

OS PRECEDENTES NORMATIVOS VINCULANTES NA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

THE STARE DECISIS IN BRAZILIAN LEGAL TRADITION

FELIPE PRATA PRAVATO RANGEL

Bacharelando em Direito

Faculdade Estácio de Sá de Vitória, Brasil

felipe_pravato@hotmail.com

RESUMO: Trata-se de estudo que visa a demonstrar a compatibilidade do sistema de precedentes normativos vinculantes com a tradição jurídica de *Civil Law*. Com este afã, o trabalho perscruta a forma com que a própria teoria dos precedentes se desenvolveu, originariamente, na tradição jurídica de *Common Law*, para apontar, posteriormente, no sentido da necessidade de se desenvolver na família romano-germânica mecanismo de igual inteligência, e isso com o fito de controlar o arbítrio decisório e de viabilizar um direito seguro, racional e coerente. Ato contínuo, o estudo conceitua o que se entende por precedentes normativos, e tece considerações acerca da relação umbilical entre uma adequada teoria da norma e do ordenamento com a tese dos precedentes normativos vinculantes. Ao final, aponta e conclui pela viabilidade do sistema de precedentes na tradição de *Civil Law*, e, por conseguinte, na tradição jurídica brasileira, sem que com isso se possa cogitar de uma necessária e inexorável aproximação entre as duas famílias do direito ocidental.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes normativos; tradição jurídica; ordenamento jurídico; *Civil Law*.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the compatibility of stare decisis with the legal tradition of civil law. With this desire, the work examines the way that the stare decisis theory itself developed, originally, in the legal tradition of common law, to point, later, in the sense of the need to develop in the Roman-Germanic family mechanism of equal intelligence, and this to give coherence and rationality to the law. Continuous Act, the study conceptualized what is meant by binding precedent, and demonstrates the relationship between the law, the juridical system and binding precedents. In the end, it points and concludes for the viability of the binding precedents system in the tradition of civil law.

KEYWORDS: Binding precedents; juridical tradition; juridical system; civil law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tradição jurídica. 2.1. As grandes tradições jurídicas ocidentais. 2.1.1. A tradição de *Common Law*. 2.1.2. A tradição de *Civil Law*. 3. Ordenamento, jurisdição e precedentes. 3.1. A relação entre ordenamento e jurisdição. 3.2. A legitimidade (constitucional) dos precedentes. 4. A compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law*: uma aproximação entre as tradições? 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Objetiva-se no presente artigo a defesa da compatibilidade do sistema de precedentes normativos formalmente vinculantes com a tradição jurídica brasileira (e com nossa Lei Fundamental).

A adoção da teoria dos precedentes não pretende, como afirmam respeitáveis nomes da doutrina nacional, relegar ao legislador um papel menos importante na criação do direito, ou mesmo limitar a cognição dos casos submetidos ao crivo do Judiciário, mas tem a missão de servir como um instrumento de coerência e racionalidade para o direito.

Com esse afã, o presente estudo traçará a forma de desenvolvimento da teoria do *stare decisis* na *Common Law*, para, posteriormente, apontar em que medida a teoria dos precedentes pode ajustar-se à *Civil Law*.

Noutro ponto, demonstraremos a necessária relação entre as teorias da norma e do ordenamento com a teoria dos precedentes normativos vinculantes, momento em que apontaremos o papel reconstrutivo do direito exercido pelo Poder Judiciário, por meio da atividade jurisdicional.

Ao final, concluiremos pela compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law* e, por conseguinte, com a tradição jurídica brasileira, sem que com isso se queira apontar para uma necessária e inexorável superação das diferenças entre as grandes famílias do direito ocidental.

2. A tradição jurídica

Afortunadamente, o homem é um animal político. A racionalidade e a capacidade de comunicação por meio da fala distinguem o *homo* dos demais seres vivos. Não bastasse isso, é o homem também um ser eminentemente social, que se aprimora pelo convívio em sociedade, do qual resultam as mais diversas relações.

Buscando o desenvolvimento das relações sociais, a pacificação social e o próprio progresso do indivíduo em suas faculdades do corpo e da mente, a sapiência humana entendeu por neces-

sária a regulação das interações dos indivíduos no campo social, daí exsurgindo o direito, que também (num período pouco mais avançado) passa a ser compreendido como um instrumento necessário para o controle do poder.

Vê-se então que o direito é um produto notadamente cultural, que se desenvolve paulatinamente, de acordo com o estado da arte e das necessidades humanas, tendo por base a evolução social (e/ou das relações sociais)¹.

Posto isso, pode-se dizer que o direito é um sistema jurídico artificial², que tem por sustentáculo a cultura e a ideologia. É cultural (em sentido amplo), porque deve observar os costumes dos indivíduos, seus padrões de comportamentos, crenças e conhecimentos, uma vez que, mesmo sendo um produto artificial, paradoxalmente não se desenvolve (ou não poderia desenvolver-se) alheio à realidade social, pois que é justamente o instrumento que visa a regular os fatos. É também notadamente ideológico, visto que se desenvolve à luz de paradigmas filosóficos, políticos e institucionais, que permeiam a seara que ele visa a regular.

Com isso não se quer dizer, no entanto, que o direito não é apto a promover alterações de comportamentos na sociedade (como,

1 Tomando-se em conta o caráter social/cultural do direito, adoto aqui a conceituação (*lato sensu*) de Rosa Nery (apud ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 51-52); são suas palavras: “o direito apresenta sua relação estreita com a existência social do homem e se constitui, historicamente e pela opinião geral, como um conjunto de regras em conformidade às quais os homens ordenam entre si a conduta. Em síntese, o direito seria a invocação de tudo o que é reto, regular, normativo, ou seja, tudo aquilo que atende ao anseio de retidão, de justiça, de comando imperativo para um sentido bom e justo, e, com isso, desafia o conhecimento, despertando o espírito científico que possa realizá-lo”.

2 As ciências humanas, entre as quais está o direito, se desenvolvem e aprimoram na mente dos indivíduos, no campo das ideias, e é por isso que se pode dizer que o direito *cria* formas de regulação que não existem (materialmente) no mundo natural, mas que nele influem (por exemplo: não existe, no mundo dos fatos, um ordenamento jurídico). É a própria artificialidade do direito que permite o seu desenvolvimento, uma vez que, se fosse sempre certo, exato e estático, suas transformações decorreriam da natureza das coisas e não das percepções dos indivíduos sociais. Afirmando o caráter *artificial* do direito, esclarece Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 118) que “o essencial é que o positivismo jurídico permite reconhecer a artificialidade do direito e, portanto, a responsabilidade de todos aqueles que colaboram para a construção desse sistema artificial”.

por exemplo, a proteção e respeito às minorias e seus direitos³), mas apenas que deve ser ele dotado de uma *dupla coerência*: social (a prestigiar a realidade fática) e sistêmica (referente ao aspecto *interno* do ordenamento jurídico).

Acerca desta *dupla coerência*, esclarece a doutrina de Pugliese que:

[...] os ideais de *congruência social* e *consistência sistêmica* formam um modelo de dupla coerência. A expressão “coerência” pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro é o de integração de elementos sociais e culturais baseados em um padrão consistente de valores e na congruência de princípios ideológicos. O segundo é o de uma conexão ou interrelação sistêmica ou metódica quando governada por princípios lógicos. O ideal de dupla coerência leva em consideração esses dois sentidos. (PUGLIESE, 2016, p. 44).

Desse modo, o direito (por meio da legislação ou das decisões judiciais) deve possuir uma racionalidade substancial, no sentido de ser coerente com a cultura e a ideologia do meio social que regula, e uma racionalidade formal, entendida como a necessidade de haver compatibilidade entre as normas positivadas num dado ordenamento jurídico, e isso porque essa ideia garante resolução dos conflitos de acordo com os valores precípuos de uma sociedade (PUGLIESE, 2016, p. 44-45).

Não obstante, deve-se esclarecer que, em que pese não haver dúvidas de que o direito é uma manifestação da cultura e da ideologia, há uma espécie de cultura jurídica (um aspecto estrito da cultura, portanto), que é a tradição jurídica, sendo esta uma expressão de como se manifesta, compreende e desenvolve o direito num dado contexto jurídico-cultural.

3 Um exemplo disso, no direito brasileiro, foi o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do direito de homossexuais contraírem matrimônio à luz do direito civil, agindo assim de forma contramajoritária.

Assim, buscando uma conceituação precisa para o termo *tradição jurídica*, leciona Hermes Zaneti Jr.:

*Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como o da França e o da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), servindo mais para identificar um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito. Dessa forma, o estudo das tradições jurídicas ‘coloca o sistema dentro da perspectiva cultural’. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua *formação cultural*. (ZANETI JR., 2016, p. 31).*

Destarte, se a tradição jurídica representa a matriz cultural do direito de determinado país e sistema jurídico, então é mais que evidente que não se pode pretender obstaculizar o desenvolvimento de uma tradição tão somente em decorrência de suas raízes, ou seja, não se pode negar, *per si*, a possibilidade de recepção cultural (ou intercâmbio cultural) de outros institutos advindos de outras tradições tão somente em razão de uma ficção jurídico-cultural, como se o direito fosse e devesse sempre ser visto de uma forma estanque, e apenas por pertencer uma vez e sempre a uma mesma família (ou tradição) do direito.

Fato é que, no mundo contemporâneo globalizado, há um nítido intercâmbio entre as tradições jurídicas, de modo que cada vez mais institutos de famílias *a priori* distintas, e aparentemente incompatíveis em seus moldes, passam a integrar sistemas jurídicos diversos dos quais se originaram (como o *habeas corpus* dos ingleses; o mandado de injunção português; a ação civil pública estadunidense – *class action*; o controle abstrato de constitucionalidade

austriaco, etc. – todos incorporados em nosso sistema jurídico, sem prejuízo algum de nossa tradição jurídica, ainda que alguns destes instrumentos tenham tido origem na *Common Law*).

Não obstante, é preciso que a incorporação dos elementos oriundos de tradições diversas seja viável, o que se verifica com a possibilidade de seu ajuste perante a *congruência social* e a *consistência sistêmica*, ou seja, deve ser compatível com os interesses sociais vigentes e com a lei fundamental (pedra angular da ordem jurídica), sem com isso desvirtuar, profundamente, o que se entende por direito (sua natureza, seu papel político e social) em seu contexto sócio-ideológico.

Consigne-se que essas considerações, acerca da recepção cultural de figuras pertencentes a outras tradições jurídicas, têm sua razão de ser, uma vez que o presente estudo visa, justamente, a defender a compatibilidade da teoria dos precedentes (originária da *Common Law*) com o sistema jurídico brasileiro (tradicionalmente pertencente à família de *Civil Law*).

Aliás, segundo bem pontua Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 36-37), “toda recepção é parte de um processo cultural geral”, e “toda recepção é uma reprodução criativa⁴”, isso significa que se recebem determinados institutos, figuras e instrumentos de acordo com as necessidades e demandas de uma dada sociedade, aplicando-se ao objeto da recepção os traços jurídico-culturais peculiares do sistema receptor (desde que decerto haja compatibilidade para assim proceder).

4 Conforme Peter Häberle (apud ZANETI JR., 2016. p. 37, nota de rodapé n. 42) “a recepção se dá como uma reprodução criativa, para além do processo ativo e criador de fora (direito externo). Segue-se um processo recriador e não meramente passivo nos ordenamentos internos. *Prima facie*, poderíamos dizer que *recepção*, desde uma perspectiva puramente linguística, significa que um primeiro processo produtivo ativo e criador que surge no âmbito externo, segue outro processo passivo [interno] que é sempre recriador, sendo que às vezes uma mera recepção passiva se converte, após o decurso do tempo, em um fenômeno eminentemente criativo [original, portanto]”.

Feitas essas considerações iniciais acerca da natureza cultural e ideológica do direito, que decorrem da natureza humana (o que faz todo o sentido, pois que o direito regula as condutas sociais humanas), bem como lançados os apontamentos acerca do que se entende por tradição jurídica (vista como uma matriz cultural do direito), devemos prosseguir para a análise e caracterização das principais tradições jurídicas ocidentais (as famílias de *Civil Law* e *Common Law*), a fim de identificar seus pontos de convergências e dissonâncias.

2.1. As grandes tradições jurídicas ocidentais

A *tradição jurídica* representa o modo de cognição, formação, transmissão, ensinamento e compreensão do direito, ou seja, condiciona o que o direito efetivamente *é* e aquilo que também *deve ser* para determinada sociedade. Desse modo, indubitavelmente, a tradição jurídica também está relacionada à forma com que o direito se manifesta e surge, ou seja, também está ligada à teoria das fontes do direito.

Segundo Miguel Reale (2015, p. 140), podemos entender como *fontes do direito* “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”, que se desenvolve de acordo com uma estrutura de poder (REALE, 2015, p. 176).

Portanto, em que pese o direito ter como base a cultura e a ideologia, é necessário que um órgão legitimado pela *estrutura de poder* do Estado transforme o produto cultural (ou costumeiro) em direito, porque toda fonte de direito:

implica uma *estrutura normativa de poder*, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) só ocorre em

virtude da interferência de um *centro de poder*, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade” (REALE, 2015, p. 141).

Assim, a fim de explicar como o direito se forma (e como identificá-lo), surgiram duas grandes famílias do direito: a de *Civil Law* e a de *Common Law*. A distinção entre essas duas tradições consiste basicamente no fato de que, para a primeira, o direito posto é o direito positivado pelo legislador, ou seja, o legislador escolhe do mundo cultural, costumeiro, ideológico e/ou moral aquelas regras elementares que devem ingressar no ordenamento jurídico e compor a estrutura jurídica; na tradição de *Common Law*, todavia, o direito se formou a partir dos casos e de sua interpretação pelos juízes e tribunais (com base nos costumes do *homem inglês*)⁵.

No entanto, conforme bem pontua Luiz Guilherme Marinoni:

[...] a codificação não pode explicar, por si só, a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. *O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los*. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. *De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre civil law e com-*

5 Em sentido convergente, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 121) que se usa a expressão *common law* para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. Este contraste significa que nos sistemas de *common law* o direito é feito pelo juiz (*judge-made law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo.

mon law, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código (MARINONI, 2009, p. 30, grifo nosso).

A percepção sobre quais sejam os poderes interpretativos do juiz não é ponto meramente teórico, uma vez que, ao se reconhecer a capacidade de o Judiciário interpretar a lei e *reconstruir* o seu significado, abre-se caminho para o reconhecimento dos precedentes (ou da *jurisprudência*) como fonte do direito, o que confere maior margem de decidibilidade ao Poder Judiciário (para a tutela dos direitos). Dito isso, veremos qual a base teórica e ideológica que norteou (originariamente) as grandes tradições ocidentais do direito para uma maior ou menor confiabilidade no Poder Judiciário, e no que isso importa perante a ordem jurídica e, de igual modo, para a decidibilidade dos conflitos jurídicos.

2.1.1. A tradição de *Common Law*⁶

Como dito anteriormente, três são as principais distinções (originárias) entre as principais famílias (ou tradições) do direito ocidental: a) uma correspondente à fonte imediata de legitimidade do direito; b) outra pertinente ao modo de desenvolvimento do direito; c) e, por fim, outra atinente ao papel exercido pelo Poder Judiciário na ordem jurídica.

Na *Common Law*, sempre se reconheceu nos *costumes* uma fonte dotada de juridicidade imediata, daí que nesta tradição os costumes sempre têm valor jurídico perante a legislação e a interpretação do que o direito *é* ou *deve ser*. Tal percepção, do ponto de vista pragmático, parece ser a mais condizente com a natureza do direito, se vista e concebida como um produto *social e ideológico*, que deve ser dotado de *congruência social*. Mas não é tão simples.

6 Quando se diz “o” *Common Law*, faz-se referência aos costumes do *Englishman*, e quando se diz “a” *Common Law*, a menção é à família (ou tradição).

Dizer que o direito se confunde com os costumes seria o mesmo que dizer que o direito pode desenvolver-se fora de uma estrutura de poder, o que redundaria, num dado momento, na ocorrência de arbitrariedades e leviandades, além de se perder toda a potencialidade *deontológica* do direito – de influir na sociedade de forma positiva com o escopo de estabelecer um *dever ser*.

Por esta razão, na tradição de *Common Law* o direito costumeiro só passa a ser visto como dotado de juridicidade a partir do momento em que for *positivado* (pelo legislador) ou reconhecido pelos juízes e tribunais. Quer dizer, exige-se que um determinado comportamento costumeiro seja reconhecido pela estrutura de poder (Poderes do Estado) para que se lhe atribua a juridicidade, por meio do ingresso na ordem jurídica (na estrutura normativa).

Nesta vereda, afirmou-se que a tradição de *Common Law* tem por base os costumes em razão do fato de ser este direito não escrito a fonte imediata de legitimidade da criação das normas jurídicas (ao contrário da tradição de *Civil Law*, em que o direito é sempre escrito e a fonte de legitimidade inicial é sempre a constituição). Desse modo, é possível dizer que o *Common Law* é visto como a fonte de toda a autoridade governamental, tanto do Parlamento, quanto dos juízes em si, razão pela qual a lição de Estefânia Maria de Queiroz Barboza é no sentido de que:

[...] o *common law* seria, nessa dimensão, anterior à supremacia legislativa, que é por ele definida e regulamentada. É comum que esta afirmação se estenda às constituições ou documentos constitucionais escritos, no sentido de que estes também derivam do *common law*. Por exemplo, argumenta-se que se o Parlamento britânico vier a promulgar uma Constituição escrita, sua autoridade depende do Parlamento e, por conseguinte, deriva indiretamente da mesma Constituição não escrita do *common law*. (BARBOZA, 2014, p. 628).

Diante disso, fica evidenciado que na *Common Law* a potencialidade dos costumes como *fonte imediata* do direito se refere

ao fato de que são estes costumes arraigados na cultura social (e em sua percepção do que é o justo) que servem de *legitimação* para o direito, ou seja, servem como um limite ao poder do legislador e do próprio juiz, que não podem destoar do *Common Law* quando exercerem função criativa do direito, e isso porque o direito deriva dos costumes⁷.

Por essa razão, ainda nas origens da *Common Law*, já se reconhecia o poder do juiz de controlar a legitimidade dos atos estatais tomando como base, justamente, o direito costumeiro preexistente, e foi com supedâneo nessa visão que Coke (apud Marinoni) afirmou que:

[...] as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, são elas nulas e destituídas de eficácia. Foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade⁸. (MARINONI, 2009).

Ocorre que, se a fonte constitutiva do que é direito deriva dos costumes (do *Englishman*), então é preciso esclarecer que na

7 Tomando como parâmetro este quadro é que Marinoni (2009, p. 19) esclarece que “o magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, a qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. (...). Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, *direito preexistente com força normativa*, de modo que seria absurdo dizer que o juiz, nesse caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia um *direito preexistente*, o direito costumeiro. [...]”. – Tal transcrição evidencia que na *Common Law* os costumes são vistos como fontes de legitimação (dotadas de força normativa) da criação do direito e do exercício do poder.

8 E complementa Marinoni (2009, p. 20) (com base na fala de Coke): “Vê-se, na referida decisão de Coke, o primeiro germe do controle de constitucionalidade das leis; e, assim, é possível daí também extrair a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante a que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.”

tradição de *Common Law* a ordem jurídica se desenvolve de forma paulatina, ou seja, a percepção do que é o direito (do lícito, do ilícito, do justo e do injusto) vai-se desenvolvendo de acordo com a interpretação dos costumes pelos juízes e tribunais, que assim têm a oportunidade de proceder por meio do *cases law* – sem embargo das criações legislativas, que, como dito, devem guardar similitude com o *Common Law*.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Daniel Mitidiero:

[...] o direito inglês forma-se a partir do caso e os precedentes o ilustram, servindo para explicar o Direito nas decisões judiciais, assumindo logo em seguida o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico. Essa prioridade do caso na formação do Direito – e, pois, do *método indutivo* de sua formação e de seu desenvolvimento – séculos mais tarde foi inclusive apontada como o grande ‘mérito’ do *Common Law*. (MITIDIERO, 2017, p. 29-30).

Assim, a *Common Law* desenvolveu uma adequada teoria dos precedentes, visando não apenas à construção do direito, mas também à existência de uma ordem jurídica segura, racional e coerente – e com isso se quer dizer que, por óbvio, a ideia de precedentes vinculantes (*stare decisis*) não surgiu juntamente com a tradição de *Common Law*, mas foi fruto de seu aperfeiçoamento⁹.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero fala em três fases de aprimoramento da teoria dos precedentes na tradição de *Common Law*. São elas: *ilustrativa, persuasiva e vinculante*.

Num primeiro momento, via-se o direito consuetudinário como um direito já formado, e que, portanto, era apenas *declarado*

9 De acordo com Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 30-31), “o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishman*. É imprescindível ter-se em mente que, muito embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla daquele da antiguidade e que o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*”.

pelos juízes e tribunais. Desse modo, os precedentes apenas *ilustravam* o que, no mundo dos costumes do *Englishman*, possuía conteúdo dotado de juridicidade, ou seja, confundiam-se as *decisões* com *precedentes*.

Seja como for, “o *precedente ilustrativo* servia como um recurso demonstrativo do Direito que os juízes citavam em suas decisões – portanto, não funcionavam como *critérios* decisórios, como normas, mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*” (MITIDIERO, 2017, p. 30).

E diz mais Daniel Mitidiero:

É claro que subjacente a esse uso e registro do precedente encontra-se não só o *Case Law*, mas também a suposição de que o *Common Law* deve ser descoberto e *declarado* pelos juízes caso a caso a partir dos *costumes imemoriais* do homem inglês. Daí a razão pela qual desde as suas origens existe uma interconexão entre o *Case Law*, os precedentes e a teoria declaratória da jurisdição: supõe-se que o direito inglês é formado por costumes imemoriais e é evidenciado a partir do caso, cujo resultado é um precedente que apenas declara o *Common Law* preexistente [falava-se aqui em juízes *oracles of the Law*]. (MITIDIERO, 2017, p. 30-31).

Mais adiante, entre os séculos XVI e XVII, com o escopo de combater o absolutismo e o arbítrio decisório¹⁰, começou-se a reconhecer nos precedentes uma função persuasiva, no sentido de que as decisões judiciais anteriores deveriam servir como critério decisório dos casos futuros, desde que conformes ao *Common Law* (mantém-se, então, a noção de que o juiz exerce uma função declaratória do direito). Aqui há uma nítida evolução, visto que os precedentes não mais apenas ilustram o que é o direito consuetudinário, mas também servem como *elementos* que podem ser observados na solução jurídica dos casos posteriores.

10 Nesse sentido, afirma Duxbury (apud MITIDIERO, 2017, p. 31, nota de rodapé n. 40) que a justificação para “a passagem do precedente ilustrativo para o precedente persuasivo é política: constitui um modo de afirmação do Direito diante da pretensão absolutista do poder real”.

No entanto, foi dito que os precedentes, nesse quadro, possuem função meramente *persuasiva* pelo fato da ausência de vinculatividade da decisão (*rectius: ratio decidendi*) proferida no *caso* anterior em relação ao caso futuro (veja-se que, com isso, haverá uma nítida confusão entre exemplo e precedente), isso porque, na verdade:

[...] o *precedente persuasivo* não chegava a se constituir efetivamente uma *norma* propriamente dita, na medida em que estava nas mãos dos juízes posteriores, mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso, negar a sua aplicação para a solução do caso. (MITIDIERO, 2017, p. 35).

Ou seja, exigia-se que o precedente persuadisse seu destinatário (ou melhor: o destinatário de sua aplicação), o que permitia ao juiz um amplo juízo de conveniência¹¹.

Tomando como base esse quadro de incerteza do real significado e conteúdo do direito, Jeremy Bentham, na defesa da implantação do *regime dos códigos* na Inglaterra, tece severa crítica à teoria declaratória do direito consuetudinário preexistente, afirmando o seguinte:

O distinto grau de segurança do direito legislativo e do direito judiciário depende do fato de que enquanto é claramente estabelecida a fonte, e, portanto, o autor do primeiro, não é absolutamente possível individualizar a fonte e, portanto, o autor do segundo: pode-se, de fato, considerar o juiz como o autor da *common law*? Segundo Blackstone, o juiz está vinculado ao precedente, por ser este *rationabilis*. Mas, o que é essa racionalidade com base na qual o juiz decide se adota ou rejeita um

11 Segundo escólio de Hermes Zaneti Jr. e Alfredo Copetti Neto (2016), “*jurisprudência persuasiva* é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa vinculante, orientam o julgador subseqüente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo a respeito das razões adotadas. A doutrina chama estas decisões exemplificativas de precedentes persuasivos”. Os autores também ressaltam que essa visão meramente persuasiva dos precedentes corresponde ao paradigma *paleojusnaturalista*, marcada pelo personalismo e pela predominância do senso de justiça individual, o que culmina num modelo de justiça casuística.”

precedente? *Não se trata de um critério objetivo, mas de uma avaliação pessoal do juiz, a qual permite qualquer arbítrio.* Pretendem, assim, se limitar a descobrir o ‘verdadeiro direito’ que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes. Trata-se uma ficção intolerável. (BENTHAM, apud BOBBIO, 2006, p. 97, grifos nossos)

Portanto, a crítica de Bentham desconstruiu a noção de que os juízes exerciam função meramente *declaratória* do direito pre-existente, e isso por duas razões: a) não havia critérios objetivos para precisar o que era o direito vigente no âmbito costumeiro; b) não seria possível, então, a alteração dos precedentes quando houvesse equívoco judicial, visto que isso implicaria na noção de que o direito costumeiro não é de todo evidente, a ponto de lhe resultar apenas uma única interpretação possível (que deveria ter sido a declarada no caso anterior).

Passando-se, então, à noção de que os juízes e tribunais efetivamente *criam* o direito (ou ao menos reconstroem significados), foi necessária a reformulação da teoria dos precedentes, momento em que estes passaram a ser vistos como vinculantes, ou seja, como normas jurídicas – sobre a teoria dos precedentes normativos vinculantes falaremos adiante com mais vagar.

Lançados esses apontamentos, é possível concluir (parcialmente) no sentido de que a *Common Law* é a tradição jurídica que tem por base o direito consuetudinário (os costumes não escritos do homem inglês, no caso da Inglaterra), que se desenvolveu de acordo com os *cases*, que viabilizavam a devida interpretação e significação do direito pelos juízes e tribunais. Sendo assim, no afã de se evitar o arbítrio, sem com isso tolher o poder interpretativo ínsito à atividade jurisdicional, viu-se a necessidade do desenvolvimento de uma adequada teoria dos precedentes (que culminou no *stare decisis*), que, como visto, não se confunde com a *Common Law*.

2.1.2. A tradição de *Civil Law*

O direito é um produto notadamente ideológico e cultural, e é errôneo supor que no direito legislado os costumes (ou a cultura) são irrelevantes para a formação das leis que compõem o ordenamento jurídico.

A grande questão da distinção entre as tradições é que na *Common Law* (em suas origens, sobretudo) os costumes constituíam fonte imediata do direito, ou seja, os costumes significavam um direito preexistente que ingressava na estrutura jurídica a partir do legislador ou dos juízes (que são integrantes do centro de poder do Estado). No entanto, além disso, havia o entendimento de que os costumes (que é direito não escrito) serviam para controlar os atos do legislador – uma vez que nem mesmos os juízes poderiam decidir de forma contrária à *Common Law*.

Em *Civil Law* os costumes não têm um papel de controle dos atos de poder ou mesmo uma pretensão corretiva do direito posto pelo Estado (seja por meio do juiz ou do legislador), servindo apenas para apontar uma base material para a constituição do direito pelo Poder Legislativo. Aqui não impera o poder criativo do direito (para além da legislação) pelos juízes, assim como não têm os tribunais o poder de apontar o que o direito *é* ou *deveria ser* por conta do direito costumeiro preexistente¹².

Na tradição romano-germânica, o direito não se desenvolve de acordo os *cases law*, mas principalmente por meio da legislação. Há uma aplicação um tanto que dedutiva/subsuntiva do direito. O direito positivo é criado por meio de *leis* postas pelo legis-

12 Em sentido contrário, e afirmando uma *aproximação entre Common Law e Civil Law* que perpassam a noção do direito escrito, assim leciona Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 630) (falando sobre os EUA e Canadá): “Deve-se ressaltar, deste modo, que o *poder constituinte originário* do povo não é ilimitado, eis que ele deve partir de uma Constituição não escrita de *common law*, ou seja, as constituições não escritas devem ser compreendidas a partir da perspectiva de uma teoria de um constitucionalismo não escrito. Esta ideia também está presente nos países com tradição no *civil law* que adotaram o constitucionalismo, na medida em que o poder constituinte não surge num vácuo histórico-cultural e também encontra limites.”

lador, de modo que todas essas leis estão contidas num ordenamento jurídico formalmente hierarquizado, sendo sua fonte primária constitutiva e legitimadora a Lei Fundamental (a Constituição), e não os costumes.

A Constituição escrita, promulgada de forma legítima no Estado de Direito, colhe dos costumes, da moral e da ideologia o material constitutivo elementar do conteúdo de seus textos normativos. Mas, note-se, não há uma subordinação da Constituição aos costumes preexistentes. A Constituição escrita não colhe seu pressuposto de validade de nenhuma norma outra, sendo ela mesma o fator fundamente de sua ordem jurídica.

A ideia da necessidade de positivação do direito em leis escritas deriva da vontade de potencial cognição do direito pelo povo, ou seja, da vontade de se *saber o que é e como identificar* o direito. A ideia do direito escrito surgiu em Roma com a edição da Lei das XII Tábuas¹³ e, posteriormente (numa fase mais adiantada), continuou com o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, que objetivou ajuntar num corpo de leis (ou melhor, num código) o direito romano costumeiro.

Com a desintegração do Império Romano, coube à *Escola dos Glosadores* dar continuidade ao direito romano, ajustando-o às necessidades do medievo. Via-se no direito romano um importante instrumento político e econômico de regulação das relações jurídicas, sendo estas as principais razões que viabilizaram sua manutenção e desenvolvimento pelos glosadores.

Por muito tempo, após a queda de Roma, “o direito romano aplicado à prática vigorou como *direito comum* até a codificação, em cada um dos países que o adotaram, o que ocorreu, princi-

13 Ensina José Carlos Moreira Alves (2014, p. 25-26) que “a Lei das XII Tábuas, segundo a tradição, resultou da luta entre a plebe e o patriarcado. Um dos objetivos dos plebeus era o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código, o que viria refrear o arbítrio dos magistrados patrícios contra a plebe”.

palmente, no século XIX” (ALVES, 2014, p. 62). Assim, acerca do início e importância da Era dos Códigos, atesta Norberto Bobbio o seguinte:

São duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. Na obra de Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e Moderna; o Código de Napoleão teve uma influência fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, porque os códigos de muitos países foram modelados com base nele. (BOBBIO, 2006, p. 63).

A ideia de um direito escrito e codificado tem como pano de fundo a necessidade de constituição de um direito seguro, igualitário e preciso. Com base nessas finalidades, a doutrina francesa, sustentada pela filosofia iluminista, começa a pregar o *positivismo legalista*, atestando que o direito se confunde com a lei, e que a lei é o direito posto pelo Estado-Legislador. Via-se no juiz uma figura tendenciosa e duvidosa, razão pela qual se sustentou a ideia de que a lei era clara, e sendo clara não necessitava ser interpretada, pois isto conduziria, inexoravelmente, ao arbítrio judicial/judiciário¹⁴.

Com base nesse quadro de coisas, Marinoni pontua que, na concepção legalista:

[...] a certeza do direito estaria na aplicação estrita da lei ou, bem vistas as coisas, na própria lei. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mas, imaginou que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. (MARINONI, 2015, p. 51).

14 Georges Abboud (2015, p. 253-253) bem caracteriza o *positivismo legalista*, afirmando que “a principal característica do *positivismo legalista* é a equiparação do direito à lei. Esta equiparação pode ser pensada a partir do direito produzido por um corpo legislativo soberano (no caso francês) ou na perspectiva da lei formada segundo os padrões ditados pelos eruditos, professores de direito (caso alemão).

Portanto, o Código, inicialmente (nos idos da Revolução Francesa e com base na doutrina da Escola da Exegese), era um instrumento de fechamento do raciocínio judicial, o que redundou na perda ou mitigação da análise problemática dos casos, uma vez que o direito passou a se confundir com a lei e, portanto, a ser aplicado de forma mecanicista (obviamente, nem sequer se cogitava do poder do juiz de controlar a constitucionalidade das leis)¹⁵.

No entanto, como bem esclarece a abalizada doutrina de Henrique Garbellini Carnio:

A partir da *reviravolta linguística*, de alguma forma, toda a teoria do direito produzida no século XX parte do pressuposto inexorável de que a análise da linguagem – entendida como instância na qual se produzem significados e o sentido – é o ponto decisivo para a compreensão do fenômeno jurídico. Nessa medida, conforme Castanheira Neves, o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 215).

Desta feita, tomando-se o direito como linguagem, passa-se a reconhecer que os textos normativos contidos na lei não podem ser confundidos com a *norma*, e isso porque os *textos normativos* podem comportar múltiplas significações, principalmente quando na legislação são adotadas técnicas legislativas de signifi-

15 Acerca do *legalismo* (francês), assim se pronuncia Daniel Mitidiero (2017, p. 42): “A afirmação da supremacia da lei e do papel secundário assumido pela jurisprudência no direito francês – a ponto de ser em um dado momento expressamente vedada a possibilidade de os juízes interpretarem a lei – constituem frutos de um *projeto cultural* de superação do particularismo jurídico, da eliminação da *interpretatio* como atividade inerente ao poder do juiz e da promoção da segurança jurídica tão somente pelo legislador. Trata-se de pretensão cujo pressuposto teórico se encontra na afirmação do caráter meramente *técnico-cognitivista* da atividade dos juristas. *A história da supremacia da lei, portanto, é sobretudo a história do encobrimento ideológico prático-valorativo da sua interpretação engendrado – por diferentes motivos – pela cultura jurídica francesa dos Seiscentos e Setecentos e lentamente desvelado pela cultura jurídica francesa dos Oitocentos.*” (grifos nossos)

cação semanticamente mais aberta, como os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais¹⁶.

Destarte, o reconhecimento da *indeterminação*¹⁷ do significado das normas desemboca no reconhecimento de que, por meio da atividade jurisdicional, o direito necessita ser *reconstruído*, o que, evidentemente, culmina no evidente compartilhamento de tarefas entre o legislador e o judiciário.

Nesta vereda, fica superada na tradição de *Civil Law* a ideia de que juízes não podem interpretar as leis, uma vez que o texto das leis é equívoco e não proporciona, *por si só*, o necessário entendimento do direito, ou do sentido do direito, daí a razão de tantos pronunciamentos jurisdicionais diversos acerca de um mesmo texto da lei, diante de uma hipótese fática semelhante.

Dito isso, veremos no próximo capítulo que o chamado *giro linguístico*, a partir do qual se reconheceu a *indeterminação* do direito, proporcionou (mesmo na *Civil Law*) uma necessária aproximação entre o legislador e o judiciário, de modo que a atividade jurisdicional passa a ser vista como *reconstrutiva* do significado das normas do ordenamento, sendo os precedentes, como se verá, meios para conferir coerência e racionalidade ao significado do direito.

16 Nesse sentido, ensina Humberto Ávila (2015, p. 50): “[...] *normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”

17 Daniel Mitidiero (2017, p. 59) fala em *dúplice indeterminação do direito*. São suas palavras: “O direito é indeterminado, basicamente, por duas razões. Os *textos* em que vazado são equívocos e as *normas* são vagas. Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos e, por vezes, se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos.”

3. Ordenamento, jurisdição e precedentes

Há uma necessária relação entre o ordenamento jurídico, os precedentes judiciais e a atividade jurisdicional, e isso porque o ordenamento consiste em um conjunto de enunciados normativos que só faz sentido (dentro duma racionalidade jurídica) quando animado por meio da atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário. De igual modo, os precedentes vinculantes constituem o *modus* com que o ordenamento se mantém, em sua interpretação reconstrutiva, racional, seguro e coerente.

3.1. A relação entre ordenamento e jurisdição

A construção de uma teoria, metodologicamente estruturada, acerca do ordenamento jurídico é obra de Norberto Bobbio, que o conceitua como um conjunto de normas, que se ordena estrutural e substancialmente de acordo com a *norma fundamental*¹⁸.

Segundo a teoria do Mestre de Turim, o ordenamento jurídico é dotado de algumas características distintivas, que viabilizam sua operacionalidade, como a *unidade*, a *coerência* e a (pretensão de) *completitude*.

A ideia de *unidade* do ordenamento toma em conta que a pluralidade de normas jurídicas, não se situando sempre no mesmo plano hierárquico, deve ser vista e analisada na conjuntura

18 Diz o Mestre que “uma coerente teoria do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis” (BOBBIO, 2014, p. 45). E continua: “então, diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma ao ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. Não somente, portanto, a exigência da *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induz a postular a norma fundamental, a qual é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento [...]. No que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se isso é um problema, não é mais um problema jurídico, isto é, trata-se de um problema cuja solução deva ser buscada fora do sistema jurídico, quer dizer, fora daquele sistema que, para ser fundado, requer seja postulada a norma fundamental.” (BOBBIO, 2014, p. 68-69).

do todo, de forma sistemática, devendo existir uma interligação, ainda que indireta, entre os diversos enunciados positivados.

Em se tratando de uma unidade jurídico-sistêmica, o ordenamento deve ser *coerente*, ou seja, deve haver compatibilidade entre suas normas, de modo que não haja contrariedade/contraditoriedade entre as disposições normativas nele contidas¹⁹.

Além disso, há no ordenamento a pretensão de completitude, que nada mais é que a propriedade em razão da qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso:

[...] um ordenamento é completo quando um juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída *do sistema*, o que numa definição mais técnica significa dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* de sua norma contraditória. Se quisermos especificar, a *incompletude* consiste no fato de que *o sistema* não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite. (BOBBIO, 2014, p. 113).

19 Acerca do *postulado de coerência* (visto como uma *metanorma*, que condiciona a aplicação de outras normas – o que é um posicionamento que, a meu sentir, complementa a tese de Norberto Bobbio, uma vez que demonstra que a coerência não é vista como uma característica que deve ser observada pelo legislador apenas, mas que deve ser perseguida pelo intérprete/aplicador do direito), Humberto Ávila (2015, p. 169-170) traça indelévels precisões: “a conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação de textos normativos. A coerência é tanto um critério de relação entre dois elementos como uma propriedade resultante dessa mesma relação. Qualifica-se como coerente a relação que preenche requisitos formais e substanciais. Daí falar-se em coerência formal e coerência material. Coerência formal está ligada à noção de consistência e completude. Coerência substancial está relacionada à conexão positiva de sentido. [...] Consistência significa ausência de contradição: um conjunto de proposições é consistente se não contém, ao mesmo tempo, uma proposição e sua negação. Completude significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias consequências lógicas)”.

Tais características elementares do ordenamento jurídico – que não precisam estar positivadas em lugar algum, uma vez que decorrem da própria noção estrutural do ordenamento – servem de indicativo ao legislador, e de dever (de concretização) ao Judiciário, e isso porque ao legislador cabe promulgar textos normativos que não contrariem (em todos os seus sentidos semânticos) as disposições constitucionais, ao passo que ao Judiciário cabe, no exercício da atividade jurisdicional, a *concretização* das características elementares (unidade, coerência, completitude) do ordenamento, por meio da *reconstrução* do significado dos textos normativos.

Nesta vereda, leciona Daniel Mitidiero:

Se o direito é duplamente indeterminado e a sua densificação depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição. Daí que a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição. (MITIDIERO, 2017, p. 74).

De igual modo, não é outro o entendimento esposado por Marinoni:

O fato de o Poder Legislativo ofertar apenas documentos normativos, em que se encontram os dispositivos, os textos dotados de autoridade, mas não ainda as *normas*, evidencia o fato de a *norma jurídica* não constituir mais o *objeto*, consubstanciando-se antes no resultado da interpretação. Dito de outro modo, o discurso do legislativo depende necessariamente do discurso judicial para promoção do império do direito. A relação existente entre esses poderes é de *colaboração*. [...]. A jurisdição diferencia-se da legislação não mais por ter que aplicar a norma por essa criada, mas por colaborar com a *realização do direito*

mediante a justificação de suas *decisões interpretativas* diante de um determinado caso concreto. E essa fundamentação tem de apresentar determinadas características para ser considerada adequada no Estado Constitucional. Essa tem de ser racional, sob pena de não ser intersubjetivamente controlável, e tem de ser fruto do contraditório, sob pena de não ser democraticamente aceitável. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p. 116).

Daí se pode inferir, acertadamente, que o processo de interpretação/aplicação do direito passa por, ao menos, dois estágios muito bem identificados. Num primeiro momento, o legislador estabelece textos normativos, que são um ponto de partida para o intérprete; e, num segundo momento, a atividade jurisdicional reconstrói o significado dos enunciados postos pelo legislador, interpretando e aplicando o direito.

É possível afirmar que a atividade jurisdicional não apenas desempenha a tutela (subjéctiva) dos direitos controvertidos em juízo, mas também viabiliza, concretamente, a atuação dos elementos caracterizadores do ordenamento jurídico. Assim, não é o ordenamento jurídico que, por si só, é uno e coerente, tendo-se em conta a dúplice indeterminação do direito – que permite a existência de *sentidos normativos* opostos em um mesmo texto normativo antes de ser reconstruído interpretativamente de modo devido –, mas é a atividade jurisdicional, por meio da interpretação judicial do direito, que faz com que esse conjunto de normas possa ser visto e entendido de forma unitária/integral e coerente.

Assim, há de se concordar com Daniel Mitidiero quando atesta que, por meio da atividade jurisdicional (sobretudo a dos Tribunais Superiores), presta-se uma *dúpla dimensão de tutela*, no sentido de que:

[...] a tutela que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas razões

elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes, mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (*dimensão geral da tutela dos direitos*). Tratar os casos com justiça e servir à unidade do direito *são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional*. (MITIDIERO, 2014, p. 27-28, grifos do autor)²⁰.

Evidentemente, não é possível cogitar que o Judiciário possa concretizar/reconstruir adequadamente o direito posto (concretizar adequadamente quer dizer de modo sistêmico, coerente e efetivo) quando, em sua própria estrutura, se permite que interpretações diametralmente opostas deem significações (diversas) aos enunciados normativos, diante de um contexto fático semelhante – o que me parece, com clareza meridional, ferir de morte a ideia de que o direito é racional e coerente.

Deixa-se claro que, como bem diz Marinoni:

[...] por direito coerente, entende-se principalmente direito judicial coerente. É absurdo desejar legislação clara e coerente e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante. O direito produzido pelos juízes, quando fragmentado, constitui sinal aberto à insegurança jurídica e obstáculo ao desenvolvimento da sociedade. Coerência do direito e segurança jurídica, assim, são aspectos que se completam. Porém, a coerência do direito e a segurança jurídica não convivem num sistema em que o

20 Ainda com Mitidiero (2017, p. 75), em complemento, afirma-se o seguinte: “Uma das disposições centrais do Novo Código de Processo Civil é sem dúvida alguma o artigo 926. Ao lado do artigo 6º, esse dispositivo encarna as *duas dimensões da tutela dos direitos*: viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva (dimensão particular da tutela dos direitos) e promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária (dimensão geral da tutela dos direitos). Se adequadamente lidos, ambos os dispositivos fornecem uma precisa chave de leitura para o novo processo civil brasileiro.”

Estado pode produzir normas jurídicas desiguais para situações iguais. (MARINONI, 2016, p. 314).

E é nesse ponto que se revela interessante e necessária a implementação da teoria dos precedentes normativos vinculantes. Se a unidade e a coerência do direito dependem de uma interpretação judicial una e coerente com a sistemática jurídica em voga, então é claro que esta interpretação judicial não pode variar imotivadamente, dando significações diversas ao mesmo dispositivo legal diante de uma semelhante situação fática.

Se, por um lado, reconhecer que os textos normativos possuem múltiplos sentidos normativos, dentro do contexto sistemático do ordenamento e do quadro social por ele regulado, implica assentir que cabe ao Judiciário, por meio da atividade interpretativa, reconstruir os sentidos dos textos, não apenas a fim de ajustá-los à sociedade, mas também de conceder coerência, previsibilidade e racionalidade ao direito, por outro lado é necessário reconhecer que a interpretação de tais sentidos normativos, a partir da interpretação dos enunciados diante de uma situação de fato, operada (sobretudo) pelas Cortes Supremas, deve ser considerada como vinculante, sob pena de a interpretação do direito, e por conseguinte a sua própria significação, variar imoderadamente em razão do subjetivismo judicial.

Posto isso, o sistema de precedentes, em nossa tradição ao menos, não é visto como uma forma de criação irrestrita do direito, mas de *densificar sentidos normativos* de textos dotados de plurivocidade semântica. Os precedentes servem, aqui, para conferir racionalidade à interpretação do direito, consistindo, então, numa inovação substancial (conteudística) do ordenamento, e não numa inovação formal da ordem jurídica – ou seja, não se insere o precedente na estrutura escalonada do ordenamento, de modo que este não sobrepuja à lei, mas também não pode ser pelo intérprete ignorado, uma vez que é o precedente que

concede o adequado sentido ao texto normativo, nos limites de sua *ratio decidendi*.

A questão é que, como há inúmeras possibilidades de interpretação do sentido normativo de determinados enunciados normativos diante de casos idênticos/semelhantes, é necessário que, por coerência da ordem jurídica, se adote uma racional teoria dos precedentes normativos, constituindo um filtro de subjetivismo, que é possível quando a Corte Suprema (STF/STJ), possuidora de legitimidade constitucional para dizer o sentido do direito, delimita o campo interpretativo, densificando-o.

Nesse passo, e por todo o exposto, é mister conceituar o que se entende por *precedentes*, a saber, são o “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas” (ZANETI JR., 2016, p. 304).

Os precedentes, assim, constituem um *modus* de estabelecer o adequado sentido normativo das normas jurídicas, e no motivo determinante (*ratio decidendi*) do precedente é que consta, pela construção argumentativa, *como* se conseguiu chegar à construção de determinada norma jurídica diante de certo contexto fático – o que certamente culminará num fechamento interpretativo em face das inúmeras possibilidades interpretativas hauridas de enunciados porosos e, por vezes, dotados de indeterminabilidade de sentido (*per se*).

3.2. A legitimidade (constitucional) dos precedentes

Esclarecidos os fundamentos da teoria dos precedentes, que, como dito, é a necessidade de atribuição de um sentido vinculativo às densificações normativas operadas pelas Cortes Supremas diante de uma situação de fato, o que torna possível, verdadeira-

mente, um direito unitário e coerente²¹, se faz necessário agora realizar um apontamento acerca da legitimidade dos precedentes na ordem jurídica em voga²².

A adoção de uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes causou certo espanto em parte da doutrina nacional, que, calcada em alguns fetiches da *Civil Law* tradicional, aponta uma série de inconstitucionalidades (aparentes) ao novo paradigma reconhecido, principalmente, pelo Código de Processo Civil de 2015.

Primeiramente, antes de adentrar o mérito da questão, é preciso dizer que nenhuma mudança de paradigma ocorre do dia para a noite. Assim, o emplacar da teoria dos precedentes no Brasil é fruto do desenvolvimento paulatino de uma percepção sobre a significação do direito e sobre o papel do próprio Poder Judiciário na reconstrução de sentido do direito.

Se o direito é um produto notadamente cultural e ideológico (como foi dito desde a primeira linha deste artigo), então não se pode negar que o próprio desenvolvimento da significação do direito pode variar, com o tempo, numa determinada ordem jurídico-social, conforme a evolução operada na sociedade ou na comunidade jurídica.

21 Uma breve precisão: o ordenamento jurídico formal (escrito) é o conjunto de proposições normativas (textos normativos), e deve ser interpretado de forma coerente, unitária e com a pretensão de completude. O ordenamento formal, por si só, não possui tais características, de modo que são elas um indicativo de concretização ao intérprete, isto é, cabe ao Judiciário realizar/concretizar, por meio da atividade jurisdicional interpretativa, tais elementos do ordenamento, reconstruindo, então, a significação dos textos, a fim de viabilizar um direito sistemático e coerente. Os precedentes constituem o *modo* com que esta reconstrução de sentido passa a ser dotada de eficácia vinculante, permitindo a racionalidade do direito (e garantindo a segurança jurídica).

22 Não é o objetivo do presente trabalho lavrar estudo extenso acerca da legitimidade dos precedentes, muito embora a resposta para tal questão já possa ser alcançada de forma intuitiva diante de tudo o que se disse. Não obstante, em razão das críticas lançadas à teoria do sistema brasileiro de precedentes, tal tema não pode ser ignorado, razão pela qual será feita breve exposição sobre o assunto, mas sem a pretensão de esgotar todos os pontos da polêmica.

Tal mudança de paradigma (ou de significação de determinados enunciados) pode dar-se até no âmbito da própria Lei Fundamental (como nos casos de mutação constitucional, por exemplo), o que nos remete à ideia de *Constituição Viva*, que “se desenvolve, se modifica ao longo do tempo e se adapta a novas circunstâncias sociais sem necessidade de ser formalmente emendada” (BARBOZA, 2014, p. 644).

Obviamente, no entanto, estas guinadas de significação por alteração da percepção do direito, ou de consideráveis mudanças sociais, políticas e econômicas, devem guardar reverência ao texto constitucional, não podendo contrariá-lo em suas significações possíveis, ao menos não sem negar que a força normativa da constituição sucumbe ante os fatores reais *de poder* (Lassale), com o que não concordamos.

Dito isso, é preciso reconhecer que a eficácia vinculante dos precedentes decorre de uma alteração na percepção do que seria um direito racional e coerente, bem como do papel desincumbido pelo Judiciário na interpretação da ordem jurídica. Tal alteração de percepção em nada contraria a Constituição de 1988, a qual até mesmo atribui às Cortes Supremas o dever de interpretar a significação das normas constitucionais (STF, art.102 da CF) e infraconstitucionais (STJ, art. 105 da CF). E, num sistema judiciário escalonado, não haveria sentido conferir o poder de interpretar o direito às Cortes Superiores, para que depois os demais juízos pudessem simplesmente ignorar o trabalho interpretativo de tais Cortes Supremas.

Aliás, as mudanças formais na Constituição, em anos passados, demonstram que se caminhava para a eficácia vinculante dos precedentes, porquanto cada vez mais se vinha conferindo às Cortes Supremas o papel não apenas de interpretar, mas também de vincular (no âmbito da eficácia das decisões) os demais tribunais, o que se vê com as súmulas vinculantes, incidentes de resolução de demandas repetitivas, repercussão geral dos julgados, controle

incidental de constitucionalidade, reclamação para preservar autoridade das decisões, e agora o ponto culminante, que é o reconhecimento da vinculatividade horizontal e vertical²³ das razões de decidir (com base na coerência e racionalidade do direito).

Feitas essas considerações, não nos parece acertada esta crítica de Georges Abboud:

A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator deve estar prevista *expressamente* na CF, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes*. Vale lembrar que até mesmo os enunciados editados ou as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país precisaram de previsão constitucional expressa que lhes atribuisse efeito vinculante. Dessa forma, mais necessário ainda é o permissivo constitucional que confira efeito vinculante às decisões/enunciados do STJ e dos demais tribunais da Federação. (ABBOUD; SANTOS, 2015, p. 859).

Noutro ponto ainda mais extremado está a opinião de Nelson Nery (POMBO, 2016), para quem a teoria dos precedentes vinculantes, tal como posta no Brasil, é inconstitucional, uma vez que possibilita ao Judiciário legislar, além de padecer de inconstitucionalidade formal, ante a ausência de autorização expressa da Constituição, e de ampliar as competências dos Tribunais Superiores, o que só pode ser feito por emenda constitucional.

Tais críticas, *permissa venia*, são fruto de uma irreflexão sobre a teoria dos precedentes. Pois dizer que o Judiciário, ao interpretar, está legislando é um total desatino. Não há, com o precedente, nenhuma inovação formal da ordem jurídica, o que se faz é tão somente densificar sentidos normativos de textos diante de

23 Segundo Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 307-308, notas de rodapé 49 e 50), “por vinculação horizontal deve-se entender a vinculação do próprio tribunal e dos seus órgãos de decisão aos seus próprios precedentes. Por vinculação vertical entendemos a vinculação aos precedentes de hierarquia institucional superior”.

determinada situação fática, concedendo a esta densificação eficácia vinculante²⁴ (no âmbito do Judiciário), ou seja, não se está retira do legislador o poder de legislar, nem tampouco prepondera o precedente sobre o texto da lei.

Aliás, como bem pontua Daniel Mitidiero:

[...] a força vinculante do precedente judicial não depende de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do *ordenamento jurídico como um todo* e, especialmente, do valor que deve ser dado à *igualdade* e à *segurança jurídica*. Isso quer dizer que *a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais*. (MITIDIERO, 2014, p. 688, grifos do autor).

Portanto, dizer que a inexistência de uma (tautológica) determinação constitucional expressa que afirme a vinculação dos precedentes, no âmbito do próprio Poder Judiciário (ao menos), produz a inconstitucionalidade do reconhecimento da vinculatividade dos precedentes normativos é algo um tanto que inusitado, pois essa vinculatividade decorre da própria noção de que a norma é o produto da interpretação e de que o direito deve ser racional e coerente, portanto nada mais lógico que o dever de

24 Sobre o efeito vinculante (em sentido estrito), leciona Eduardo Talamini (2014, p. 688) que “a força vinculante concerne à imposição de que uma dada decisão judicial seja obrigatoriamente observada e aplicada por outros órgãos estatais à generalidade das pessoas. A vinculação não se põe diretamente em face dos particulares. No entanto, a decisão com eficácia vinculante repercute indiretamente sobre eles. Uma vez que todos os órgãos estatais aplicadores do direito estão submetidos à força vinculante, toda disputa, conflito, dúvida que envolva a questão jurídica atingida pela força vinculante e que os particulares submetam àqueles órgãos terá de ser decidida em conformidade com a solução adotada pela decisão revestida de eficácia vinculante”. Com isso se quer dizer o seguinte: os efeitos vinculantes não são dotados de força *erga omnes*; vinculam apenas, de regra, os demais órgãos jurisdicionais (a vinculatividade da administração pública exige emenda constitucional, de modo que, aí, os precedentes têm eficácia meramente persuasiva).

observância das interpretações (operativas) lançadas pelas Cortes Supremas acerca da significação de determinados dispositivos diante de certas hipóteses de fato.

Aliás, se é verdade que não há uma determinação constitucional expressa no sentido de que os precedentes devem ser dotados de eficácia vinculante, também é verdade que não há nenhum indicativo na Constituição de que tal teoria é com ela incompatível. Antes disso, o que tem acontecido nos últimos anos é, justamente, um avanço em direção ao reconhecimento da teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.

Ademais, é preciso dizer que interpretar o direito de forma analítica/sistemática é o mesmo que reconhecer que, de certo modo, a própria legislação infraconstitucional, quando compatível com a lei fundamental, lhe complementa o sentido. Esta é a lição do insigne Humberto Ávila:

O relacionamento vertical entre as normas (normas constitucionais e normas infraconstitucionais, por exemplo) deve ser apresentado de tal forma que o conteúdo de sentido da norma inferior deve ser aquele que ‘mais intensamente’ corresponder ao conteúdo de sentido da norma superior. O relacionamento horizontal entre as normas (princípios constitucionais mais gerais e princípios constitucionais mais específicos ou princípios e regras constitucionais, por exemplo) deve ser compreendido de modo que o conteúdo normativo da norma mais específica constitua precisamente uma ‘melhor especificação’ da norma mais geral. Nas duas hipóteses, porém, deve ficar claro que as normas superiores e inferiores e as normas gerais e as mais específicas atuam simultaneamente umas sobre as outras; o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo da norma superior, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior; e o conteúdo da norma mais específica deve corresponder ao conteúdo da norma mais geral, assim e ao mesmo tempo que o conteúdo da norma mais geral deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma

mais específica. A eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca. (ÁVILA, 2015, p. 170-171).

Posto isso, devemos concluir que, se a Constituição diz que ao Judiciário cabe a interpretação do direito e às Cortes Supremas a guarda da Constituição (STF) e a conferência de sentido ao direito infraconstitucional (STJ), então não se pode atestar aí que haja uma incompatibilidade/inconstitucionalidade da teoria dos precedentes com as determinações constitucionais. A percepção de que os precedentes normativos significam um fechamento ao arbítrio decisório e possibilitam maior coerência e racionalidade ao direito caminha alinhada com as disposições constitucionais. O que houve com o Código de Processo Civil de 2015, portanto, foi apenas um reconhecimento formal da eficácia vinculante dos precedentes, havendo uma guinada paradigmática na forma de conceber o direito, guinada essa que operou verdadeira mutação constitucional no papel do Judiciário, das Cortes Supremas e da força dos precedentes.

Por outro lado, *ad argumentandum tantum*, é preciso enfatizar que conceder eficácia vinculante ao precedente é um modo de racionalizar a interpretação do direito, e não se confunde com a atividade legislativa. Para deixar este ponto muito bem esclarecido é que Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira acentuam:

A criação da norma – geral e abstrata – é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo, uma vez respeitado dentro do devido procedimento legislativo o aspecto formal, consistente na liberdade de conformação do legislador no âmbito de sua discricionariedade estrutural, e o aspecto material, correspondente à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais no âmbito de sua discricionariedade epistêmica. Por sua vez, a reconstrução da norma – geral e concreta – é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a

Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica. (ZANETI JR.; PEREIRA, 2016).

Por fim, mas sem a pretensão de esgotar a discussão, a afirmativa de que a concessão de efeitos vinculantes às decisões das Cortes Supremas ocasiona um aumento de competência desses tribunais, o que, por conseguinte, exigiria alteração formal da constituição, também nos parece equivocada. De fato, bem vistas as coisas, não há criação de competência alguma, mas apenas o reconhecimento de que a eficácia das decisões possuem efeitos vinculantes, e tal poder, como visto, é ínsito à ideia de uma ordem jurídica una e coerente.

Por essas razões, ainda que singelamente apresentadas, entendemos que as críticas dirigidas ao sistema brasileiro de precedentes não merecem prosperar.

4. A compatibilidade da teoria dos precedentes com a *Civil Law*: uma aproximação entre as tradições?

Considerando o que se disse em linhas pretéritas, já se pode intuir a compatibilidade do sistema de precedentes com a tradição jurídica de *Civil Law* (*lato sensu*), bem como com a tradição jurídica brasileira (*stricto sensu*).

No entanto, é pertinente enfatizar o porquê desta compatibilização, para que posteriormente se possa perquirir eventual aproximação entre as grandes tradições jurídicas, ou até mesmo indagar se ainda há razão na distinção entre os modelos de *Civil Law* e *Common Law*.

No que se refere à compatibilização do sistema de precedentes com a tradição de *Civil Law*, o que se viu, talvez até exaustivamente, é que muito embora a ideia de precedentes tenha surgido na *Common Law*, tal instrumento interpretativo não é inato à *Com-*

mon Law, tendo sido desenvolvido no direito inglês (e americano) como uma forma de conferir segurança jurídica e racionalidade ao direito, isso porque a ideia de que havia um direito preexistente (costumes) nitidamente identificável se mostrou, por reiteradas vezes, errônea; de igual modo, quando se começou a perceber, nos países de *Civil Law*, que não bastava bradar a vinculação do juiz à lei ante a notória indeterminação do significado do direito, e verificada a visível plêiade de sentidos normativos hauridos da interpretação unitária do direito (ou até mesmo de um dado dispositivo), então aí também se reconheceu que era preciso adotar um método de racionalidade interpretativa do direito, e é nesse ponto que interessa a teoria dos precedentes.

Os precedentes, como visto, não se confundem com a lei, nem preponderam sobre a lei. A vinculatividade dos precedentes é apenas um meio de concretizar, no mundo jurídico, os elementos de unidade e coerência do ordenamento jurídico. O legislador põe os textos, e a jurisdição lhes concede significação sistemática, a partir dos casos surgidos, de modo que a jurisdição reconstrói a significação da ordem jurídica a partir dos casos. E, como as Cortes Supremas são cortes de interpretação, cabe-lhes definir, em última instância, a significação do direito.

A teoria dos precedentes vinculantes pode ser vista e entendida, deste modo, como uma forma de fechamento ao arbítrio decisório e de coerência e racionalidade do direito, além de um *modus* de fortalecimento da igualdade e da segurança jurídica – e isso em nada é incompatível com a tradição jurídica brasileira, nem com a *Civil Law* (ao menos contemporaneamente).

Assim, é preciso reconhecer que ambas as tradições jurídicas vêm se aprimorando e desenvolvendo com o passar dos séculos (e não poderia deixar de ser diferente), de modo que a *Civil Law* de hoje já não necessariamente precisa ser vista e reconhecida como uma tradição que prega a interpretação mecanicista

do direito pelo juiz (formalismo interpretativo), ou que compreende que a norma está claramente delineada nos textos de lei. Pensamos que estes pontos são apenas para a história, e já estão superados no debate.

Assim, percebendo a nova roupagem dos tempos modernos acerca das tradições jurídicas, arremata Rodolfo de Camargo Mancuso:

Hoje não se pode afirmar, peremptoriamente, que no *common law* o precedente judiciário reina absoluto, sem restrições ou condicionamentos, como também não se pode afirmar que no *civil law* a norma legal reina soberana, afastadas outras fontes jurígenas. Em verdade, em cada qual dessas famílias o parâmetro valorativo dos atos e condutas é tomado em termos de *predominância*, e não de exclusividade, sendo cada vez mais evidente o ambiente de aproximação e integração. Assim é que no *common law* a norma legal beneficia de prestígio crescente, ao passo que no *civil law* é o precedente judiciário que vai galgando espaços cada vez mais generosos e expressivos. (MANCUSO, 2014).

Postas estas considerações (com o fito de esclarecimento), convém relembrar quais as principais distinções (originárias) entre as grandes famílias do direito ocidental. São elas: a) a fonte fundamental do direito; b) a forma de desenvolvimento do direito; c) o papel exercido pelo magistrado diante do direito.

Destarte, em *Common Law*, como visto, a Constituição não é necessariamente escrita, mas sempre (escrita ou não) deve ela guardar similitude com a *Common Law* (ou seja, com os costumes e ideais do povo/sociedade); também foi dito que nesta tradição o direito se desenvolve a partir dos casos, de forma indutiva, portanto; e que nunca se pretendeu negar o poder interpretativo do juiz, tendo o sistema de precedentes surgido apenas para racionalizar o direito e conferir maior segurança jurídica ao cidadão/jurisdicionado.

Em *Civil Law*, como foi antes explicado, a fonte fundamental da ordem jurídica é a constituição escrita, e tal norma fundamen-

tal não possui, segundo a doutrina majoritária, nenhuma fonte outra da qual deve colher seu pressuposto de validade; aqui a formação e o desenvolvimento do direito se dá, de regra, de forma dedutiva, sendo as grandes mudanças operadas por meio do legislador (foi até mesmo necessário o agir do legislador para fazer operar o óbvio, que é a eficácia vinculante dos precedentes); por fim, os juízes, originariamente, deviam se limitar a realizar atividades mecanicistas acerca da aplicação do direito, mas com o advento do giro linguístico, e do reconhecimento da indeterminação dos textos normativos, tal visão foi superada.

Pintado este cenário, a indagação a ser respondida é a seguinte: o reconhecimento da possibilidade de aplicação da teoria dos precedentes na *Civil Law* faz cair por terra a distinção entre as famílias, ou por si só, ao menos, opera uma inexorável aproximação entre elas? – O questionamento é relevante, pois serve para identificar a tradição jurídica brasileira, bem como para apontar a compatibilidade ou não da teoria dos precedentes com a *Civil Law*, uma vez que, se tão somente em razão da teoria dos precedentes restar superada a dicotomia, então não haverá outra alternativa senão a negativa de compatibilidade entre *Civil Law* e sistema de precedentes, já que este culminaria na transmutação da tradição jurídica por si só.

Nesse passo, entendemos que apenas reconhecer a doutrina do *stare decisis* (à brasileira) não implica uma necessária aproximação entre as tradições clássicas, nem tampouco tem o condão de fazer cessar as distinções entre as famílias. Aqui há, e isso não se nega, a queda, talvez, de um dos baluartes da distinção entre as tradições, no que se refere ao papel do Poder Judiciário perante a ordem jurídica, que passa a ser o de interpretar o direito e reconstruir significações na ordem jurídica, concretizando os elementos de unidade e coerência caracterizadores do ordenamento jurídico, como já descrevia Bobbio²⁵.

25 Aliás, acentua Riccardo Guastini (apud MITIDIERO, 2017, p. 22, nota de rodapé n. 5) que “o direito só alcança a sua condição sistemática a partir da interpretação. Isso quer dizer que

Não obstante, distinções nevrálgicas ainda imperam entre a família de *Civil Law* e a de *Common Law*, sobretudo quanto ao modo de criação e desenvolvimento do direito, o que não passou despercebido a Diogo Bacha e Silva:

Parece assente na teoria do direito que a grande diferença entre os sistemas jurídicos reside no raciocínio jurídico. No *common law* há uma forma de ver o direito a partir da casuística, do caso concreto, do método indutivo. Um raciocínio *from case to case*, como diz Thomas Bustamante. De outro lado, o direito civil [*civil law*] está ligado ao raciocínio dedutivo, silogístico que parte da universalização das regras jurídicas de comportamento.

Em certa medida, há a utilização de raciocínio indutivo no *civil law* e também há utilização de raciocínio dedutivo no *common law*. A questão primordial é que há uma autonomia metodológica em cada um dos sistemas jurídicos aptos a se diferenciarem internamente. (SILVA, 2014, p. 486).²⁶

Assim, se é certo que o direito posto é reconstruído pela atividade jurisdicional, e, portanto, tal reconstrução só se pode operar na medida em que os fatos chegam à análise do Judiciário, também é certo dizer, e sem incorrer em contradição, que o legislador põe no mundo jurídico uma análise apriorística de solução e regulação dos casos e da vida em sociedade, e, a partir deste material, o Judiciário apenas confere significação a tais textos diante das variadas hipóteses fáticas e dos variados sentidos normativos que um texto pode conter (sobretudo se considerado o direito em sua sistemática), quando diante de contextos plúrimos.

Assim, na *Civil Law* o direito não é criado a partir do caso, mas apenas aperfeiçoado/reconstruído a partir do caso, sendo esta a

o Direito é ordenável pela atividade interpretativa dos juristas. Daí a razão pela qual Mauro Barberis acertadamente observa que o direito é apenas *metaforicamente* sistemático”.

26 Com base em tais premissas, Mancuso (2014, p. 23) salienta que “o sistema de *civil law* deve ser compreendido não mais com o apego exclusivo à letra da lei, e sim através do novo enfoque do princípio da legalidade, que é o da lei enquanto compreendida pelos tribunais”.

distinção sensível entre as famílias, que recai na forma de conceber o desenvolvimento do direito.

De igual modo, Willian Pugliese elucida que a identificação/aplicação da *ratio decidendi* (e, portanto, do precedente) é diversa nas famílias jurídicas ocidentais:

[...] o método de identificação de *ratio decidendi* cunhado pela *common law* não se revela compatível com a tradição civilista. O juiz de um sistema romano-germânico não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos. Sua principal referência deve ser a lei. (PUGLIESE, 2016, p. 83).

Nesse passo, entendemos que a tradição jurídica de *Civil Law* é totalmente compatível com o sistema de precedentes, tendo havido, aqui, verdadeira recepção criativa do direito alienígena, ou seja, a incorporação de um instrumento do direito comparado, com os ajustes peculiares à sua devida aplicação.

Com isso fica demonstrado que os países de *Civil Law*²⁷ foram capazes de adaptar a teoria dos precedentes para respeitar a sua própria tradição, que é a interpretação das leis. Assim, conforme diz Pugliese:

É [...] viável manter a tradição de *civil law*, aplicando a lei aos casos, mas ainda assim cultivar uma cultura precedentalista. Esta prática pode ser atingida a se seguir a tese de Schauer, no sentido de que os precedentes, ao interpretar uma lei, confere-lhe materialidade. (PUGLIESE, 2016, p. 90).

Deste modo, tomando-se em conta todo o exposto, é preciso reconhecer que os precedentes normativos se compatibilizam com a tradição de *Civil Law*, uma vez que também aqui servem como

27 Segundo Pugliese (2016, p. 89), “a França é o único país que não adota precedentes como um critério relevante para a interpretação das leis”.

instrumento idôneo de fechamento do arbítrio e de conferência de racionalidade e coerência ao ordenamento jurídico. Não obstante, não se pode dizer que a adoção do sistema de precedentes, por si só, elide todas as distinções existentes entre as famílias ocidentais do direito.

E sim, a nosso entender, o Brasil pertence à família de *Civil Law*, em que pese ter adotado diversos instrumentos, institutos e figuras de países de *Common Law*. A recepção, no entanto, é sempre (ou no mais das vezes) criativa, ajustando o objeto de recepção às necessidades e peculiaridades de nosso sistema, que é preponderantemente de *Civil Law*.

5. Considerações finais

Neste artigo foi tratada a temática dos precedentes normativos formalmente vinculantes, com o escopo de perquirir sua compatibilidade com a tradição jurídica brasileira.

Buscou-se identificar as principais distinções entre as famílias do direito ocidental, bem como pormenorizar a forma com que a teoria dos precedentes surgiu na tradição de *Common Law*, para logo após estender seus tentáculos à família romano-germânica, com vistas à construção de uma ordem jurídica mais segura, coerente e racional.

É com base nesses pilares que o sistema de precedentes se sustenta, uma vez que importa como os juízes decidem os casos; não basta repercutir a vinculação do juiz à legislação quando se possui uma ordem jurídica dotada de indeterminação semântica e textos prenhos de múltiplas significações, quer diante de uma mesma hipótese fática, quer diante de quadros fáticos diversos, de modo que, então, os precedentes vinculantes servem aqui como verdadeiro instrumento de fechamento ao arbítrio ou

dubiedade interpretativa, potencializando a concretização de um ordenamento jurídico sistematicamente unitário e coerente, como já havia previsto Norberto Bobbio, ainda que não com toda esta extensão de raciocínio funcional.

Mais adiante, afirmou-se que o sistema de precedentes normativos vinculantes é compatível com a tradição de *Civil Law*, pois não elide o respeito e submissão à legislação, servindo tão somente como instrumento de racionalidade de interpretação e reconstrução do direito. Ao que dissemos também que o advento de uma teoria dos precedentes na *Civil Law* não elimina as principais distinções entre as grandes famílias do direito ocidental.

Assim, pensamos ter cumprido todos os objetivos propostos no âmbito desta instigante temática, mas sem a pretensão de esgotamento do tema, o que não seria possível ante sua complexidade e extensão.

Numa palavra final, é preciso dizer que as conclusões deste trabalho permitem demonstrar o alinhamento e compatibilidade do sistema brasileiro de precedentes não apenas com a nossa tradição jurídica, mas também com a nossa lei fundamental, o que é de suma relevância, pois a partir deste ponto uma notável mudança de paradigma começa a se operar.

6. Referências

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Common Law e Civil Law: aproximações para além de uma constituição escrita. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. Natureza, eficácia e operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica Entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo Civil. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. Da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

POMBO, Bárbara. “Núcleo duro do novo CPC é inconstitucional”, diz jurista. *Jota*. 20 dez. 2016. Disponível em: < https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/justica/nucleo-duro-novo-cpc-e-inconstitucional-diz-jurista-20122016>. Acesso em: 21 jan. 2019.

PRAVATO, Felipe. Os Precedentes Normativos e o Papel do Supremo Tribunal Federal. In: SIMPÓSIO DE PROCESSO CIVIL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 1., 2017, Curitiba.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Diogo Bacha e. A Valorização dos Precedentes e o Distanciamento entre os Sistemas de Civil Law e Common Law. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro*. Organização do Estado e dos Poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 669-705.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ZANETI JR., Hermes; NETO, Alfredo Copetti. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. *Derecho y Cambio Social*, ano 13, n. 46, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 257, p. 371-388, jul.

ZANETI JR., Hermes. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set., 2016.

Artigo recebido em: 22/8/2018

Artigo aprovado em: 27/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190007