igualmente relevante, é voltada para o trato das matérias nevrálgicas e que demandam uma regulação ampla. Não se desconhecem leis nos países de cultura anglo-saxã, nem elas existem em menor quantidade do que nos demais países, apenas se lhes atribui função específica no sistema⁹.

O Direito consuetudinário é apontado como o que deve regular os aspectos hodiernos da sociedade. Portanto, o protagonismo judicial nesse modelo, ao menos na fase inicial de cogitações dos séculos XVII e XVIII, não é autocrático nem imposto, mas sim fundado da função de curatela do *common law*¹⁰. Muito bem destaca José Rogério Cruz e Tucci que restou arraigada a “concepção de que a *common law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juízes, ‘*the depositaries of the law, the living oracles of the law*’ em suas respectivas decisões”¹¹.

no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* à vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do Norte e o da ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas ango-normandas”. (DAVID, Renè. **O Direito Inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. VII).

9. Nesse sentido, explica Peter J. Messitte (A Administração da justiça federal nos Estados Unidos da América. **REPRO**: revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 09/2004 A 10/2004. p. 210 a 219.v.29 fas.117): “Comparativamente, aliás, é correto afirmar que grande parte do Direito norte-americano, na verdade a maior parte, é composta de leis ordinárias, ou seja, leis oriundas do Poder Legislativo. Nós temos também muitos códigos tanto no sistema federal quanto nos estaduais. No sistema federal, por exemplo, temos o Código de Direito Tributário e nos estaduais temos os códigos criminais e comerciais, apenas para citar alguns. Além disso, é importante frisar que no sistema norte-americano as leis têm precedência sobre os precedentes jurisprudenciais. À exceção dos casos constitucionais, as leis posteriores sempre têm o condão de alterar os precedentes. Por último, é válido lembrar que o dever precípua dos magistrados americanos é exatamente o mesmo de seus pares brasileiros, qual seja, o de decidir casos concretos”.
10. Concordamos com Patrícia Perrone em usar no masculino a expressão *common law*, pois se refere a um sistema jurídico característico de países da tradição inglesa.
11. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 10-11.

Os conflitos históricos entre o rei e os senhores regionais envolviam a concorrência entre o Direito real e as ordens locais, sendo palco dessa disputa os tribunais, que se posicionaram favoravelmente ao Direito descentralizado. Como na Inglaterra não houve uma ruptura revolucionária nos moldes franceses, esse quadro fez o papel do juiz ser paulatinamente incrementado. O contrário ocorreu na França, onde os juízes se puseram ao lado do rei, e foram, com a vitória da Revolução, amesquinçados no novo regime, sendo prestigiado o parlamento.

É preciso adiantar, porém, aqui, o que será detalhado mais adiante: essa relação inicial entre costume e precedente não persiste como a razão atual – ou mesmo o motivo principal – para a doutrina¹² do *stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos, mesmo porque *common law* não significa, necessariamente, obrigatoriedade de observar precedentes. Certamente, no entanto, esse entrelaçamento inicial é dado histórico relevante que moldou a característica da tradição inglesa.

Por sua vez, a tradição alemã é, conforme destaca Lenio Streck, intensamente influenciada pelo modo de incorporação do Direito Romano, dada a resistência tedesca à importação de conceitos e institutos de outras civilizações em prestígio ao Direito comum encontrado nas comunidades. Toda essa discussão teve campo próprio nas universidades, onde os institutos romanos eram submetidos aos acadêmicos que ficavam responsáveis pelo redimensionamento por teoria própria. Essa característica moldou o imaginário jurídico alemão e fortaleceu o papel dos teóricos no Direito.

Nos séculos XVII e XIX, era comum na Alemanha o juiz, em caso de dúvida, consultar acadêmicos de universidades próximas, cuja resposta era tomada como argumento de autoridade suficiente para fundamentar seu julgamento sem qualquer outro acréscimo.

A terceira tradição de que trata Lenio Streck é a francesa, que, como exposto, dá proeminência ao parlamento na formação do arquétipo do Estado de Direito forjado pelos ideais racionalistas da modernidade e que virou padrão para o ocidente. Esse modelo francês foi tomado como referência que orientou inúmeros sistemas ocidentais, entre eles o brasileiro. As concepções teóricas, suas evoluções, retrocessos e desafios foram bem acompanhados e sentidos pela cultura jurídica nacional.

12. Cfr. SELLERS, Mortimer N.S. The doctrine of precedent in the United States of America. in <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em 06 jun. 2012.

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 passível de uma compreensão racional e neutra. Eis o ponto fulcral para compreensão do Estado de Direito de contorno francês: caracterização inicial como um Estado Legislativo compreendido com arrimo em um positivismo exegético.

As agruras e evoluções experimentadas por esse modelo original refletiram amplamente. É baseado nesse prisma francês, acrescido de contribuições da doutrina alemã, que se desenvolveu a teoria do Direito na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais ao longo dos séculos XIX e XX, ressoando ainda nos dias atuais, em que se tende para incorporação de alguns institutos ingleses. É possível dizer que se tem como padrão originário do Estado de Direito o modelo de Estado Legislativo exegético francês, que passou por crise no início do século XX, sendo redimensionado após as reflexões de um positivismo normativista, desembocando no Estado Constitucional no final do século XX e início do século XXI de intenção pós-positivista.

Essas três tradições, entretanto, são entrelaçadas ao longo da história, variando apenas de intensidade. Quando se faz uma divisão, é apenas didática e teórica, para indicar, como dito, a ênfase e elementos marcantes de cada tradição; não uma exclusividade ou monopólio de institutos.

Ademais, é preciso que se tome em consideração que, quando se refere à tradição, deve-se compreendê-la nos termos de Gadamer e não segundo o Iluminismo, que a contrapunha à razão, por configurar precipitação e sujeição. Gadamer não faz essa oposição, por entender que a tradição modela o raciocínio inexoravelmente. Como ensina, “a tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si”¹³.

Portanto, essas três tradições possuem mecanismos próprios que moldam os institutos jurídicos. Quem não integra uma específica tradição jurídica só pode entender seus institutos mediante uma compreensão geral, mas necessariamente com alguma defasagem, justamente porque influenciado pela sua própria.

13. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p.373.